

Análisis y proposición de criterios interpretativos en relación a los supuestos de calificación culpable del concurso de acreedores establecidos en el art. 164.2.1º de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

Jordi Adell Martínez

<http://hdl.handle.net/10803/397793>

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (*framing*). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (*framing*). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. The access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (*framing*) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.

TESI DOCTORAL

Títol

ANÁLISIS Y PROPOSICIÓN DE CRITERIOS INTERPRETATIVOS EN RELACIÓN A LOS SUPUESTOS DE CALIFICACIÓN CULPABLE DEL CONCURSO DE ACREEDORES ESTABLECIDOS EN EL ART. 164.2.1º DE LA LEY 22/2003, DE 9 DE JULIO, CONCURSAL.

Realitzada per

Jordi Adell Martínez

en el Centre

ESADE, Facultad de Derecho

i en el Departament

Derecho Privado

Dirigida per

Dr. Miguel Trias Sagnier

Barcelona, septiembre de 2016

*A mi esposa e hijos,
por su apoyo y amor incondicional.*

*A mis padres,
por una vida de sacrificios y esfuerzos
a veces incomprensidos.*

“Cuando los poderes legislativo y ejecutivo se hallan reunidos en una misma persona o corporación, entonces no hay libertad, porque es de temer que el monarca o el senado hagan leyes tiránicas para ejecutarlas del mismo modo. Así sucede también cuando el poder judicial no está separado del poder legislativo y del ejecutivo. Estando unido al primero, el imperio sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, por ser uno mismo el juez y el legislador y, estando unido al segundo, sería tiránico, por cuanto gozaría el juez de la fuerza misma que un agresor. En el Estado en que un hombre solo, o una sola corporación de próceres, o de nobles, o del pueblo administrase los tres poderes, y tuviese la facultad de hacer las leyes, de ejecutar las resoluciones públicas y de juzgar los crímenes y contiendas de los particulares, todo se perdería enteramente”.

Montesquieu. *El espíritu de las leyes*. 1748

ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
Abreviaturas	7

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1.- Motivación.....	11
2.- Objeto y alcance	21
3.- Reseña metodológica.....	23
4.- Breve descripción del contenido.....	25

CAPÍTULO II

SÍNTESIS EVOLUTIVA DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE CONTABILIDAD COMO CONDUCTA CULPABLE EN LA GENERACIÓN O AGRAVACIÓN DE LA INSOLVENCIA

1.- Justificación de la síntesis evolutiva.....	29
2.- De las Ordenanzas de Colbert (1673) hasta nuestros días.....	31
2.1.- Preámbulo histórico-normativo del instituto de la quiebra en España.....	32
2.2.- Origen de la regulación sistemática en el Derecho continental.....	36
2.2.1.- <i>Ordonnance de 1673, Titre XI: “Des faillites et banqueroutes”</i>	38
2.2.2.- De la Ordenanza de 1673 al Código de Comercio francés de 1807.....	39
2.3.- La recepción en las ordenanzas consulares españolas.....	41
2.3.1.- Las Ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737.....	42
2.3.2.- El proyecto de Ordenanzas del Consulado de Málaga de 1825.....	45

2.4.- La evolución en la codificación española.....	49
2.4.1.- La regulación en el Código de Comercio de 1829.....	50
2.4.2.- El Código de Comercio de 1885.....	53
2.4.3.- Los trabajos prelegislativos para la reforma concursal.....	59
2.5.- La vigente Ley Concursal.....	65

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO EN RELACIÓN AL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE CONTABILIDAD COMO CONDUCTA CULPABLE EN LA GENERACIÓN O AGRAVACIÓN DE LA INSOLVENCIA

1.- Fundamento del análisis comparado.....	75
1.1.- Determinación del perímetro de la comparación.....	76
1.2.- Determinación del alcance funcional.....	79
2.- El incumplimiento del deber de contabilidad como causa de insolvencia culpable en el Derecho Comparado contemporáneo.....	81
2.1.- Alemania.....	82
2.2.- Francia.....	86
2.3.- Italia.....	91
2.4.- Reino Unido	95

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE LA DOCTRINA Y DE LA TENDENCIA JURISPRUDENCIAL EN RELACIÓN A LOS SUPUESTOS DE CONCURSO CULPABLE EX ART. 164.2.1º DE LA LEY CONCURSAL

1.- Conceptualizaciones previas.....	101
1.1.- El régimen legal de obligaciones contables.....	101
1.1.1.- Fuentes del Derecho contable.....	102
1.1.2.- Las cuentas anuales como síntesis de la información económica, patrimonial y financiera.....	105

1.1.3.- Las cuentas anuales consolidadas de los grupos de sociedades.....	112
1.1.4.- Obligaciones sustantivas y formales derivadas del Derecho contable.....	116
1.1.5.- La eficacia probatoria y el secreto de la contabilidad.....	121
1.1.6.- El informe de gestión.....	130
1.2.- La “imagen fiel” como objetivo.....	133
1.2.1.- El principio de “importancia relativa”	144
1.2.2.- Las “estimaciones contables”	148
1.3.- Errores e irregularidades contables.....	152
2.- La relevancia del informe de auditoría de cuentas del deudor.....	159
3.- El sistema de presunciones como técnica legal de calificación de la conducta del deudor insolvente.....	165
3.1.- La naturaleza de las presunciones y supuestos de culpabilidad del concurso.....	170
3.1.1.- Las presunciones ex art. 165 LC.....	170
3.1.2.- Los supuestos de culpabilidad ex art. 164.2 LC.....	172
3.2.- La compatibilidad del sistema de presunciones legales de culpabilidad concursal con el Derecho a la presunción de inocencia ex art. 24 CE.....	175
3.3.- Interpretación teleológica del art. 164.2.1º LC.....	177
4.- Los supuestos de concurso culpable ex artículo 164.2.1º LC a la luz de la doctrina y las sentencias de los tribunales españoles.....	181
4.1.- El incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de contabilidad.....	186
4.1.1.- Formulación, verificación, aprobación y depósito de las cuentas anuales.....	187
4.1.2.- Llevanza de libros oficiales	190
4.1.3.- Mantenimiento de registros documentales	201
4.1.4.- Mantenimiento de registros contables auxiliares.....	202
4.2.- La comisión de irregularidades relevantes	202
4.2.1.- La cuenta de pérdidas y ganancias	210
4.2.2.- El balance de situación.....	212

4.2.3.- La memoria.....	219
4.3.- La llevanza de doble contabilidad.....	222
5.- La correlación entre los supuestos del art. 164.2.1º LC y determinados ilícitos penales de contenido contable	227
5.1.- De las insolvencias punibles: los incumplimientos contables (art. 259.1. 6º, 7º, 8º CP).....	229
5.2.- De las insolvencias punibles: la falsedad documental contable (art. 261 CP).....	233
5.3.- El delito societario: falsificación de las cuentas anuales (art. 290 CP).....	235
5.4.- Delitos contra la Hacienda Pública: irregularidades contables ex art. 310 CP.....	239

CAPÍTULO V

VALORACIÓN DE LOS INCUMPLIMIENTOS E INCORRECCIONES CONTABLES PARA LA DETERMINACIÓN DE LA CULPABILIDAD DEL CONCURSO: PROPOSICIÓN DE CRITERIOS INTERPRETATIVOS DEL ART. 164.2.1º LC

1.- Consideraciones preliminares.....	245
2.- Propuestas interpretativas.....	255
2.1.- Incumplimiento sustancial del deber de llevanza de contabilidad.....	257
1ª proposición interpretativa: ... de la legalización de los libros contables.....	260
2ª proposición interpretativa: ... de la llevanza del libro de Inventarios y Cuentas anuales.....	267
3ª proposición interpretativa: ... de la llevanza del libro Diario.....	272
4ª proposición interpretativa: ... de la conservación de los libros contables.....	276
5ª proposición interpretativa: ... de la conservación de documentos justificativos.....	280
6ª proposición interpretativa: ... del deber de consolidación	283
2.2.- Llevanza de doble contabilidad.....	289
7ª proposición interpretativa: ... de la llevanza de doble contabilidad	291
2.3.- Comisión de irregularidades relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera.....	298
8ª proposición interpretativa: ... de la consideración del elemento subjetivo	300
9ª proposición interpretativa: ... de la relevancia de la irregularidad contable	308
10ª proposición interpretativa: ... de la comprensión de la situación patrimonial o financiera	313

<i>11ª proposición interpretativa: ... de la determinación del límite temporal</i>	316
<i>12ª proposición interpretativa: ... del valor probatorio del informe de auditoría</i>	321
<i>13ª proposición interpretativa: ... del estado de cambios en el patrimonio neto</i>	324
<i>14ª proposición interpretativa: ... del estado de flujos de efectivo</i>	328
3.- Síntesis casuística	333

CAPÍTULO VI

SINOPSIS

Sinopsis	347
Referencias normativas y jurisprudenciales.....	353
Bibliografía.....	363
Otros documentos consultados.....	373

ABREVIATURAS

BAIT	Beneficio antes de intereses e impuestos
BAT	Beneficio antes de impuestos
CA	Companies Act (Reino Unido)
CCo 1829	Código de Comercio de 1829
CCo 1885	Código de Comercio de 1885
CE	Constitución Española
DGRN	Dirección General del Registro y Notariado
ECPN	Estado de cambio en el patrimonio neto
EFE	Estado de flujos de efectivo
EPF	Efectivo procedente de las actividades de financiación
EPI	Efectivo procedente de las inversiones
EPO	Flujo neto procedente de las actividades ordinarias
IASB	International Accounting Standards Board
ICAC	Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas
LC	Ley Concursal
LSC	Ley de Sociedades de Capital
NIA-ES	Norma Internacional de Auditoría, adaptada a España
NIC-NIIF	Normas Internacionales de Contabilidad – Normas Internacionales de Información Financiera
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1.- Motivación

De los procedimientos concursales

El ochenta y nueve por ciento de los deudores concursados en el año 2015 fueron empresas, esto es, 4.916 con actividad empresarial sobre un total de 5.510. A su vez, de la misma información estadística consultada se desprende que de entre el total de empresas concursadas, el sesenta por ciento se encontraba en un tramo de volumen de negocio que no superaba el millón de euros.¹

De los datos indicados pueden deducirse una serie de conclusiones. En primer lugar, que resulta evidente la gran relevancia, en términos relativos, que ostentan los deudores concursados que ejercen actividad empresarial. De este modo, se infiere que es preeminente el porcentaje sobre los que, de algún modo, debe tomarse en consideración su gestión económica, patrimonial y financiera para poder determinar y llevar a cabo un escrutinio de las causas que hayan podido generar o agravar la situación de insolvencia. *A sensu contrario*, queda en un segundo plano de importancia el número de deudores personas físicas sin actividad empresarial. Si bien la información vertida hace referencia a los periodos más recientes, tal proporcionalidad se ha mantenido, en esencia, constante a lo largo de los años de vigencia de la actual Ley Concursal. Dicha circunstancia justifica que el legislador haya incluido en el derecho positivo un conjunto de normas que permiten dotar de relevancia jurídica concursal, las decisiones discrecionales en el seno de la empresa que hayan podido tener incidencia en la insolvencia sobrevenida. De tal manera que, a la luz de los hechos que hayan acontecido, previos o simultáneamente a la declaración de insolvencia, se podrá determinar las causas de ésta y llegado el caso, determinar la naturaleza de la misma, esto es, si ha resultado fortuita o ha mediado dolo o culpa grave.

¹ Datos obtenidos del Instituto Nacional de Estadística, *Estadística del Procedimiento Concursal (EPC), cuarto trimestre de 2015 y año 2015, datos provisionales*. Información consignada en *Notas de prensa* de 5 de febrero de 2016.

Con tal finalidad, el legislador incluye en la norma concursal una serie de supuestos de hecho cuya concurrencia permite establecer un régimen de responsabilidad añadida sobre el deudor concursado. Por medio de la calificación del concurso se determina si ha podido existir determinada culpa del deudor en la generación o agravación de la insolvencia. Mientras que algunos de estos supuestos son aplicables tanto a empresarios como a personas físicas sin actividad empresarial, otros son de aplicación exclusiva para empresarios, sea cual sea su forma jurídica y tamaño. De entre una pluralidad de los supuestos específicos previstos para concursados que desarrollan una actividad económica, hallamos el de culpabilidad que se deriva del quebrantamiento de las normas contables.

Sin perjuicio de las previsiones específicas que el art. 165 LC establece en cuanto a las consecuencias de la falta de formulación o publicación de cuentas anuales², este

² Sin perjuicio de la profundización que a lo largo del trabajo se realiza en cuanto al contenido y funcionalidad de las cuentas anuales, en este capítulo introductorio resulta pertinente, a título preliminar, resaltar el carácter preceptivo del contenido de cada uno de los elementos que las componen. La naturaleza de las transacciones económicas que deben consignarse en cada uno de los documentos que conforman las cuentas anuales, no responden a criterios discrecionales de aplicación, sino que se amparan en norma jurídica de derecho positivo. Concretamente, el Plan General de Contabilidad (Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre), determina el contenido de trascendencia económica para la empresa, que debe consignarse en el balance de situación y en la cuenta de pérdidas y ganancias. Todo ello, sin perjuicio de las normas para la elaboración de cada uno de los documentos que las componen, también específicamente determinado en el PGC. Así, en su "PRIMERA PARTE", bajo el epígrafe de "*Marco conceptual de la contabilidad*", se define en el apartado cuarto, los "*elementos de las cuentas anuales*", a saber:

4.º Elementos de las cuentas anuales

Los elementos que, cuando cumplan los criterios de reconocimiento que se establecen posteriormente, se registran en el balance, son:

1. Activos: bienes, derechos y otros recursos controlados económicamente por la empresa, resultantes de sucesos pasados, de los que se espera que la empresa obtenga beneficios o rendimientos económicos en el futuro.

2. Pasivos: obligaciones actuales surgidas como consecuencia de sucesos pasados, para cuya extinción la empresa espera desprenderse de recursos que puedan producir beneficios o rendimientos económicos en el futuro. A estos efectos, se entienden incluidas las provisiones.

3. Patrimonio neto: constituye la parte residual de los activos de la empresa, una vez deducidos todos sus pasivos. Incluye las aportaciones realizadas, ya sea en el momento de su constitución o en otros posteriores, por sus socios o propietarios, que no tengan la consideración de pasivos, así como los resultados acumulados u otras variaciones que le afecten.

Los elementos que, cuando cumplan los criterios de reconocimiento que se establecen posteriormente, se registran en la cuenta de pérdidas y ganancias o, en su caso, directamente en el estado de cambios en el patrimonio neto, son:

trabajo de investigación se centra en el análisis y propuesta interpretativa del precepto que determina la culpabilidad del concurso derivada del incumplimiento de las restantes obligaciones contables, tanto de carácter formal como sustantivo. En concreto, las establecidas en el art. 164.2.1º LC³ en que se determina la culpabilidad del concurso cuando se hubiesen producido una serie de supuestos relacionados con el deber de contabilidad:

“

art. 164 Concurso culpable

...

2. En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos:

1.º Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara.

...

“

En los subsiguientes apartados se argumenta la relevancia que ostenta la adecuada información contable como garante de determinado orden socioeconómico.

El segundo dato estadístico al que se ha hecho referencia, es el que determina que un gran número de empresas concursadas en el año 2015 no sobrepasaba la cifra de un millón de euros de volumen de negocio. Si bien, ya de por sí, puede entenderse que el 60% de empresas con menos de un millón de euros de volumen de negocio, es determinante del peso relativo que ostenta la pequeña y mediana empresa en los

4. Ingresos: incrementos en el patrimonio neto de la empresa durante el ejercicio, ya sea en forma de entradas o aumentos en el valor de los activos, o de disminución de los pasivos, siempre que no tengan su origen en aportaciones, monetarias o no, de los socios o propietarios.

5. Gastos: decrementos en el patrimonio neto de la empresa durante el ejercicio, ya sea en forma de salidas o disminuciones en el valor de los activos, o de reconocimiento o aumento del valor de los pasivos, siempre que no tengan su origen en distribuciones, monetarias o no, a los socios o propietarios, en su condición de tales.

Los ingresos y gastos del ejercicio se imputarán a la cuenta de pérdidas y ganancias y formarán parte del resultado, excepto cuando proceda su imputación directa al patrimonio neto, en cuyo caso se presentarán en el estado de cambios en el patrimonio neto, de acuerdo con lo previsto en la segunda parte de este Plan General de Contabilidad o en una norma que lo desarrolle.

“

³ Cualquier mención que a lo largo del trabajo se realice a “el precepto concursal” o “el precepto”, debe de entenderse realizada al artículo 164.2.1º de la vigente Ley Concursal.

procesos concursales, si a este dato le añadimos que más del 36% de las empresas concursadas no alcanza los 250.000 euros de cifra de negocio⁴, la evidencia es aún mayor. Este dato desvela que es relevante, en términos relativos, el número de pequeñas y medianas empresas que forman parte de los deudores concursados. En sede de grandes empresas es donde se establecen mayores y más rigurosos procedimientos de aplicación *ex ante* de las normas de contabilidad como garante de la información financiera pública. Por consiguiente, siendo mayoritario el número de pequeñas y medianas empresas, justifica aún más si cabe, que deban implementarse medidas de observación que contrasten el debido cumplimiento del Derecho Contable y llegado el caso determinar las consecuencias concursales que se deriven de su quebrantamiento.

Un tercer dato estadístico que cabe entender relevante y que puede justificar de igual modo el deber del legislador de implementar normas reguladoras del procedimiento concursal ante eventuales supuestos de culpabilidad, es el hecho de que un gran número de deudores concursales no alcanza con éxito duradero, convenios con sus acreedores que les permita sobreponerse a la situación de insolvencia. Según los datos consultados⁵, más del 92% de las empresas concursadas que alcanzaron la fase sucesiva en el año 2014, o bien no pudieron cumplir un convenio alcanzado y por consiguiente procedieron a su liquidación, o bien directamente no pudieron alcanzar convenio alguno, motivo por el que tras la fase común, se abrió directamente pieza de liquidación. Ante tal circunstancia, se hace imprescindible el establecimiento de medidas de protección para los acreedores concursales que, atendiendo a las cifras estadísticas, con un índice de alta probabilidad no van a poder ver satisfechas sus expectativas de cobro por insuficiencia de masa activa del deudor insolvente.

⁴ Fuente INE antes citada.

⁵ Los datos relativos a las empresas concursadas en fase de convenio o liquidación son obtenidos del informe *Estadística Concursal, anuario 2014*, publicado por el Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, pág. 21 y ss.

De la asimetría en la información

La información puede ser definida conceptualmente como un bien en cuanto tiene un valor económico por la utilidad que puede suponer para los usuarios de la misma. La protección que el Derecho otorga a ciertos tipos de información ostenta una justificación evidente: incentivar que dicha información se genere correctamente y esté al alcance de todos los potenciales destinatarios.

Todo acuerdo contractual es consecuencia de un determinado número de hechos asumidos por las partes. En la medida que alguna de ellas disponga de información distinta de la que está al alcance de la otra, nos hallamos ante eventuales apreciaciones erróneas sobre los resultados esperados del contrato. Por ello, es importante establecer reglas que, ante los casos de información asimétrica, permitan encontrar soluciones que minimicen su ineficiencia. Las apreciaciones erróneas pueden conducir a pérdidas económicas en la medida que pueden inducir a celebrar contratos que no se hubieran celebrado de contar con adecuada información, o que celebrándolos, lo hubieran hecho en términos diferentes.

La información contable no es una excepción a la exigencia de simetría informativa. En gran medida, decisiones de inversión o financiación, vienen determinadas por la información contable relativa a la empresa. La rentabilidad, la valoración patrimonial o la solvencia son, de entre muchas otras, las magnitudes derivadas de la aplicación del Derecho Contable, cuya simetría en términos de información para las partes, resulta necesaria para la adecuada toma de decisiones. Una decisión de inversión o financiación basada en una información contable incorrecta puede suponer tomas de decisiones ineficientes y, por extensión, dotar de ineficiencia al mercado.

De los destinatarios de la información contable

La existencia de intereses generales susceptibles de tutela, tanto públicos como privados, determina la asunción por parte de los poderes públicos, de la regulación legal de la contabilidad y el establecimiento de mecanismos que garanticen o cuanto menos promuevan su adecuado cumplimiento. De igual modo, se precisa que, ante su quebrantamiento, se establezcan mecanismos de asunción de responsabilidades derivados de eventuales perjuicios patrimoniales.

De entre las funciones asignadas a los poderes públicos, está la de ser garante de un determinado orden socioeconómico y para ello se determina al poder legislativo como el estamento vehicular para establecer un marco jurídico eficiente. La garantía que la información económica, patrimonial y financiera de las empresas resulte eficaz al objeto por la que se formula, está encomendada al Derecho Contable, que se nos presenta como un conjunto de herramientas jurídicas dirigidas a la protección de intereses de diversa naturaleza, públicos y privados. De forma sintetizada, atendiendo a la teleología contable, podemos diferenciar cuatro grupos de intereses susceptibles de protección jurídica: los de la propia empresa, los de terceros contratantes, los de la administración pública y los de la ciudadanía en general que determinan los intereses del mercado en un sentido amplio. Analicemos sucintamente cada uno de los grupos.

i.- Los intereses del propio empresario. Con el desarrollo de estructuras empresariales complejas, la contabilidad no solamente cumple con la función de informar al empresario de la evolución del negocio, sino que se le ha dotado de un cometido mayor: servir como herramienta para determinar la eficiencia de los gestores de la empresa cuando este cometido no lo ostente el propio empresario. De igual modo, los inversores actuales o potenciales, como usuarios de los estados financieros, necesitan información que les ayude a determinar el alcance de sus adquisiciones, mantener la inversión o, en su caso, desprenderse de ella. En lo referido a sociedades de capital, los socios o accionistas y el mercado de capitales en su conjunto, son también agentes

económicos a los que la información contable de la empresa les resulta un instrumento necesario de información.

ii.- Los intereses de terceros contratantes. Manteniéndonos en el ámbito de los intereses privados, al margen del propio empresario, son diversos los agentes que de un modo u otro interactúan con la empresa y que cuya información contable resulta de interés en defensa de sus legítimos derechos: los trabajadores, los acreedores comerciales, las entidades financieras o los clientes, son todos ellos colectivos cuyas decisiones en relación a determinada entidad pueden verse influenciadas por la información contable.

iii.- Los intereses de la administración pública. Ya en el ámbito de los intereses públicos protegidos, de entre los diferentes organismos de la administración que puedan ostentar intereses susceptibles de protección por medio de una adecuada regulación contable, resulta destacable la administración tributaria. A la luz de cómo se determinan una pluralidad de tributos, pocos hechos económicos que requieran reflejo contable no inciden de algún modo en la conformación de un hecho imponible con trascendencia tributaria. Asimismo, no es baladí la relevancia que, en determinadas ocasiones, puede ostentar la información contable de las empresas para los organismos de la Seguridad Social.

iv.- Los intereses de los ciudadanos en general. Finalmente, resulta necesario no obviar la regulación contable como mecanismo de protección del sistema económico en su generalidad: la protección del libre mercado. Debemos de tener en cuenta que uno de los requisitos imprescindibles para el buen funcionamiento del sistema económico, es la transparencia del mercado, entendida como información suficiente y simétrica para la adopción de las decisiones de oferentes y demandantes y por consiguiente a la determinación del precio de equilibrio: el modelo de competencia perfecta. En este sentido, el conocimiento público de las magnitudes económicas básicas de las empresas que facilita la contabilidad, reglamentada y normalizada, constituye un

elemento orientador muy eficaz. Tampoco podemos olvidarnos que determinadas variables macroeconómicas se conforman con base en un agregado de cifras microeconómicas que se desprende de la contabilidad de las empresas. En general, la sociedad en sí misma, que incluye consumidores, grupos de interés, asociaciones y un largo etcétera en el que confluyen todos los interesados directa o indirectamente, en la actualidad o en el futuro, en la actividad de las entidades económicas, resultan titulares de derechos susceptibles de proteger en relación a la información que las empresas deben ser capaces de suministrar.

En virtud de todo ello, parece plausible afirmar que queda plenamente justificada la existencia de un instituto jurídico que permita establecer un régimen de responsabilidad relacionado con la inobservancia de las obligaciones contables ante supuestos de insolvencias sobrevenidas.

Del fraude contable

A la luz de las sentencias judiciales relativas a la calificación de los concursos de acreedores, sobre las que se incidirá en el capítulo correspondiente, y según las estadísticas al respecto que seguidamente se expondrán, puede afirmarse que la existencia de fraude contable en España no puede considerarse una cuestión menor. Pueden ser múltiples las motivaciones que lleven a una empresa a mostrar una imagen económica, patrimonial y financiera que no se corresponda con su verdadera situación. A este respecto, puede decirse que son diversas las circunstancias que subyacen en la toma de decisiones de la dirección de una empresa en lo que a la comisión de fraude contable se refiere: la presión por satisfacer determinadas expectativas de resultados o la evasión fiscal son los principales factores influyentes⁶.

⁶ En la Norma Internacional de Auditoría 240: Responsabilidades del auditor en la auditoría de estados financieros con respecto al fraude contable (NIA-ES 240), se expone de forma clara las circunstancias que suelen motivar el fraude contable: *“El fraude, ya consista en información financiera fraudulenta o en apropiación indebida de activos, conlleva la existencia de un incentivo o un elemento de presión para cometerlo, así como la percepción de una oportunidad para llevarlo a cabo y cierta racionalización del acto. Por ejemplo: Puede existir un incentivo o un elemento de presión para proporcionar información financiera fraudulenta cuando la dirección está presionada, desde*

La omisión del deber de determinadas formalidades o el quebrantamiento de normas de carácter sustantivo para evitar mostrar la situación veraz de una empresa, engloban el elenco de supuestos de quebrantamiento del Derecho Contable que, de forma preventiva y paliativa debe abordarse por el legislador.

A pesar de la pluralidad de reglas cuya finalidad es la de establecer precisas normas de valoración y registro⁷ contable, así como el conjunto de preceptos jurídicos que prevén regímenes de responsabilidades ante eventuales incumplimientos, el volumen de fraude contable en España es todavía hoy una cuestión de suma importancia. Más allá de su contrastación jurisprudencial a la luz de los reiterados pronunciamientos concursales, los estudios económicos a los que se ha tenido acceso corroboran dicha circunstancia.

En la *Encuesta sobre fraude y delito económico 2014, Resultados en España*, publicado por la consultora *PricewaterhouseCoopers*⁸, se ilustra acerca de

instancias internas o externas a la entidad, para alcanzar un objetivo previsto (y quizá poco realista) de beneficios o de resultado financiero, especialmente cuando las consecuencias de no alcanzar los objetivos financieros pueden ser significativas para la dirección. Del mismo modo, algunas personas pueden verse incentivadas a realizar una apropiación indebida de activos, por ejemplo, por el hecho de vivir por encima de sus posibilidades.

La percepción de una oportunidad para cometer fraude puede darse cuando una persona considera que el control interno puede eludirse; por ejemplo, por encontrarse esa persona en un cargo de confianza o porque conoce deficiencias específicas en el control interno.

Las personas pueden llegar a racionalizar la comisión de un acto fraudulento. Algunas personas tienen una actitud, un carácter o un conjunto de valores éticos que les permiten cometer un acto deshonesto de forma consciente e intencionada. Sin embargo, incluso personas que en otra situación serían honestas pueden cometer fraude en un entorno que ejerza suficiente presión sobre ellas.”

⁷ El RD 1514/2007 y 1515/2007, ambos de 16 de noviembre, por los que se aprueban el Plan General de Contabilidad y el propio específico para pequeñas y medianas empresas respectivamente, establecen la obligatoriedad de aplicar determinadas normas de valoración y registro en el registro contable de los hechos de trascendencia económica en los que haya incurrido la empresa. En concreto, la “SEGUNDA PARTE” del PGC, denominada “Normas de Valoración y Registro” establece en su primera regla: “1.ª Desarrollo del Marco Conceptual de la Contabilidad 1. Las normas de registro y valoración desarrollan los principios contables y otras disposiciones contenidas en la primera parte de este texto, relativa al Marco Conceptual de la Contabilidad. Incluyen criterios y reglas aplicables a distintas transacciones o hechos económicos, así como también a diversos elementos patrimoniales. 2. Las normas de registro y valoración que se formulan seguidamente son de aplicación obligatoria.”.

⁸ Informe obtenido en <https://www.pwc.es/es/publicaciones/gestion-empresarial/assets/encuesta-fraude-economico-2014.pdf>, con acceso en febrero 2016.

determinadas variables relativas a la manipulación contable, cuya toma en consideración nos permite corroborar la relevancia de esta modalidad fraudulenta. En dicho estudio se muestra que a la cuestión planteada a los encuestados sobre qué tipo de delitos económicos habían sufrido sus organizaciones en los precedentes 24 meses, el 19,2% hizo referencia a haber sufrido manipulación contable. Las cifras para el conjunto de Europa para análoga pregunta arrojaron un 17,2% y para el conjunto mundial de la encuesta, el porcentaje fue del 22,4%. A la luz de los datos expresados, puede afirmarse que es ésta, aún hoy, una cuestión que justifica dotar al ordenamiento jurídico de herramientas para su prevención y reparación de daños. El escrutinio de culpabilidad concursal derivado de incorrecciones contables está pues plenamente justificado.

2.- Objeto y alcance

A lo largo de la historia del Derecho en España, tal y como veremos en el capítulo correspondiente, la toma en consideración del quebrantamiento del Derecho Contable en el escrutinio de culpabilidad de la insolvencia se ha ido modulando de muy diversas formas. Se pasó, desde escuetas referencias a los deberes contables de los comerciantes del siglo XVIII, hasta la minuciosa relación de supuestos de quebrantamiento, propio de la tradición codificadora decimonónica. En la actual Ley Concursal, el legislador ha optado por una forma reguladora en la que puedan subsumirse todos los supuestos de incorrecciones contables sin llegar a detallarlos. Se han utilizado términos abarcadores que dotan al intérprete de la norma de mayor facultad discrecional. A dicha circunstancia debemos añadirle el hecho de que, al objeto de enriquecer el Derecho Contable, han proliferado a partir de las últimas décadas del siglo XX, normas de valoración y registro contable cargadas, muchas de ellas, de un fuerte componente de subjetividad interpretativa.

Con todo ello, no debe sorprendernos que, desde la entrada en vigor de la actual Ley Concursal, se hayan sucedido una pluralidad de interpretaciones, en ocasiones contrapuestas acerca del alcance y significado de los términos del art. 164.2.1º LC. Más allá de la pluralidad de autores que han venido a exponer su criterio interpretativo, la jurisprudencia de los tribunales de instancia ha ido introduciendo fundamentos de derecho, que, si bien no siempre han sido convergentes con una única tendencia interpretativa, su estudio conjunto permite extraer conclusiones.

Al artículo 164.2.1º LC le debemos atribuir cierta particularidad que justifica determinadas lagunas interpretativas y vaguedad doctrinal. El alcance jurídico de los términos del precepto concursal no puede determinarse sin hacer referencia a conceptos económicos y empresariales. Tal y como se expondrá en detalle más adelante, la utilización de conceptos jurídicos indeterminados y la implícita remisión que debe llevarse a cabo a normas contables y a conceptos de análisis y valoración

económica, patrimonial y financiera, dificultan en gran medida la propuesta interpretativa del precepto. Por su parte, la pluralidad de elementos incluidos en el mismo, que se conforman como aglutinadores del elenco de incumplimientos o incorrecciones contables, dificulta en cierto modo que dispongamos de una propuesta interpretativa completa que aglutine la realidad fáctica contable de las empresas.

La propuesta de criterios interpretativos que se desprende de este trabajo de investigación tiene como finalidad favorecer la aplicación del precepto en concordancia con el fundamento y objeto del concurso de acreedores. Más allá de la necesaria subjetividad en la aplicación de los supuestos incardinados en el precepto, que se presentan como conceptos jurídicos indeterminados de aplicación ambigua, las proposiciones planteadas pretenden minimizar el grado de discrecionalidad interpretativa y, ante todo, evitar el riesgo de arbitrariedad que puede llegar a suponer la interpretación literal de alguno de los términos. Excede del alcance de esta tesis, la pretensión de establecer pautas interpretativas que excluyan toda posible discrecionalidad en la aplicación del precepto. Tal y como se aborda a lo largo del trabajo, por la naturaleza de los conceptos incardinados en el art. 164.2.1º LC, una vez determinados los fundamentos que doten de seguridad jurídica su aplicación a los supuestos de hecho de cada caso concreto, resultará en gran medida necesaria la remisión a criterios discrecionales de valoración económica.

La interpretación teleológica de los presupuestos del precepto, la remisión a criterios convencionales de análisis de los estados financieros y, en esencia, el carácter utilitarista de las conclusiones alcanzadas, se plantea como el marco jurídico de interpretación y aplicación de cada uno de los elementos que conforman el art. 164.2.1º LC, esto es, el incumplimiento sustancial del deber de contabilidad, la llevanza de doble contabilidad y la comisión de irregularidades que resulten relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor concursado.

3.- Reseña metodológica

Para la finalidad indicada, resulta necesaria una pluralidad metodológica. Una propuesta interpretativa en relación a un precepto normativo de carácter jurídico y económico, requiere necesariamente la conjunción de puntos de vista y procesos de análisis diversos.

La toma en consideración de cómo ha evolucionado a lo largo de la historia el instituto jurídico analizado, saber cómo el Derecho Comparado ha abordado análogas situaciones, y el análisis de la conceptualización económica del precepto al servicio de la teleología concursal, requieren solapar métodos de estudios que lejos de deber tratarse de forma aislada, requieren su conjugación para alcanzar un criterio interpretativo utilitarista.

Los diferentes apartados en los que se conforma este trabajo responden a una sustancialidad diferenciada cuya propuesta metodológica resulta necesariamente plural. El capítulo dedicado al análisis de la evolución histórica requiere el acceso a un historicismo normativo con la finalidad de valorar la razón de ser del instituto jurídico y su conformación progresiva. Por su parte, el análisis del Derecho Comparado, nos permiten enriquecer nuestro estudio, dotándolo de un mayor número de prismas por donde enfocar la propuesta interpretativa.

Ya situados en el plano del estudio de la doctrina y jurisprudencia española contemporánea, su análisis se fundamenta en cierto pragmatismo utilitarista. El acogimiento o rechazo de determinados posicionamientos doctrinales vendrá determinado por su consistencia con la jurisprudencia de intereses. Aquella interpretación que sirva de mejor modo los intereses de los bienes jurídicos protegidos, será la que deberá prevalecer. Para ello resultará también necesario solapar dicho utilitarismo con determinado análisis económico. El carácter económico

que subyace en los términos del precepto sugiere un sesgo analítico hacia disciplinas de contenido económico.

4.- Breve descripción del contenido

El trabajo está estructurado en cinco capítulos. Un primer capítulo introductorio y cuatro capítulos en los que se abordan las cuestiones sustanciales del estudio. El criterio de segmentación de los temas abordados se fundamenta en dotar a cada uno de los capítulos de homogeneidad de contenidos. En cualquier caso, la toma en consideración solapada del material incluido en cada uno de ellos, cabe entenderla como oportuna y necesaria para ahondar en el criterio jurídico y económico que debe subyacer en la tesis interpretativa del art. 164.2.1º LC, finalidad última de este trabajo.

En el capítulo segundo se lleva a cabo una síntesis evolutiva, en la historia del Derecho en España, de la toma en consideración de las obligaciones contables como elemento causal de la calificación culposa de las insolvencias. Se analizará el modo en que este instituto jurídico se ha ido modulando hasta nuestros días, de tal manera que se podrán contrastar los diferentes elementos que han ido conformando progresivamente el precepto o la pluralidad de ellos, en tanto que herramientas jurídicas cuya finalidad resultaba análoga a la del actual art. 164.2.1º LC. Este capítulo, de carácter esencialmente descriptivo, nos permite valorar la relevancia que se ha ido dispensando a la información contable en el contexto de procedimientos de calificación jurídica de las insolvencias, desde los comienzos de la proliferación de las sociedades de acumulación de capital en el siglo XVII hasta nuestros días.

El capítulo tercero alberga un análisis de Derecho Comparado contemporáneo. Por los motivos y con las limitaciones que en el propio capítulo se exponen, se han analizado, en diversos ordenamientos, las herramientas jurídicas que, en su caso, resulten comparables a los propósitos de nuestro art. 164.2.1º LC. Su inclusión en el trabajo de investigación nos permite disponer de elementos de convergencia y contraste de las soluciones jurídicas planteadas en el Derecho Comprado con respecto a nuestra regulación, de tal modo que su toma en consideración nos resultará de utilidad al objeto de establecer las propuestas interpretativas.

En el cuarto capítulo se analiza el artículo 164.2.1º LC. En primer lugar, se contextualiza su función en el marco de la calificación del concurso de acreedores, incardinando el precepto en el sistema de presunciones legales de culpabilidad concursal. Seguidamente, se lleva a cabo una definición de los conceptos jurídicos, económicos y de naturaleza contable, cuyo conocimiento e interpretación resulta necesario para poder llevar a cabo la función interpretativa. Finalmente, se procede a analizar la jurisprudencia y doctrina relevante que ha venido a interpretar los diferentes elementos que componen el precepto: el incumplimiento sustancial del deber de contabilidad, la llevanza de doble contabilidad y la comisión de irregularidades contables relevantes.

El quinto capítulo incluye la propuesta de criterios interpretativos del precepto concursal, la esencia y finalidad última de este trabajo de investigación. Se inicia el capítulo con la exposición de una serie de consideraciones por las que se establecen determinados principios sobre los que se sostienen las propuestas que se suceden. En el apartado segundo se detalla cada una de las proposiciones interpretativas, planteadas por medio de proposiciones asertivas fundamentadas. El capítulo finaliza con una síntesis casuística que, con carácter aglutinador, viene a plantear los supuestos más relevantes de incorrecciones en la aplicación del derecho sustantivo que cabe subsumir en el precepto concursal.

CAPÍTULO II

SÍNTESIS EVOLUTIVA DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE
CONTABILIDAD COMO CONDUCTA CULPABLE EN LA
GENERACIÓN O AGRAVACIÓN DE LA INSOLVENCIA

1.- Justificación de la síntesis evolutiva.

El desarrollo del Derecho a lo largo de la historia no ha quedado al margen de la evolución que ha sufrido la sociedad. En el caso concreto del instituto jurídico analizado, la evolución de la economía, las estructuras del mercado y el desarrollo del Derecho Mercantil en su conjunto, han determinado profundamente la evolución del marco regulador de la actividad económica de las empresas.

El entendimiento de la ciencia jurídica contemporánea sin el análisis previo de los antecedentes históricos puede llegar a resultar dificultoso, o cuanto menos mancado de cierta perspectiva temporal. Bajo dicha premisa, se le atribuye a la Historia del Derecho la finalidad de lograr la necesaria aproximación a la esencia del Derecho contemporáneo por medio de su conocimiento en relación a los distintos episodios históricos. Al hablar de cambios en el sistema jurídico, generalmente se presupone la concurrencia de una evolución social capaz de alterar el orden jurídico existente. No obstante, hay que tomar en consideración que tales estímulos sociales no siempre operan con igual intensidad, ni el Derecho responde de igual modo a cualquier clase de impulso⁹.

Evitando dividir la historia del instituto jurídico en segmentos que pudiesen resultar artificiosos, los diferentes apartados que se suceden en el capítulo responden a un análisis asignando apartados diferenciados según las sucesivas propuestas de derecho positivo; de igual modo, se hará referencia a los episodios de carácter social y económico coetáneos a las diferentes propuestas normativas a lo largo de su evolución.

El estudio de la evolución histórica del instituto jurídico nos permitirá determinar la progresiva relevancia que a lo largo del tiempo los ordenamientos le han dispensado a la información contable. Analizaremos los términos en los que el ordenamiento

⁹ En análogos términos GACTO FERNÁNDEZ, ENRIQUE; ALEJANDRE GARCÍA, JUAN ANTONIO Y GARCÍA MARÍN, JOSÉ MARÍA *Manual Básico de Historia del Derecho*. Laxes, S.L., 2009 p. 3 y ss.

español ha venido regulando a lo largo de la historia la culpabilidad del deudor insolvente cuando concurran quebrantamientos del Derecho Contable, de tal modo que su visión historicista nos permitirá disponer de una mayor capacidad de análisis del precepto actual.

2.- De la Ordenanza de Colbert (1673) hasta nuestros días.

Con la finalidad de exponer la evolución normativa que ha sufrido en nuestro ordenamiento la toma en consideración del incumplimiento contable como causa de calificación de la insolvencia del deudor, para su desarrollo, este apartado se divide según las propuestas de Derecho positivo que se han ido sucediendo.

En primer lugar, como subapartado primero, al objeto de adentrarnos en el instituto de la quiebra en nuestro ordenamiento, en tanto que norma que acoge el precepto que se analiza, se expondrá brevemente la evolución del mismo en las diferentes etapas históricas de nuestro Derecho. Si bien excede del objeto de este trabajo, el análisis del instituto de la quiebra en sí mismo, el conocimiento de los antecedentes normativos puede resultar de interés y su sucinta ordenación cronológica resultar ilustrativa, como base del ulterior análisis evolutivo de lo que realmente conforma la finalidad de este trabajo.

Seguidamente, ya centrados histórica y jurídicamente en la etapa en que la regulación del comercio y la protección del interés general alcanzan determinado grado de protagonismo y maduración, se analizará en el subapartado segundo las primeras normas de Derecho continental europeo en las que se determina la calificación de la quiebra en función, entre otros motivos, de la falta de rigor en el cumplimiento de las obligaciones de índole contable.

De igual modo, ya en el subapartado tercero, siguiendo un criterio cronológico, se estudiará su recepción en las Ordenanzas consulares españolas para tratar finalmente en el último subapartado, su regulación según las codificaciones decimonónicas y su modulación hasta la inclusión en la vigente Ley Concursal por medio del art. 164.2.1º.

Sin pretender el contenido de este apartado, resultar un estudio exhaustivo de la evolución histórica de la norma analizada, su exposición resulta ilustrativa para un

adecuado encuadramiento histórico y jurídico de la misma, valorando la relevancia que ésta ha ostentado a lo largo de los últimos siglos y entender de este modo la importancia que en la actualidad debe continuar dispensándose a su adecuada interpretación.

2.1.- Preámbulo histórico-normativo del instituto de la quiebra en España.

Ya desde los primeros cuerpos normativos europeos que regulaban de forma sistematizada la situación de insolvencias en el ámbito del comercio, hallamos tratamientos jurídicos diferenciados en función de las circunstancias que envolvían la insolvencia. Se ha venido diferenciando entre las situaciones en las que no había mediado culpa alguna en la insolvencia por parte del deudor, con respecto a aquellas en las que la imposibilidad de atender las deudas se producía habiendo concurrido actos que el legislador ha ido entendiendo de suficiente envergadura como para considerar que el quebrado había perjudicado o podría haber perjudicado el derecho de cobro del acreedor.

Si bien la Historia del Derecho sitúa en la Edad Media la aparición del instituto de la quiebra, tal y como analizaremos seguidamente, lo cierto es que el hecho de dispensarse unas consecuencias jurídicas diferenciadas en función de las circunstancias que hayan rodeado una determinada situación de insolvencia, la hallamos ya en el Derecho Romano en su fase más avanzada del *Ius Civile*. La evolución de un sistema de auto-tutela de los intereses privados a un sistema en el que los poderes públicos participan en la composición de los intereses que se vean afectados por los incumplimientos obligacionales, comportará que de forma progresiva se vayan tomando en consideración los intereses del deudor insolvente, lo que derivará hacia una atenuación de la rigurosidad propia del Derecho Romano clásico¹⁰. Tal es así que ante situaciones de incumplimiento de obligaciones cuando no haya mediado culpa del deudor, se configuran institutos de carácter mixto personal-patrimonial en los que se

¹⁰ ALEJANDRE GARCÍA, JUAN ANTONIO. *La quiebra en el Derecho Histórico Español anterior a la Codificación*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1970, p. 25 y ss.

centrará exclusivamente la ejecución forzosa sobre el patrimonio del deudor sin verse afectada su propia persona: serán los institutos calificados de *favor debitoris*¹¹. Solución que podría entenderse como un antecedente a lo que podríamos llegar a considerar los primeros institutos de carácter concursal aplicable a aquellos deudores a los que la insolvencia no les fuera imputable: la *Cessio Bonorum*, entendida como el procedimiento en presencia de un Magistrado consistente en la cesión de bienes por parte del deudor de buena fe, a favor de sus acreedores y como pago de las deudas contraídas con ellos¹².

A pesar de la influencia germánica que caracterizó la evolución del Derecho romano en la etapa visigoda, no se producirá en la península ibérica tras la caída del Imperio una rotura con los principios que regían el Derecho de obligaciones. Tal es así que, a la luz de lo expuesto por los tratadistas de la evolución histórica del Derecho, no se halla tampoco en el Derecho visigodo, una regulación que pueda entenderse embrionaria del moderno instituto de la quiebra¹³. Si bien ya hallamos en el *Liber Iudiciorum, en su Libro V, Tít. VI, Ley V*, una regulación de la situación de insolvencia de un deudor cuando lo sea de una pluralidad de acreedores, determinada corriente doctrinal entiende que dicha regulación no ostenta los rasgos suficientes que caracterizan el instituto de la quiebra de tal modo que no estaríamos ante una primera regulación del mismo¹⁴.

Sin perjuicio de las normas de Derecho de Obligaciones romanas y visigodas, aun en lo relativo a la regulación de las situaciones de insolvencia, no será hasta la Edad Media, como parte integrante del emergente *Ius Mercatorum*, en que hallaremos ya la configuración del instituto de la quiebra relacionado con la actividad comercial. El desarrollo del comercio en el viejo continente, especialmente en Italia, será el

¹¹ PULGAR EZQUERRA, JUANA. *La declaración del concurso de acreedores*, La Ley, 2005, p. 44 y ss.

¹² Así lo define MARTÍNEZ TÁBOAS, TERESA. *Regulación histórica de la quiebra hispánica de la antigüedad a la Edad Media*, Tirant lo Blanch, 2008, p. 51.

¹³ Así MARTÍNEZ, T., *op. cit.* p. 56 y ss.

¹⁴ MARTÍNEZ, T., *op. cit.*; también RAMÍREZ, J.A. *La quiebra. Derecho Concursal español*, Bosch, Casa Editorial, S.A. 1998, p. 109. En contra, según ambos autores en las obras referenciadas: APOTACA Y OSUNA, FRANCISCO *Presupuestos de la quiebra*, Méjico, 1945, p. 58 (referencia no contrastada).

catalizador de la conformación en este país de la génesis de un Derecho Mercantil que servirá de referencia en la Europa medieval, que adolecía hasta entonces de una regulación para el comercio. Los Estatutos italianos incluirán ya, a partir del siglo XIII, el instituto de la quiebra como marco jurídico para el cumplimiento con carácter concursal de las obligaciones de los comerciantes¹⁵.

España no quedará al margen de la evolución del Derecho Mercantil medieval. El desarrollo del tráfico comercial, así como la diversidad de reglas consuetudinarias ya consolidadas, harán necesaria su compilación sistematizada: los Estatutos. Esta solución jurídica no fue una aportación exclusiva de los fueros medievales españoles, sino una herramienta normativa adoptada por los enclaves comerciales más relevantes de Europa; siendo estos: Bérgamo, Bolonia, Milán o Pisa en Italia; Lübeck, Hamburgo o Bremen, entre los nórdicos; y resultando los más relevantes en España, el Libro del Consulado del Mar de Barcelona, los de Burgos y los de Bilbao¹⁶.

Más allá de las diferentes manifestaciones doctrinales en cuanto a la génesis de la autonomía del Derecho español en esta materia¹⁷, será donde más evolucionado se hallará el comercio donde encontraremos la configuración de la quiebra por primera vez en la península ibérica. En concreto, será en Cataluña, en el siglo XIII, donde se regulará por primera vez la quiebra en España: *Ley de Cortes de Barcelona de 1299* dictada durante el reinado de Jaime II, a la que le seguirá la segunda norma catalana sobre quebrados: la *Constitución de las Cortes de Lérida de 1301*¹⁸.

¹⁵ PULGAR, J., *op. cit.*, p. 51.

¹⁶ LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO. *Crónica de la Codificación Española.6.Codificación Mercantil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, 1999, p. 24.

¹⁷ Sin perjuicio de las diferentes manifestaciones doctrinales al respecto, por las que conviven tesis que sostiene que el origen de la legislación española en materia de quiebras lo debemos a los Estatutos italianos, en contraposición con quienes abogan que ya en Las Partidas de Alfonso X el Sabio se regulaba la materia concursal, lo cierto es que por la contemporaneidad de la normas y a falta de una cronología precisa que determine el orden de aparición de las mismas, parece plausible adherirse a la doctrina defendida por TERESA MARTÍNEZ, por la que se afirma que "*el Derecho español sobre quiebra se formó al mismo tiempo que el italiano, teniendo como base ambos ordenamientos al Derecho romano, al Derecho consuetudinario visigodo y a las necesidades comerciales.*" MARTÍNEZ, T., *op. cit.*, p. 139.

¹⁸ Así, RAMÍREZ, J.A., *op. cit.*, p. 115; ALEJANDRE, J.A., *op. cit.*, p. 61.; y PULGAR, J., *op. cit.*, p. 63.

Sin embargo, a pesar de la proliferación del Derecho de la quiebra en la etapa medieval, no se ha hallado evidencia documental de que se tomase en consideración el rigor en la aplicación del Derecho Contable como causa de calificación de la misma. Dicha circunstancia resulta en cierto modo coherente con el hecho de que la caída del Imperio romano y la consecuente aniquilación del comercio en Europa, comportó la desaparición de la práctica contable existente; no sería hasta en la propia Edad Media, consecuencia del desarrollo del comercio en Europa, en que se empezarán a conformar métodos contables adecuados a las nuevas necesidades, génesis de la técnica contable moderna.

Finalizada la Edad Media, situados en plena expansión del comercio de ultramar a partir del siglo XVI y especialmente en el XVII y XVIII, como consecuencia de la necesidad de dotar de capital las empresas para poderse aventurar en costosas inversiones, irán emergiendo nuevas necesidades normativas. La acumulación de capital de las compañías de comercio y la consecuente creación de las sociedades de capital y su heterogestión¹⁹, comportarán la necesidad de crear normas que protejan a todos los agentes que intervienen en el comercio. Inversores y acreedores, entre otros, requerirán información económica recurrente de las empresas y se hará más necesario la existencia en el ordenamiento de normas que protejan sus intereses.

Como consecuencia de este escenario de comercio creciente y de mayor complejidad de sus estructuras, en el derecho continental europeo evolucionarán paralelamente el instituto de la quiebra y la exigencia en la aplicación de técnicas contables y obligaciones formales encaminadas a que la contabilidad de los comerciantes muestre una imagen veraz de su situación económica, patrimonial y financiera.

Situados en el siglo XVII, más allá del solapamiento en el continente europeo de

¹⁹ Se entiende por heterogestión el hecho de que se produzca una segregación entre la propiedad de la empresa y los órganos de gestión de la misma. En el contexto de las sociedades de capital es donde halla su máxima expresión la heterogestión, en que los socios o accionistas se desvinculan de la gestión de la compañía, delegando tal función en el órgano de administración.

innumerables ordenanzas consulares que regularán la actividad de los comerciantes y cuyos cuerpos normativos se utilizarán como plataforma para la posterior codificación de la quiebra, no puede someterse a análisis el origen de la regulación moderna del instituto concursal en el continente sin considerar la obra del español SALGADO DE SOMOZA. No resulta un hecho controvertido entre los tratadistas concursales europeos que el *Labyrinthus Creditorum Concurreritium ad Litem Per Debitorem Communem Inter Illos Causatam* de SALGADO DE SOMOZA, ejerció una notable influencia en el Derecho de quiebra europeo de aquella etapa; primera edición de la obra que se sitúa a mediados del siglo XVII²⁰.

Con la progresiva complejidad que irá adquiriendo la estructura patrimonial y financiera de los comerciantes, adquirirá gran relevancia el aseguramiento de que la información económica, patrimonial y financiera que emana de los registros contables, resulte veraz con la finalidad de proteger los intereses de los agentes económicos²¹. Tal es así que en el siglo XVII hallamos por primera vez, aunque sea de forma incipiente, la calificación de la insolvencia del comerciante, relacionada con el hecho de ponerse de manifiesto incumplimientos contables relativos al reflejo de la actividad económica del deudor.

2.2.- Origen de la regulación sistemática en el Derecho continental.

Tal y como se ha expuesto en el subapartado anterior, el derecho comercial medieval italiano será la plataforma sobre la que se asentará la posterior sistematización del Derecho Mercantil y en concreto la regulación de la quiebra en el continente. Si bien la primera codificación de derecho del comercio en el continente

²⁰ No parece haber unanimidad doctrinal en cuanto a la fecha de la publicación de la primera edición, si bien determinados autores que conforman la corriente mayoritaria, sitúan la misma en el año 1651. Vid. PULGAR, J., *op. cit.*, p. 74, y ALEJANDRE, J.A., *op. cit.*, p. 89.

²¹ En el capítulo introductorio se relaciona el conjunto de agentes económicos cuya actividad requiere disponer de una veraz información contable de las empresas para una adecuada toma de decisiones. La protección de tal derecho a la información se conforma como el garante de uno de los principios esenciales que caracteriza el modelo de "competencia perfecta": la simetría en la información al alcance de los agentes económicos.

no verá la luz hasta el S. XIX, concretamente en Francia como posteriormente veremos, ya en el siglo XVII se adoptará en este país el derecho consuetudinario italiano en materia de quiebra: la Ordenanza del Comercio de Colbert (1673).

La Ordenanza de Colbert de 1673, también identificada como el “Código Savary”²², fue el resultado de una compilación ordenada del derecho comercial del medievo²³, una recopilación de usos y decisiones judiciales: el Derecho consuetudinario creado por los comerciantes²⁴. La Ordenanza francesa de 1673 tendrá el mérito de ser la primera codificación de derecho aplicable al comercio y cuya importancia histórica se fundamenta en tres circunstancias²⁵: supondrá la recepción jurídico-positiva del Derecho medieval italiano en materia de quiebras, resultará ser el origen del Derecho Concursal francés y ejercerá gran influencia sobre los ordenamientos continentales del bloque latino.

Sin entrar a valorar el conjunto de obligaciones contables del comerciante que de forma sistemática ya se incluyen en la Ordenanza²⁶, sí que analizaremos el modo en que la Ordenanza modula la calificación de la quiebra en virtud de la posible existencia de irregularidades de naturaleza contable. De este modo, a partir de la regulación francesa, veremos en los sucesivos apartados cómo ha evolucionado el instituto hasta nuestros días.

²² Luis XIV se apoyará en el controlador general de las finanzas francesas, Jean-Baptiste Colbert, para que refunde las bases jurídicas de la administración de Francia. Con tal cometido se promulgaron cinco grandes ordenanzas: sobre el procedimiento civil (1667), el procedimiento criminal (1670), sobre aguas y bosques (1669), sobre el comercio marítimo (1681), y sobre el comercio terrestre (1673). En relación a esta última, la Ordenanza de comercio terrestre, Colbert confiará lo esencial del trabajo a Jacques Savary, autor de diversos tratados sobre el comercio, de ahí el nombre de Código Savary que se dispensa frecuentemente a la Ordenanza de 1673. Así DELPLANQUE, CATHERINE, Secretaria general de la asociación del bicentenario del Código de Comercio, en “*El código de comercio de 1807*”, Instituto Napoleónico México-Francia. Artículo consultado en <http://inmf.org/codecommerce.htm> el día 15 de mayo de 2013.

²³ Así, MONÉGER, JÖEL. “*De la Ordenanza de Colbert de 1673 sobre el comercio al nuevo Código de Comercio de 2000*” en Revista Dikaion, Año 16, nº 11, p. 82 y ss.

²⁴ Vid., PULGAR, J., *op. cit.*, p. 71., citando a GIRÓN, “*Apuntes de Derecho Mercantil*”.

²⁵ Vid., PULGAR, J., *op. cit.*, p. 72 y ss.

²⁶ *Ordonnance de 1673*, Titre III: “*Des livres et registres des négociants, marchands et banquiers*”.

2.2.1.- Ordonnance de 1673, Titre XI : “Des faillites et banqueroutes”.

Del contenido del Título XI de la Ordenanza francesa de 1673 se desprende ya una calificación de la quiebra por motivos contables. En concreto, a la luz de los artículos 3 y 11 de dicho Título²⁷, de una traducción e interpretación del literal de los mismos puede determinarse que el legislador, por medio del art. 3 establece la obligatoriedad de presentar ante los organismos concursales los registros contables de acuerdo con los preceptos que a tal efecto se incluyen en el Título III de la Ordenanza y que en el propio art. 3 del Título XI se consignan. A su vez, en el art. 11 del Título XI, se especifica que podrán considerarse quiebras fraudulentas, aquellas cuya obligación de consignar los registros contables no se hubiera visto satisfecha según las exigencias que la propia Ordenanza establece. Por consiguiente, de los indicados preceptos se desprende ya determinada relación entre la calificación de la quiebra y el incumplimiento contable.

A pesar de la precariedad y parquedad de su regulación y por consiguiente la escasa posibilidad de comparación con la norma actual, resulta remarcable el hecho que de una interpretación literal del precepto, art. 11 T. XI, no se desprende que exista una presunción *iuris et de iure* en cuanto a su calificación de fraudulenta por incumplimiento de las exigencias contables²⁸. Observamos en el redactado del art. 11 que con respecto al comerciante que no cumpla con las exigencias contables predeterminadas, “podrá” ser calificada su situación de quiebra como fraudulenta: “...pourront être réputés banqueroutiers frauduleux”. Parece plausible interpretar el

²⁷ Este es el texto íntegro de ambos preceptos, tal y como se redactó:

« Titre XI: “Des faillites et banqueroutes”.

.../...

ART. 3. Les négociants, marchands et banquiers seront encore tenus de représenter tous leurs livres et registres cotés, parafés en la forme prescrite par les articles 1, 2, 3, 4, 5, 6 et 7 du titre III ci-dessus, pour être remis au greffe des Juge et consuls, s'il y en a, sinon de l'hôtel commun des villes, ou ès main de créanciers de leurs choix.

.../...

ART. 11. Les négociants et les marchands tant en gros qu'en détail, et les banquiers qui, lors de leurs faillites, ne représenteront pas leurs registres et journaux signés et parafés comme nous avons ordonné ci-dessus, pourront être réputés banqueroutiers frauduleux. »

²⁸ Circunstancia que, como se especificará en los subsiguientes apartados, acabará viéndose modificada a lo largo de la historia del Derecho de quiebra, para acabar transformándose, la irregularidad contable en el contexto de una insolvencia, como un supuesto de responsabilidad en abstracto que no ofrece margen de discrecionalidad al juzgador a la hora de determinar la calificación de la misma ante tal eventualidad.

término “podrá” como una opción que se ofrece al juzgador para que determine la calificación según las circunstancias que estime pertinentes tomar en consideración con base en los elementos fácticos: la presunción *juris tantum* de quiebra fraudulenta por motivos contables.

Más allá del interés que pueda suscitar dicha norma por el hecho de poder resultar la génesis de las sucesivas regulaciones del instituto jurídico, nada más añadiremos al análisis de la misma, centrando nuestro interés en las ulteriores codificaciones que sí permitirán ver ya una análoga regulación a la actual y por consiguiente observar su evolución hasta el Derecho contemporáneo.

2.2.2.- De la Ordenanza de 1673 al Código de Comercio francés de 1807.

La creciente complejidad del comercio a lo largo de los siglos XVII y XVIII haría necesaria una regulación más completa y sistemática de la actividad económica. El Código de Comercio francés de 1807, herencia del Código Savary, introducirá la regulación de aspectos relacionados con el comercio inexistentes hasta el momento. De entre otros, se desarrollará el Derecho de quiebra, en el que ya se segmentarán diversas situaciones de insolvencia en función de las circunstancias acontecidas: la calificación de la quiebra. De entre ellas, la calificación culpable o fraudulenta derivada de irregularidades contables quedará ya regulada de forma taxativa. En concreto, en los art. 587 y 594 del Capítulo II del Título IV del Libro III²⁹, quiebra culpable y fraudulenta respectivamente.

Resulta de interés remarcar dos aspectos concretos relativos a la consideración de la irregularidad contable como causa de culpabilidad en sentido amplio. En primer

²⁹ A los efectos ilustrativos, se reproduce el texto literal de los art. 587 y 594 CCo francés (1807):

“587. Pourra être poursuivi comme banqueroutier simple celui qui présentera des livres irrégulièrement tenus sans néanmoins que les irrégularités indiquent de fraude, ou qui ne les présentera pas tous ...celui, qui, ayant une société, ne se sera pas conformé à l'article 440.

.../...

594. Pourra être poursuivi comme banqueroutier frauduleux, et être déclaré te, le failli qui n'a pas tenu de livres ou dont les livre ne présenteront pas sa véritable situation active et passive;...”.

lugar, resulta oportuno resaltar el hecho de que, a diferencia de las Ordenanzas de Colbert, el Código de Comercio de 1807 ya establece una graduación de las consecuencias de la irregularidad contable en relación a la quiebra; diferenciando entre quiebra culpable para los supuestos de irregularidad que se entienden menos graves, con respecto a la quiebra fraudulenta reservada para los casos de mayor trascendencia. Obsérvese que, en virtud del art. 594, cuando de la irregularidad contable se impida mostrar la verdadera situación económica, patrimonial y financiera, nos hallaríamos ante un supuesto de máxima gravedad, calificando la quiebra de fraudulenta. Por su parte, el art. 587 regula el supuesto de irregularidad relacionada con cuestiones formales que no alcancen a desvirtuar la adecuada información económica, patrimonial y financiera, estableciendo para tales casos, la calificación de quiebra culpable. Con tal diferenciación, se acredita la mayor relevancia que el legislador decimonónico francés ya le otorga a la necesaria imagen veraz que los registros contables deben mostrar.

En segundo lugar, resulta también destacable el componente de discrecionalidad con que se dota al juzgador en relación a la calificación de la quiebra cuando concurra la irregularidad contable, tanto en su consideración “simple” como “fraudulenta” tal y como ya ocurría en relación a la Ordenanza de 1673. La expresión “*Pourra être poursuivi comme...*” (Podrá ser procesado como...) con la que se inicia tanto el art. 587 como el art. 594 del Código francés, muestra la discrecionalidad de la que el legislador otorga al juzgador a la hora de determinar la calificación de la quiebra por causas contables. En contraposición a dicha discrecionalidad, observamos que el legislador francés no la atribuye ante determinados supuestos de hecho. En concreto, a título ilustrativo, observamos en el art. 593, en que no se deja opción a discreción alguna, estableciendo “*Sera déclaré banqueroutier frauduleux...*” (Será declarado en quiebra fraudulenta...). Por consiguiente, de una interpretación *a contrario*, cabe entender la presunción *iuris tantum* del contenido del art. 587 y art. 594. Vemos de este modo que en el primer Código de Comercio del continente, la valoración de los incumplimientos

contables en relación a la calificación de la quiebra quedaba sometida a la discrecionalidad del juzgador.

2.3.- La recepción en las ordenanzas consulares españolas.

La evolución de las Ordenanzas de los Consulados de Comercio medievales no comportará la inclusión generalizada de una regulación sistemática de la quiebra más allá de las normas que la regulaban en territorio catalán y castellano por medio de disposiciones aisladas y con una práctica judicial fundamentada en la casuística³⁰. No será hasta la aportación de las Ordenanzas de Bilbao de 1737³¹ en que se regulará de forma amplia el Derecho de quiebra en España y que recibiendo una notable influencia de la Ordenanzas francesa de 1673³², tomará en consideración de forma incipiente el rigor contable como causa a considerar en la interpretación de la situación de insolvencia.

Sin perjuicio de la importancia de las Ordenanzas del Consulado de Bilbao, por resultar éstas una referencia en la confección del Código de Comercio de 1829³³ en relación a los diferentes institutos jurídicos que regulaban el comercio; en lo referido a la norma analizada resulta pertinente hacer referencia también al proyecto de las Ordenanzas del Consulado de Málaga de 1825³⁴. En estas últimas observaremos ya una

³⁰ Así, ALEJANDRE, J.A., *op. cit.*, p. 127.

³¹ Afirma PULGAR, J., *op. cit.*, p. 72: "... Las Ordenanzas de Bilbao regulan la quiebra por primera vez a nivel legal, de manera completa y sistemática...". También al respecto, GARRIGUES, J. *Curso de Derecho Mercantil* Tomo II, 8ª edición. Imprenta Aguirre, 1983, p. 418: "...mientras se formaba por influjo italiano una doctrina mercantilista de la quiebra que alcanza su consagración legal en las Ordenanzas de Bilbao (1737), donde se regula sistemáticamente un procedimiento de quiebra exclusivo para los comerciantes."

³² Así, GARRIGUES, J., *op. cit.*, p. 419.

³³ DIVAR GARTEIZ-AURRECOA, JAVIER. "Las Ordenanzas de Bilbao como antecedente de la Codificación Mercantil en España" en Boletín JADO de la Academia Vasca de Derecho, año X nº 22. Bilbao, 2011, p. 16. En el mismo sentido, LASSO, J. F., *op. cit.*, p. 38.

³⁴ No llegando a estar nunca vigentes las Ordenanzas de Málaga de 1825 al aprobarse éstas en 1829 y quedando derogadas en el mismo año por las disposiciones finales del CCo 1829, parte de la doctrina no incluye su estudio en el análisis de la evolución histórica del instituto de la quiebra. No obstante, al objeto de este trabajo, resulta oportuno observar el modo en que por primera vez hallamos en el Derecho positivo español la regulación de la norma analizada, motivo por el que incluiremos su análisis como parte de la síntesis evolutiva de ésta. *Vid.*, al respecto de la no entrada en vigor de la Ordenanza de Málaga de 1825, PULGAR, J., *op. cit.*, p. 78.

regulación más clara y concisa que por su similitud con la que le sucede, como observaremos seguidamente, sugiere que éstas podrían ser el antecedente directo previo al Código español del 1829 en lo que se refiere a la irregularidad contable como causa de determinación de la clase quiebra. Sin embargo, por la proximidad de fechas, 1825 el proyecto de Ordenanza y 1829 el Código de Comercio, podría resultar aventurado afirmar la preexistencia de la primera respecto a los trabajos de preparación del Código de Comercio, por lo que podría suscitarse dudas acerca de cuál fue la norma de referencia. Al respecto se profundizará en el subapartado dedicado al proyecto de Ordenanza.

A continuación, analizaremos el tratamiento que en ambas Ordenanzas se dispensa a la norma analizada.

2.3.1.- Las Ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737.

De los preceptos del Capítulo XVII³⁵ de las Ordenanzas de 1737 se desprende, sin dejar lugar a dudas, que ya se incluye un mandato relativo a tomar en consideración el cumplimiento de las obligaciones de índole contable ante una situación de quiebra. No obstante, a diferencia con lo que ocurre con los textos decimonónicos que seguidamente analizaremos, en la Ordenanza de Bilbao, tal y como hemos visto que ya ocurría en la Ordenanza francesa de *Colbert*, no se determina de forma directa y taxativa un supuesto de calificación en función de la existencia de irregularidades contables análogo al actual art. 164.2.1º LC.

De la literalidad de los preceptos, en los que subyace la toma en consideración del preceptivo rigor contable ante las situaciones de insolvencia, podemos establecer determinadas interpretaciones en cuanto a su alcance. De las tres clases de quiebra que establece la Ordenanza, en la segunda y en la tercera se hace referencia a las obligaciones contables que quedan reguladas en el capítulo noveno de la propia

³⁵ Capítulo XVII. “De los atrasados, fallidos, quebrados, o alzados; sus clases, y modo de procederse en sus quiebras.”

Ordenanza. En la primera clase quedarán encuadrados aquellos supuestos en los que el deudor resulte “*inocente*”³⁶ por no resultarle imputable ninguna culpa, instando el legislador a que se les “*ha de guardar el honor de su crédito, buena opinión, y fama*”.

En relación a los supuestos que subyacen en la segunda clase (culpa leve), la Ordenanza prevé que formarán parte de dicho “*género de quebrados*”, de entre otros:

“...aquellos que por infortunios, que inculpablemente les acaecieron.../..., arriesgando prudentemente cantidades de Mercaderías, y efectos, que consideraron podían arriesgar sin daño a tercero, vinieron a perder, .../... y fiando en tierra sus caudales.../... y despues no les respondieron, ni pagaron sus haberes...”,

quedando, dicha culpabilidad leve, condicionada a que se hubiese llevado un estado de cuentas adecuado:

“...y precisados a dar punto a sus negocios, formaron exacta cuenta, y razon del estado de sus dependencias, haberes, creditos, y debitos, con los justificados motivos de sus perdidas...”.

Del segundo fragmento del precepto puede interpretarse que, si el quebrado no facilitaba una exacta información del estado de sus cuentas, no quedaban satisfechos los antecedentes fácticos especificados, ya que en virtud del tenor literal “*...formaron exacta cuenta...*”, comportaría excluir del supuesto, aquellos que no lo hicieren. Si bien no hallamos en la relación de supuestos que determinan el encuadramiento del quebrado en la clase tercera (culpa grave) el supuesto de irregularidad contable, sí que parece plausible que, de una interpretación *a contrario* de los supuestos de la clase segunda, puede determinarse que, al no cumplirse con el requisito de exactitud del estado de cuenta, resultaría subsumible la insolvencia en el supuesto previsto en la última clase de quebrados.

³⁶ “*...se previene, que los atrasados, quebrados, ó fallidos en su crédito, se deberán dividir en tres clases, ó géneros, de que pueden resultar inocentes, y culpados, leve, o gravemente, según sus procedimientos...*” O.B. 1737, Capítulo XVII, I.

En cuanto a la tercera clase, cabe remarcar que sí que se cita un supuesto que vincula la información del estado de cuentas con la calificación de la quiebra. En concreto el texto del art. IV del mismo capítulo XVII establece:

“...y alzándose finalmente con la hacienda ajena que pueden, ocultando ésta, y las demás alhajas preciosas que tienen, y con lo Libros, y Papeles de su razón, ausentandose, ó retirandose al sagrado de las Iglesias, sin dar, ni dexar cuenta ni razón de las dichas sus dependencias, reduciendo á la ultima confusión á sus Acreedores, de que resultan notables perjuicios á los demas comerciantes de buena fe”.

A la luz del tenor literal del precepto, aun no haciéndose mención expresa a la calidad de la información contable, sí que este último supuesto prevé el hecho de que el comerciante se ausente, llevándose con él los registros contables. De este modo, cabe interpretar que el legislador entiende que, en tal caso, no existirá documentación contable alguna que poder contrastar, motivo por lo que, de entre otros, cualifica al deudor de *“infames ladrones publicos, robadores de hacienda ajena”*, como definición del quebrado calificado en la tercera y última clase.

Lo cierto es que no hallamos en nuestra legislación concursal actual tal supuesto de desaparición de los registros contables, si bien el supuesto descrito podría corresponderse con el de no llevanza de contabilidad alguna al no poder quedar probado lo contrario y no haber tenido acceso a ella, por lo que con una interpretación *a fortiori*, podría llegar a entenderse como un supuesto subsumible también en nuestro art. 164.2.1º LC. por el incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de contabilidad.

Finalmente, resulta oportuno resaltar que, ante cualquiera de los supuestos fácticos descritos, la Ordenanza no prevé que deba probarse la producción de daño alguno a terceros para determinar el encuadramiento en la tercera clase de quebrados. En relación al supuesto de exactitud en la información contable a la que hace referencia la definición de la segunda clase, estimándose pertinente la interpretación *a contrario*

propuesta, no resulta entonces exigible el requisito de perjuicio a terceros para la inclusión en la tercera clase. Y finalmente, del literal del precepto referido a la desaparición de la contabilidad, el legislador lejos de condicionar la calificación al posible perjuicio a terceros, directamente afirma que la desaparición de la contabilidad comporta un perjuicio: “...reduciendo á la ultima confusión á sus Acreedores, de que resultan notables perjuicios á los demás comerciantes de buena fe”: presunción *iuris et de iure* de culpabilidad.

Si bien estas Ordenanzas tendrán la importancia, para la finalidad de este trabajo, de resultar la primera norma jurídica española en que se toma en consideración la información contable como supuesto condicionante de la calificación de la quiebra³⁷, lo cierto es que su regulación resulta un tanto confusa. La división en tres clases de quebrados comportaría que se produjesen quiebras que no pertenecería a la segunda clase pero que tampoco tendrían todos los elementos esenciales que fundamentaban la tercera³⁸. Circunstancia que dejaría en manos de la discrecionalidad del juzgador la decisión al respecto. Ahondando en los posibles supuestos fácticos a los que les podría afectar tal ambigüedad podríamos incluir la interpretación a la que se hacía referencia relacionada con la comisión de irregularidades contables y su encuadramiento en la segunda o tercera clase.

2.3.2.- El proyecto de Ordenanzas del Consulado de Málaga de 1825.

Como paso previo al análisis de los Códigos de Comercio que han visto la luz en nuestra historia codificadora, analizaremos el proyecto de Ordenanzas de Málaga de 1825 que, si bien no llegaron a entrar en vigor, debido a su “singular paralelismo” con

³⁷ No se ha hallado referencia doctrinal que atribuya a una norma jurídica española anterior a las Ordenanzas del Consulado de Bilbao, la inclusión de la falta de rigor contable como causa de calificación de la insolvencia del deudor.

³⁸ GARCÍA ESPAÑA, JOSÉ JUAN. “*Documentos para la historia económica y mercantil de Málaga –siglos XVIII y XIX-*”. Trabajo publicado en el sitio web de la Universidad de Sevilla, <http://institucional.us.es/revistas/historia/02/02%20garcia%20espana.pdf>, p. 23 del documento; sitio web consultado el día 1/10/13.

el Código de Comercio de 1829, determinada doctrina hará referencia al proyecto de Ordenanza como antecedente a la codificación³⁹.

Existen pocos estudios que analicen las Ordenanzas de Málaga de 1825. La causa de tal circunstancia la podemos hallar en dos posibles motivos. En primer lugar, por el hecho de que éstas, como mencionábamos anteriormente, no llegaron a entrar en vigor. Siendo así, parece razonable que en un estudio acerca del Derecho aplicable no se tome en consideración este texto. En segundo lugar, otro argumento que ha podido marginar el estudio de la Ordenanza, es el hecho de que, en muchos ámbitos, sus preceptos fueron adoptados con gran similitud por el Código de Comercio de 1829, habiéndose relegado el estudio de la Ordenanza en beneficio del análisis del Código. Parecido que podemos hacer extensible al instituto jurídico analizado. Sin embargo, al objeto de establecer la trazabilidad de la evolución de la norma, transcribiremos su contenido y de este modo destacaremos los rasgos diferenciales respecto el antecedente en la Ordenanza de Bilbao.

En concreto, la Ordenanza de Málaga de 1825, tal y como ya preveía el Código de Comercio francés de 1807, establecía dos niveles de gravedad en cuanto a las irregularidades contables se refiere ante situaciones de insolvencia. El art. 1047 de la Ordenanza establece los supuestos de "*Falencia culpable*", mientras que los supuestos del art. 1048, de mayor gravedad, los encuadra en la denominada "*Falencia fraudulenta*"⁴⁰:

"

1047.—*Es falencia culpable la que hace un comerciante que se encuentra en alguno de los casos siguientes:*

... /...

³⁹ OLIVENCIA RUIZ, MANUEL. "*Suspensión de pagos y quiebra en el Código de Comercio*", en *Centenario del Código de Comercio* Vol. I. Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, p. 348.

⁴⁰ El proyecto de Ordenanza preveía cinco clases de quiebras tal y como lo determinaba el art. 1044: 1ª Suspensión de pagos, 2ª Falencia inculpable, 3ª Falencia culpable, 4ª Falencia fraudulenta y 5ª Alzamiento.

Si sus libros estuviesen irregularmente seguidos aunque las irregularidades no indiquen fraude, ni dañen a tercero.

.../...

1048.—Será declarado fallido fraudulento todo comerciante que se halle comprendido en alguno de los casos siguientes:

.../...

Si no tuviese todos sus libros en regla o se encontrasen enmendados maliciosamente, o les faltase alguna hoja o no constase por ellos su verdadera situación activa o pasiva.

.../...

“

De un análisis de los supuestos de ambos preceptos, parece desprenderse que la diferencia entre el supuesto culpable y fraudulento radicaría en que la irregularidad afectase a elementos de derecho contable sustantivo, situándonos entonces en el plano de la fraudulencia, o que se tratase exclusivamente de cuestiones formales, relegándose entonces el supuesto a la quiebra culpable.

Del art. 1048 se desprende de forma taxativa que el supuesto tipificado es aquel que comporta la imposibilidad que de la información contable se pueda obtener una imagen veraz de la situación económica, patrimonial y financiera. Sin embargo, lo expresado en el art. 1047 muestra una mayor ambigüedad pues puede resultar sujeta a discrecionalidad la interpretación de la expresión “*libros estuviesen irregularmente seguidos*”. Afirmar que de tal supuesto puede subsumirse en el art. 1047, de irregularidad en la calidad de la información, sería tanto como decir que se está regulando el mismo supuesto de hecho que en el art. 1048 ya que este último ya prevé el supuesto de que no se desprenda de los libros la verdadera situación de activos y pasivos. Por consiguiente, teniendo en cuenta la menor gravedad prevista en el art. 1047, parece razonable afirmar que tal irregularidad haría referencia a cuestiones formales, dejando las de fondo para incluirlas en el art. 1048.

En cualquier caso, de la comparación de ambos preceptos sí que parece plausible afirmar que la diferenciación entre quiebra culpable y fraudulenta puede llegar a

adolecer de determinada ambigüedad. En concreto, si analizamos el elemento fáctico objetivo de llevar irregularmente los libros de contabilidad, puede resultar acertado afirmar que el hecho es subsumible en el supuesto de culpabilidad del art. 1047. Sin embargo, nada impediría a la luz de lo dispuesto en el art. 1048, "*Si no tuviese todos sus libros en regla*", no requiriéndose elemento subjetivo añadido de fraude, que fuere incluido en el supuesto de fraudulencia. Dicha circunstancia la encontramos ya resuelta en el redactado del Código de 1829, en el que con una más precisa relación de los elementos fácticos, ya se diferencia más taxativamente entre ambos supuestos de quiebra.

En cuanto a la intencionalidad o perjuicio derivado de los hechos descritos, del art. 1047 parece evidenciarse que se trataría de un supuesto objetivo que no requiere la intencionalidad para su perfeccionamiento, siendo incluso indiferente si se llega a producir daño alguno. Por lo tanto, se trataría de un supuesto de responsabilidad en abstracto. Tampoco se desprende del art. 1048 la necesaria concurrencia de daño alguno ni de intencionalidad en la realización del hecho tipificado salvo en lo referido a la existencia de enmiendas en libros, que requerirán del elemento subjetivo de maldad para ser considerado un supuesto de fraudulencia.

Comparando los citados preceptos de la Ordenanza de Málaga con los análogos incluidos en el Código francés, parece plausible establecer una trazabilidad evolutiva entre ambos textos. En cualquier caso, no habiendo entrado en vigor la Ordenanza, su interés radica en ilustrar la evolución que fue sufriendo la norma analizada, máxime cuando de forma contemporánea estaba en preparación el primer código de comercio que unificará para toda España el Derecho Mercantil, incluyendo ya una única regulación de la quiebra.

2.4.- La evolución en la codificación española.

Situados a principios del siglo XIX, diversos presupuestos sociopolíticos y económicos se conformaron como los catalizadores del movimiento codificador en España: la abolición de las estructuras estamentales del antiguo régimen derivada de la revolución francesa, la separación de la sociedad civil respecto del poder político o la expansión de la industria, fueron condiciones necesarias que permitieron que se produjese un punto de inflexión en la técnica legislativa en España⁴¹. Según el parecer de determinados tratadistas, a dichos condicionantes les acompañaba una corriente política de carácter centralista y uniformadora, que perseguiría la realización de un Estado con unas *“mismas instituciones y unos mismos códigos sobre cada una de las partes o materias del Derecho positivo y vigentes en todo el ámbito de la nación”*⁴². Asumidas en España las ideas directrices de la Revolución Francesa y con el ejemplo codificador francés, se sentarán las bases del nuevo orden jurídico en España.

A pesar de la voluntad uniformadora del Derecho, lo cierto es que en los primeros años decimonónicos resultó dificultoso avanzar en la redacción de los códigos, de entre otras causas, tal vez por la falta de una constitución que estableciese conforme a qué principios fundamentales debía sostenerse el ordenamiento. Una vez promulgada la Constitución de 1812 en la que se establecía la necesidad de que en España rigiera un único código en materia civil, penal y de comercio, el fenómeno codificador acelerará su evolución. Sin embargo, no será hasta el inicio del trienio liberal en que verán la luz las primeras codificaciones españolas: el Código Penal de 1822, el Procedimiento Criminal de 1823 o el proyecto de Código Civil de 1821 y no será hasta el 1829 en que aparecerá el primer Código de Comercio español; Código promulgado por Fernando VII, obra del jurista SAINZ DE ANDINO.

Acotando el análisis del Código de SAINZ DE ANDINO en lo que a la regulación de la

⁴¹ Relación de presupuestos sociopolíticos y económicos inspirada en el análisis que al respecto establece JUANA PULGAR, *op. cit.*, p. 81 y ss.

⁴² Así, GACTO FERNÁNDEZ, E.; ALEJANDRE GARCÍA, J. A. Y GARCÍA MARÍN, J. M. *op. cit.* p. 358.

quiebra se refiere⁴³, el posicionamiento doctrinal es plural en cuanto a los orígenes sobre los que se fundamenta la regulación del instituto de la quiebra en el Código. No obstante, el hecho de que para su elaboración se recabaran antecedentes como las Ordenanzas, proyectos de reforma y observaciones de los distintos Consulados, permite pensar que, a la luz de la similitud en la clasificación de las quiebras entre las finalmente promulgadas en 1829 respecto a las proyectadas en la Ordenanzas de Málaga de 1825, así como la proximidad de sus fechas, alguna influencia habría tenido estas últimas en el trabajo de SAINZ DE ANDINO⁴⁴.

2.4.1.- La regulación en el Código de Comercio de 1829.

Con el Código de Comercio de 1829 se inicia en España la codificación unificada del Derecho Mercantil dejando atrás las atomizadas regulaciones de los diferentes cuerpos consulares. Más allá del análisis en su conjunto del Libro IV referido a la quiebra o del origen de su contenido, centraremos nuestro estudio en lo referido exclusivamente a la cuestión analizada en este trabajo, regulada en los artículos 1006, 1007 y 1008, que se reproducen seguidamente:

“

Código de Comercio de 1829

LIBRO IV.

De las quiebras

TÍTULO I.

Del estado de quiebra y sus diferentes «especies»

Artículo 1006.

Serán también tratados en el juicio como quebrados de tercera clase, salvo las excepciones que propongan y prueben para destruir este concepto o demostrar la inculpabilidad de la quiebra:

⁴³ Libro IV del CCo 1829. “De las quiebras”.

⁴⁴ OLIVENCIA, M., *op. cit.*, p. 347-348.

1ª Los que no hubiesen llevado los libros de contabilidad en la forma y con todos los requisitos que se prescriben en la Sección 2ª, Título II, Libro I, de este Código, aunque de sus efectos y omisiones no haya resultado perjuicio a tercero.

.../...

Artículo 1007.

Pertenecen a la cuarta clase los quebrados en quienes concurren algunas de las circunstancias siguientes:

1ª Si en el Balance, Memorias, libros u otros documentos relativos a su giro y negociaciones, incluyese el quebrado gastos, pérdidas o deudas supuestas.

2ª Si no hubiese llevado libros, o si habiéndolos llevado, los ocultare o introdujere en ellos partidas que no se hubiesen sentado en el lugar y tiempo oportuno

3ª Si de propósito rasgase, borrarse o alterase en otra cualquiera manera el contenido de los libros.

4ª Si de su contabilidad comercial no resultare la salida o existencia del activo de su último inventario, y del dinero, valores, muebles y efectos de cualquier especie que sean, que constare o se justificare haber entrado posteriormente en poder del quebrado.

5ª Si hubiese ocultado en el balance alguna cantidad de dinero, créditos, géneros u otra especie de bienes o derechos.

.../...

Artículo 1008.

Se presume de derecho quiebra fraudulenta o de cuarta clase, sin perjuicio de las excepciones que se prueben en contrario, en el comerciante de cuyos libros no pueda deducirse en razón de su informalidad cual sea su verdadera situación activa y pasiva, ...

“

Subsiste todavía hoy determinada discusión doctrinal acerca de cuál puede haber sido la influencia de la codificación francesa en la elaboración del Código de 1829. Tal diversidad se manifiesta por medio de una polarización entre quienes abogan por considerar el Código napoleónico el antecedente directo de la obra de SAINZ DE ANDINO y quienes consideran que nuestro Código mantuvo gran fidelidad con las Ordenanzas

de Bilbao⁴⁵. Si bien muy probablemente ambas corrientes doctrinales podrán encontrar en un análisis de los preceptos del Código, indicios que amparen ambas tesis, en lo referido a la consideración de la irregularidad contable como causa de clasificación de la quiebra, de la mera comparación directa del tenor literal de los preceptos, parece evidenciarse que el Código de 1829 no toma como referencia las ya pretéritas Ordenanzas de Bilbao.

De una lectura de los citados art. 1006, 1007 y 1008 CCo 1829 se observa de forma evidente el parecido de su contenido con los análogos incluidos en el Código francés ya analizados en apartados anteriores (art. 587 y 594)⁴⁶. Por consiguiente, si bien la Ordenanza de Bilbao puede ostentar la consideración de ser el texto pionero en España de la regulación de la situación de quiebra incluyendo ya el elemento fáctico contable, no parece que pueda afirmarse que su regulación fuese la referencia de la propia en el Código de 1829 ya que su lejanía temporal le aparta de dicho estatus en beneficio de posteriores normas jurídicas ya decimonónicas.

En cualquier caso, a pesar del parecido entre los preceptos del Código napoleónico y el español, a la hora de determinar la trazabilidad de la evolución normativa, parece pertinente no obviar el proyecto de Ordenanzas de Málaga, en el intervalo entre ambos Códigos. A pesar de no haber llegado a entrar en vigor, por el paralelismo existente entre los citados artículos del Código de 1829 y los art. 1047 y 1048 del proyecto de Ordenanza⁴⁷, esta última sí que pudo haber servido de referencia al mismo o cuanto menos haberse elaborado en paralelo. En relación a ello, resulta oportuno traer a colación la consideración que determinada doctrina realiza, al considerar el proyecto de las Ordenanzas de Málaga como un posible antecedente

⁴⁵ OLIVENCIA, M. *op. cit.*, p.347, resalta la discusión doctrinal, remarcando el posicionamiento de J.L. DE BENITO como defensor del mantenimiento de la fidelidad con las Ordenanzas de Bilbao. Por su parte, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, AURELIO, en *Autonomía Económica Liberal y Codificación Mercantil*, también en *Centenario del Código de Comercio* Vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, p. 69, afirma "El Derecho mercantil se codifica siguiendo básicamente la pauta marcada por el Código de Comercio francés de 1807." También PULGAR, J. *op. cit.*, p. 88, resalta la influencia francesa especialmente en los preceptos relativos a la regulación de la quiebra.

⁴⁶ *Vid.*, esquema de la trazabilidad evolutiva que se muestra al final de este apartado 2 del capítulo.

⁴⁷ *Vid.*, esquema de la trazabilidad evolutiva que se muestra al final de este apartado 2 del capítulo.

directo del Código de 1829, abundando al respecto al referirse al hecho de que las Ordenanzas fueron estudiadas por SAINZ DE ANDINO, redactor del Código⁴⁸.

Centrados ya en el análisis de los elementos de Derecho sustantivo de los preceptos analizados del Código, lo cierto es que poco más podemos añadir a lo ya expuesto anteriormente referido a las Ordenanzas de Málaga, habida cuenta la gran similitud de ambos textos en cuanto a los preceptos analizados. Tal y como ya se expresaba en relación a las Ordenanzas, la consideración como quiebra culpable incluida en el art. 1006 del Código se circunscribe en el ámbito de los incumplimientos contables relativos a cuestiones formales. Por su parte, la repercusión que comporta el quebrantamiento del Derecho sustantivo quedará subsumido en el supuesto de quiebra fraudulenta de los artículos 1007 y 1008, si bien esta vez con un lenguaje más preciso evitando las ambigüedades a la hora de diseccionar entre supuestos de culpabilidad o de fraudulencia.

En cualquier caso, una más amplia disertación acerca la relevancia del presupuesto subjetivo, queda relegada al análisis del Código de 1885, ya que, por su gran similitud, las conclusiones pueden resultar en gran medida extrapolables⁴⁹.

2.4.2.- El Código de Comercio de 1885.

En lo que al instituto jurídico analizado se refiere, a pesar de dispensarse un tratamiento análogo en el Código de 1885 respecto de lo que ya estaba prescrito en su antecesor, resulta oportuno resaltar determinados cambios que más allá de cuestiones formales con la introducción de giros lingüísticos más acorde con los tiempos y una mejorada redacción, modifican la exhaustividad en la regulación de la culpabilidad o fraudulencia por causas contables.

⁴⁸ PULGAR, J., *op. cit.*, p. 78.

⁴⁹ Los preceptos reguladores de la quiebra del Libro IV CCo 1829, a pesar de la entrada en vigor del Código de 1885 que incluía análoga regulación, no fueron derogados hasta el día 1 de septiembre de 2004 en virtud de la Disposición derogatoria de la vigente Ley 22/2203, de 9 de julio, Concursal.

A continuación, se reproducen los preceptos del CCo 1885 que inciden en la consideración del incumplimiento contable como causa de culpabilidad del deudor: artículos 889, 890 y 891:

“

Código de Comercio de 1885

LIBRO IV.

De la suspensión de pagos, de las quiebras y de las prescripciones

TÍTULO I.

De la suspensión de pagos y de la quiebra en general

Sección 3ª.

De las clases de quiebras y de los cómplices en las mismas

.../...

Artículo 889.

Serán también reputados en juicio quebrados culpables, salvas las excepciones que propongan y prueben para demostrar la inculpabilidad de la quiebra:

1º Los que no hubieren llevado los libros de contabilidad en la forma y con todos los requisitos esenciales e indispensables que se prescriben en el Título III del Libro I, y los que, aun llevándolos con todas estas circunstancias, hayan incurrido dentro de ellos en falta que hubiere causado perjuicio a tercero.

.../...

Artículo 890.

Se reputará quiebra fraudulenta la de los comerciantes en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes:

.../...

2ª Incluir en el balance, memorias, libros u otros documentos relativos a su giro o negociaciones, bienes, créditos, deudas, pérdidas o gastos supuestos.

3ª No haber llevado libros o, llevándolos, incluir en ellos, con daño de tercero, partidas no sentadas en lugar y tiempo oportunos.

4ª Rasgar, borrar o alterar de otro modo cualquiera el contenido de los libros, en perjuicio de tercero.

5ª No resultar de su contabilidad la salida o existencia de activo de su último inventario, y del dinero, valores, muebles y efectos, de cualquiera especie que sean, que constare o se justificare haber entrado posteriormente en poder del quebrado.

6ª Ocultar en el balance alguna cantidad de dinero, créditos, géneros u otra especie de bienes o derechos.

.../...

Artículo 891.

La quiebra del comerciante, cuya verdadera situación no pueda deducirse de sus libros, se presumirá fraudulenta, salvo prueba en contrario.

“

Analizando el paralelismo existente entre los art. 1006, 1007 y 1008 del CCo 1829 y los arts. 889, 890 y 891 del CCo 1885⁵⁰, destaca la identidad de contenidos en los que se segmenta las consecuencias de las irregularidades contables en dos posibles clases de quiebras: culpable o fraudulenta. Al objeto de diferenciar entre ambos supuestos, debía de tomarse en consideración el nivel de gravedad⁵¹. De este modo, en virtud de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1956⁵², se calificaba como quiebra fraudulenta aquella en la que se había producido una situación que evidenciara una intención de defraudar, mientras que se relegaba a la consideración de quiebra culpable aquellos supuestos en los que los antecedentes de hecho determinaban “simplemente” imprudencia o negligencia en la dirección de los negocios.

⁵⁰ *Vid.*, esquema de la trazabilidad evolutiva que se muestra al final de este apartado 2 del capítulo.

⁵¹ Así, RAMÍREZ, JOSÉ A. *La quiebra*, Tomo III, 2ª edición. Bosch, Casa Editorial, S.A., 1998, p. 2076.

⁵² “...es de interés subrayar que según el sistema de nuestro Código de Comercio, para definir y clasificar las diversas clases de quiebra, ha de tomarse en consideración, según los distintos supuestos legales, o bien una situación que claramente revela intención de defraudar («animus nocendi») recurriendo para ello a simulaciones que determinan dolosas disimulaciones en el activo y pasivo (que es el caso de la quiebra fraudulenta); o, en el supuesto de la quiebra denominada culpable, determinados actos reveladores de imprudencia o negligencia en el manejo y dirección de los negocios que sin ser intencionales denuncien negligencia o culpa...” -Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Sentencia de 16 de mayo de 1956-.

Trasladando la diferenciación en la calificación de la quiebra al plano de la aplicación del Derecho Contable, podemos reiterar lo expuesto referido al Código de 1829 al otorgarse un tratamiento distinto a la concurrencia de irregularidades formales con respecto al quebrantamiento del derecho sustantivo. Tal es así que analizando el contenido de los indicados artículos del Código de 1885 podemos establecer la siguiente dicotomía: toda irregularidad contable que impida conocer la verdadera situación patrimonial o financiera de la empresa comportará la calificación de quiebra fraudulenta, que se apreciará *animus nocendi iuris et de iure* cuando concurren los supuestos previstos en el art. 890 CCo 1885, admitiéndose prueba en contrario exclusivamente en el supuesto concreto del art. 891. Paralelamente a ello, la llevanza irregular de los libros aun sin producir daño a terceros o que aun llevándolos con todos los requisitos sí que se produjese algún perjuicio, en la medida que no se vea alterada la información contable sustantiva, será considerado un supuesto de quiebra culpable que en todo caso se considerará *iuris tantum* (art. 889 CCo 1885).

Excede del alcance de este trabajo, realizar un análisis exhaustivo de la relación de causalidad entre los distintos supuestos de quebrantamiento del Derecho contable y su encuadramiento en la calificación de la quiebra según el CCo 1885; siendo dicho cometido la finalidad esencial y objeto principal de este trabajo, pero en lo referido a la vigente Ley Concursal. No obstante, por la proximidad temporal en la aplicación de los preceptos del Código de Comercio, al resultar éstos invocados por los Tribunales hasta la entrada en vigor de la norma concursal actual, se analizarán también los pronunciamientos que se consideren más relevantes que hayan incidido en la interpretación de los preceptos del CCo 1885 y que cuyos pronunciamientos puedan resultar extrapolables al estudio del precepto concursal.

De un estudio de los elementos fácticos de ámbito contable que determinan la calificación de la quiebra en el CCo 1885 puede proponerse la síntesis siguiente⁵³:

⁵³ Síntesis inspirada en RAMIREZ, JOSÉ A., op. cit., pp. 2073-2115, y BARÓ CASALS, A.-PEDREÑO MAESTRE, F. *Derecho Concursal. La quiebra*, Tomo III. Cedecs Editorial, S.L., 1999, pp. 1312-1382.

Quiebra culpable	—	I) Admite prueba en contrario (art. 889 CCo 1885)
Quiebra fraudulenta	{	II) No admite prueba en contrario (art. 890 CCo 1885)
	—	III) Admite prueba en contrario (art. 891 CCo 1885)

I) Presunción iuris tantum de quiebra culpable: art. 889 CCo 1885.

Supuestos de hecho sobre los que el deudor podrá enervar la presunción de culpa, probando su inocencia o inculpabilidad. En este sentido, Vid. STS de 6 de julio de 1932 en su considerando segundo: “...es correcta y ajustada a derecho la imputación de la culpa, según los términos del artículo 889 del Código de Comercio, debidamente interpretados y aplicados, que establece y define en sus casos la presunción “juris tantum” de aquella responsabilidad del comerciante que, con grave quebranto de las obligaciones impuestas por la ley respecto al orden de la contabilidad mercantil, ha ocasionado perjuicios a tercero, sin que frente a ello se hubiere dado probanza alguna, a modo de excepción liberatoria, alegada por los quebrados en descargo del hecho u omisión ilícitos determinantes del...”. Por su parte, en la STS de 24 de abril de 1901, de sus considerandos se establece que “la calificación más atenuada de quiebra culpable sólo alcanza al que, llevando todos los libros que la ley exige, no se atempera en cuanto a su forma y redacción, a los requisitos intrínsecos y extrínsecos que el propio Código tiene establecidos”⁵⁴.

II) Presunción iuris et de iure de quiebra fraudulenta: art. 890 CCo 1885.

Elementos fácticos que no permitirán prueba en contrario, presumiéndose el dolo o fraude por la mera comprobación de la existencia del hecho tipificado. Así, SS del Tribunal Supremo, de entre otras: del 16/03/1966: “que el art. 890 del Código de Comercio, de manera clara y terminante preceptúa que «se reputará quiebra fraudulenta la de

⁵⁴ Síntesis jurisprudencial reproducida en BARÓ CASALS, A.-PEDREÑO MAESTRE, F., *op. cit.* pág. 1323.

los comerciantes en quienes concurran alguna de las circunstancias» que señala, entre las cuales, con el núm. 3º, figura la de «no haber llevado libros»; y ante tan rotundas y diáfanas palabras, la doctrina científica está acorde en reconocer que esas presunciones de fraude, que el precepto establece, son presunciones «juris et de jure», o 23/06/1984: “...motivos ambos que están condenados al fracaso, precisamente por la explicitada razón de que al constituir la quiebra del art. 890 del indicado Cuerpo Legal una presunción «iuris et de iure», cae por su base el motivo tercero...”.O la sentencia 04/05/1901: “Que si bien es cierto que la simulación y el fraude no se presumen, esta regla general es de todo punto inaplicable a las presunciones de fraude establecidas por la Ley”.

En cuanto a la acotación de la fraudulencia por la falta de alguno de los libros obligatorios, la citada STS de 24/04/1901 establece *“Que el precepto contenido en el núm. 3º del art. 890 del Código de Comercio, según el cual se reputa fraudulenta la quiebra del comerciante que no llevare libros, es aplicable al caso de que dejase de llevar cualquiera de los que con el predicado de necesarios se expresan en el art. 33, porque siendo cada uno de esos libros parte integrante de un solo todo ó de un sistema de contabilidad preestablecido, ..., la falta de uno solo afectaría a todo el sistema, que dejaría de ser, por consecuencia de semejante omisión, lo que la ley quiere y tiene establecido en interés público y del comercio en general...”.*

III) *Presunción iuris tantum de quiebra fraudulenta: art. 891 CCo 1885.*

Finalmente, como supuesto excepcional a la regla general de la existencia de fraudulencia, el legislador permitió que ante determinadas circunstancias, cuando no se hubiesen producido los elementos fácticos descritos en el art. 890, pero que aun así no se pudiese deducir de los libros del deudor su verdadera situación, la quiebra se presumirá fraudulenta admitiéndose prueba en contrario que desvirtúe la existencia de dolo, de tal manera que se declarará culpable o fortuita según las circunstancias.

Resulta ilustrativo acerca del espíritu que subyace en el precepto, el f.d. 3º de la STS de 10 de diciembre de 1985: *“...según pone de manifiesto la sentencia de dieciocho de febrero de mil novecientos once, la declaración de fraudulencia con apoyo en no poder*

deducirse la quiebra del comerciante de sus libros sea improcedente, al carecer de base o fundamento moral y jurídico, si faltan los libros por causa no imputable al quebrado, como es el supuesto de robo...". De forma más genérica, ya en sentencia de 28 de enero de 1915, en relación al art. 891 el Tribunal establece *"Que los Tribunales, cuando hayan de proceder a la calificación de una quiebra, deben tener en cuenta, al par que los hechos que marquen las infracciones de la ley mercantil, todos aquellos elementos de prueba y de juicio que patenticen la índole moral de los procedimientos y de la conducta comercial del quebrado, la buena o mala fe que revelen sus operaciones..."*.

A modo de conclusión, a la luz de la doctrina analizada así como de los pronunciamientos jurisprudenciales en relación a la distinción entre quiebra culpable o fraudulenta, puede confirmarse lo expuesto anteriormente en cuanto a que la diferencia entre ambas radica, en esencia, en la intencionalidad del quebrado; es decir, en la existencia o no del *animus nocendi*, en cuyo caso la quiebra deberá considerarse fraudulenta, mientras que a falta del propósito de fraude, ésta deberá calificarse como culpable⁵⁵.

2.4.3.- Los trabajos prelegislativos para la reforma concursal.

Fueron muy numerosos los trabajos que a lo largo de más de cuatro décadas intentaron sentar las bases de una reforma de un sector del ordenamiento jurídico regulado por normas dispersas, en textos legales de distintas épocas y basados en concepciones arcaicas⁵⁶. Sin embargo, las diferentes propuestas normativas que fueron sucediéndose resultaron infructuosas hasta el anteproyecto elaborado por la Sección Especial para la Reforma Concursal, concluso en mayo de 2000 y antecedente

⁵⁵ GARRIGUES, J., *op. cit.*, p. 436: *"La diferencia entre quiebra culpable y quiebra fraudulenta reside en la intención del quebrado. Cuando esa intención es la de defraudar a la masa de acreedores (no a un acreedor aislado, omitiendo, por ejemplo, la declaración de un crédito) y se manifiesta en hechos que tienden a modificar los supuestos de la liquidación, la quiebra es fraudulenta. En esencia esos hechos consisten: o en la disimulación del pasivo, o en la simulación del activo. El resultado es siempre una disminución de la cuota de reparto entre los acreedores de la quiebra. La intención es siempre conseguir para sí o para otros un provecho injusto. Cuando falta esta intención (animus nocendi) pero media una negligencia o imprudencia capaz de comprometer la marcha normal de una explotación mercantil, la quiebra es culpable"*.

⁵⁶ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, ÁNGEL. *"La reforma del Derecho Concursal español"*, en *La reforma de la legislación concursal* (A. Rojo, Dir.). Marcial Pons, 2003, p. 88 y ss.

del proyecto origen de la actual Ley Concursal⁵⁷.

Al objeto de ilustrar la evolución que fueron sufriendo las diferentes propuestas de lo que acabó resultando el actual art. 164.2.1º LC, seguidamente se transcriben los sucesivos redactados que se plantearon en los trabajos prelegislativos fundamentales⁵⁸ en lo que a la calificación de la insolvencia por causas de incumplimientos contables se refiere.

- *Anteproyecto de Código de Comercio, redactado por la Comisión General de Codificación, en virtud de la Real Orden de 10 de junio de 1926, publicado, en lo que se refiere a esta materia, en la Gaceta de Madrid de 15 de octubre de 1929⁵⁹.*

“

LIBRO CUARTO

De las suspensiones de pagos y de las quiebras

...

TÍTULO II

De las quiebras

...

Artículo 38. Se considerará quiebra culpable del comerciante.../... y sin perjuicio de otras causas de culpa que puedan apreciar, considerarán culpable la quiebra cuando se pruebe alguna de las circunstancias siguientes:

...

7.ª Si aun cumplida la obligación de contabilidad, no pueda deducirse de ella su verdadera situación mercantil.

...

Artículo 39. Se reputará quiebra fraudulenta la del comerciante.../... Lo serán, entre otros, una vez probadas las circunstancias siguientes:

...

8.ª Incluir en el balance, Memorias, libros u otros documentos relativos a su giro o negociaciones, bienes, créditos, deudas, pérdidas o gastos supuestos.

9.ª No haber llevado libros, o llevándolos, incluir en ellos, con daño de tercero, partidas no sentadas en lugar y tiempo oportunos.

⁵⁷ Exposición de Motivos I *in fine* de la Ley Concursal.

⁵⁸ La percepción como trabajos “fundamentales” es una transcripción de dicha calificación dispensada en la citada Exposición de Motivos de la vigente Ley Concursal. También en la Exposición de Motivos, se hace referencia a trabajos previos a los que se relacionan.

⁵⁹ La información relativa al anteproyecto de Código de Comercio de 1926 se ha obtenido de LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO. *Op. cit.*, p. 708 y ss.

10. Rasgar, borrar o alterar de otro modo cualquiera el contenido de los libros, en perjuicio de tercero.

11. No resultar de su contabilidad la salida o existencia del activo de su último inventario, y del dinero, valores, muebles y efectos de cualquiera especie que sean, que constare o se justificare haber entrado posteriormente en poder del quebrado.

12. Ocultar en el balance alguna cantidad de dinero, créditos géneros u otra especie de bienes o derechos.

...

“

- *Anteproyecto de Ley de Concurso de Acreedores de 1959, redactado por una subsección de la sección de Justicia del Instituto de Estudios Políticos, presidida por D. Joaquín Garrigues⁶⁰.*

“

TITULO V CALIFICACIÓN DEL CONCURSO

Artículo 101. Para los efectos legales se distinguirán dos clases de insolvencias: 1.º Insolvencia fortuita; 2.º Insolvencia punible.

Es fortuita la insolvencia cuando se ha producido de una manera inevitable o imprevisible en el orden regular y prudente de una buena administración patrimonial.

Se calificará como culpable la insolvencia cuya preparación, producción o aumento hubiesen sido intencionadamente causados por el deudor o fuesen debidos a una notoria falta de diligencia en la administración de sus bienes.

Artículo 102. La insolvencia se presume culpable:

...

10. Cuando teniendo obligación legal de hacerlo, no hubiera llevado libros de contabilidad o éstos contuvieran irregularidades.

“

- *Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, redactado por una ponencia especial de la Comisión General de Codificación, presidida por D. Manuel Olivencia Ruiz⁶¹.*

⁶⁰ La información relativa al anteproyecto de 1959 se ha obtenido de “*La Reforma del Derecho Concursal*” en *Cuadernos de Derecho y Comercio, monográfico 1997* (R. Bonardell y J. Mejías, Dir.). Editorial Dykinson, 1997, p. 170-171.

⁶¹ La información relativa al anteproyecto de 1983 se ha obtenido de “*La Reforma del Derecho Concursal*” en *Cuadernos de Derecho y Comercio, monográfico 1997* (R. Bonardell y J. Mejías, Dir.). Editorial Dykinson, 1997, p. 290-291.

“

TITULO VIII

DE LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO Y DE LA REHABILITACIÓN DEL CONCURSADO

Capítulo I

De la calificación del concurso

Artículo 300. El concurso se calificará de culpable o de fortuito.

Se calificará como culpable cuando en la producción o agravación de la crisis económica haya existido dolo o culpa grave del deudor persona física, de sus representantes legales, en su caso o, tratándose de personas jurídicas, de sus administradores o liquidadores.

...

Artículo 302. En el concurso de un empresario se presumirá, además, la existencia de dolo o culpa grave, sin posibilidad de prueba en contrario:

1.º Cuando no hubiese llevado contabilidad de ninguna clase.

2.º Cuando hubiese llevado doble contabilidad.

...

Artículo 304. En el concurso de un empresario se presumirá, además, la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando no hubiese llevado la contabilidad con todos los requisitos de forma y fondo exigidos por la Ley o no hubiera conservado los libros, la correspondencia, los documentos y los justificantes concernientes a su negocio durante el plazo legalmente previsto.

“

- *Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1996, redactada por D. Ángel Rojo Fernández-Río⁶².*

“

TITULO IX

DE LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO

Artículo 205. Clases de concursos.

1. El concurso de acreedores se calificará como culpable o como fortuito.

2. El concurso se calificará como culpable cuando en la producción o en la agravación de la insolvencia hubiera existido dolo o culpa grave del deudor o, en su caso de persona jurídica, de sus administradores o de sus liquidadores, de derecho o de hecho.

3. El concurso se calificará como culpable, además, en los siguientes casos:

...

⁶² La información relativa al anteproyecto de 1996 se ha obtenido de “*La Reforma del Derecho Concursal*” en *Cuadernos de Derecho y Comercio, monográfico 1997* (R. Bonardell y J. Mejías, Dir.). Editorial Dykinson, 1997, p. 386-387.

4.º Si el deudor estuviera obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, cuando no hubiera llevado contabilidad de ninguna clase, cuando hubiere llevado doble contabilidad o cuando hubiere cometido falsedad en la contabilidad.

...
“

- *Anteproyecto de Ley Concursal de 7 de septiembre de 2001, redactado por la Sección especial para la Reforma Concursal creada en el seno de la Comisión General de Codificación presidida por D. Manuel Olivencia Ruiz⁶³.*

Ya situados en la senda de los trabajos definitivos para la reforma concursal, la realidad social y económica española exigía una nueva regulación, una Ley Concursal modernizada que permitiese dotar al Derecho de la Insolvencia en España de nuevos procedimientos más acorde con la realidad sobrevenida. Tal es así, que por medio del “*Pacto de Estado para la reforma de la Justicia*”, de 28 de mayo de 2001, se adquirirá el compromiso de impulsar definitivamente una nueva Ley Concursal: “*18. Se promulgará una nueva Ley Concursal que modernice los procedimientos de quiebra y suspensión de pagos, así como una nueva Ley de Arbitraje que facilite y abarate el recurso al arbitraje y dote de eficacia al laudo arbitral*”.

En el seno de la Sección Especial para la Reforma Concursal de la Comisión General de Codificación, la Subsección del día 11 de enero de 2000 propondrá una redacción del capítulo 1º del Título VII (de la calificación del concurso) del tenor literal, en cuanto a los supuestos de calificación basados en los incumplimiento contables, en idénticos términos a los propuestos en el trabajo antes descrito de D. Ángel Rojo: “*...no hubiera llevado contabilidad de ninguna clase, hubiera llevado doble contabilidad o hubiera cometido falsedad en la que llevaré.*”.

Consta en el acta de la sesión del día 18 de enero de 2000 de la Sección Especial

⁶³ La información relativa al anteproyecto de 2001 se ha obtenido de *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001* (R. García, A. Alonso y J. Pulgar, Dir.). Editorial Dilex, 2002, p. 437.

para la reforma concursal, con respecto al literal propuesto por la Subsección⁶⁴:

“A continuación se pasa a examinar el art. 2, que suscita algunas dudas en cuanto al ilícito civil de falsedad, a la dificultad de interpretar su apartado 2.1º, .../... Tras un largo debate sobre lo que debe entenderse por no llevar contabilidad de ninguna clase y sobre el lapso de tiempo al que cabría referir las actuaciones que fundarían la calificación del concurso, el artículo se aprueba con la siguiente redacción: ...”, que será la redacción definitiva que verá la luz como precepto legal⁶⁵.

Tal es así que el texto propuesto por la Sección Especial llegará al Congreso de los Diputados en forma de Anteproyecto de Ley Concursal⁶⁶, cuyo tenor literal del precepto analizado no se verá alterado en el trámite parlamentario más allá de las variaciones en la enumeración del articulado; de tal modo que el artículo 163 del Anteproyecto de Ley, acabará siendo el definitivo artículo 164 de la Ley Concursal.

“

*TITULO VI
DE LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO*

...

Artículo 163. Concurso culpable.

...

2. En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualesquiera de los siguientes supuestos:

1º Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara.

“

⁶⁴ La información acerca de los trabajos prelegislativos para la reforma concursal desarrollados entre los años 1997 y 2000 ha sido facilitada por la Secretaría de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia: acta y anexos de la sesión celebrada el día 18 de enero de 2000 por la Sección Especial para la reforma concursal (acta nº 59), páginas 133 a 135, 155 y 156, del legajo número cuatro.

⁶⁵ Las dudas albergadas por la Sección Especial para la reforma concursal, en cuanto al concepto de llevanza de contabilidad y su alcance temporal, son todavía en nuestros días origen de controversia doctrinal, cuya propuesta interpreta se incluye en el correspondiente capítulo de este trabajo.

⁶⁶ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 23 de julio de 2002, Serie A: Proyectos de Ley.

2.5.- La vigente Ley Concursal.

Con la entrada en vigor de la actual Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal⁶⁷, se derogarán los preceptos que hasta dicho momento regulaban la quiebra en España: de entre otros, la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, el Libro IV del Código de Comercio de 1829 y los artículos 376 y 870 a 941 del Código de Comercio de 1885⁶⁸. La reforma concursal supondrá una modernización de un sector esencial de la regulación de la actividad económica. Se derogará un Derecho disperso y se sustituirá por un sistema concursal moderno regido por el principio de unidad legal. Si bien el objeto de este trabajo no es el del análisis del proceso concursal en sí mismo, a continuación, se describen determinados rasgos esenciales que caracterizan la nueva Ley y que en cierta medida suponen un nuevo escenario del Derecho de la insolvencia en España.

La finalidad esencial del concurso de acreedores no será tanto la del saneamiento o restablecimiento del equilibrio financiero patrimonial de las empresas deudoras, sino la de satisfacer los intereses crediticios de los afectados por la insolvencia en el marco de la continuación de la actividad económica propiciada por medio de los convenios entre deudor y acreedores. Una protección del derecho de cobro y la continuidad del deudor en el mercado que tendrá una proyección general fundamentada en las consecuencias negativas que se pueden derivar de la extinción de la actividad económica del deudor: pérdida de puestos de trabajo, de entre otros.

El concurso será un proceso judicial regido por el principio dispositivo que se iniciará a petición de parte en virtud de una solicitud de declaración que tanto puede presentar el deudor (concurso voluntario), como sus acreedores y otros a los que la Ley les atribuye tal legitimación (concurso necesario)⁶⁹. La declaración de concurso de acreedores por parte del juez, una vez recibida la solicitud y contrastados los requisitos

⁶⁷ BOE 10 de julio 2003, núm. 164, en vigor desde el día 1 de septiembre de 2004 salvo en lo que se refiere a la modificación de determinados artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁶⁸ Disposición derogatoria única de la Ley Concursal.

⁶⁹ *Vid.* art. 3 LC en lo relativo a la legitimación para solicitar la declaración de concurso.

formales preceptivos, quedará condicionada a la concurrencia del presupuesto objetivo que la fundamenta: la insolvencia del deudor común ante una pluralidad de acreedores.

En cuanto al supuesto de hecho de la insolvencia, presupuesto objetivo, debe de entenderse que el deudor se halla en esta situación cuando no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles, siendo indiferente la causa de dicha imposibilidad y sin que resulte una condición necesaria el incumplimiento total, siendo suficiente que tal imposibilidad sea generalizada. También resulta remarcable el hecho de que la insolvencia no tiene por qué haberse ya materializado para que nos hallemos ante el presupuesto objetivo, sino que también la insolvencia inminente cabe subsumirla en los supuestos concursales⁷⁰. Por consiguiente, resulta oportuno reseñar que una situación de descapitalización por pérdidas, en sí mismo, no conforma un presupuesto concursal; cosa distinta es que como consecuencia de la descapitalización se llegue a una situación de insolvencia, pero un supuesto no comporta necesariamente la concurrencia del otro.

El presupuesto concursal se centra en la imposibilidad de cumplir con las obligaciones de pago, cualquiera que sea la causa, no siendo determinante el estado del patrimonio del deudor, sino su estado de insolvencia⁷¹. No obstante, al respecto de la concordancia entre el supuesto de descapitalización por pérdidas y la insolvencia sobrevenida, resulta oportuno resaltar el pronunciamiento del Tribunal Supremo, considerando que si concurren los supuestos de disolución obligatoria por pérdidas (en los términos así previstos en la Ley de Sociedades de Capital), no habiéndose tomado las medidas que al respecto establece la Ley, si llegase a producirse una situación de insolvencia que derivase en la declaración de concurso de acreedores, nos hallaríamos ante un supuesto de culpabilidad por negligencia del órgano de administración subsumible en el art.164.1 LC, en tanto que la omisión de la diligencia debida del

⁷⁰ Vid. art. 2 LC en lo relativo al presupuesto objetivo.

⁷¹ En este mismo sentido BELTRÁN, EMILIO "La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores", en Anuario de Derecho Concursal nº 11 2007-2, p. 38-40. También J. PULGAR, *op. cit.*, p. 319.

órgano de administración al no haber tomado las medidas previstas ante la situación de desbalance, ha de considerarse un supuesto de dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia (STS núm. 122/2014 de 1 abril, f.d. 5º).

En lo referido a la pluralidad de acreedores, aunque la Ley no formule expresamente esta exigencia, no es un hecho controvertido que tal requerimiento queda expresado de forma implícita en la Ley y que puede deducirse indirectamente del propio concepto de “deudor común” y “concurso de acreedores”: no cabe la declaración de concurso cuando concurra un único acreedor. Obsérvese entonces que la descapitalización del deudor, entendida como la pérdida de valor de su patrimonio neto, no está considerada como un presupuesto del concurso si bien llegado a un punto de determinada pérdida patrimonial, puede este hecho acabar resultando indiciario de una insolvencia inminente que sí que es un presupuesto objetivo para la declaración del concurso.

En lo que concierne al presupuesto subjetivo, en la Ley Concursal queda incluida la posibilidad de declaración de concurso, tanto a personas naturales, jurídicas y herencias en tanto que no hayan sido aceptadas pura y simplemente. Quedarán fuera del alcance de la norma, las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público. Finalmente, destacar que, en cuanto a personas naturales, tanto se incluyen las personas comerciantes como aquellas que no ejercen actividad económica alguna por cuenta propia⁷².

En lo que a este trabajo hace referencia, tal y como se expresaba en el capítulo introductorio, la aplicación del art. 164.2.1º LC resulta pertinente tanto a personas naturales como jurídicas, en la medida que por las características de la actividad económica que desarrollen, estén sometidos a la obligatoriedad de llevanza de contabilidad en los términos previstos en el Código de Comercio.

⁷² *Vid.* art. 1 LC en lo referido al presupuesto objetivo.

La extinción de la diferenciación entre culpabilidad y fraudulencia que se sostenía en el CCo 1885 comportará una de las singularidades que se desprenden de la entrada en vigor de la nueva regulación en España de las situaciones de insolvencia. Extinción que, tal y como hemos visto en el subapartado anterior, ya se venía proponiendo en cada uno de los trabajos pre legislativos en la senda de la reforma concursal a partir del redactado del Anteproyecto de 1959. La vigente Ley Concursal será la primera norma *de lege lata* en la regulación de la quiebra en España en que no se distingue entre distintos grados de culpabilidad a los efectos de la calificación del concurso, polarizando entre la situación fortuita o culposa: concurso fortuito o concurso culpable⁷³. Es más, tampoco es preceptiva la calificación del concurso en la medida que se satisfagan determinados condicionantes relativos a “escaso” perjuicio producido a los acreedores por la declaración del concurso⁷⁴. Resulta oportuno reseñar la existencia de ciertas propuestas prelegislativas críticas con la dualidad culpable-fortuito que se venía proponiendo ya en los trabajos de preparación de la Ley, abogando por mantener la diferenciación entre concurso fortuito, culpable y fraudulento; propuestas que no hallaron acogida en el texto definitivo⁷⁵.

Abierta la sección de calificación, según se desprende de los artículos de la vigente Ley que relacionan los supuestos de culpabilidad, art. 164 y 165, no prevé el legislador la diferenciación entre una culpa leve o grave pues en toda calificación de concurso culpable subyace la consideración de existencia de “dolo o culpa grave”. Mientras que,

⁷³ En relación a la calificación del concurso, *Vid.* GÓMEZ SOLER, EDUARDO “Concurso culpable: concepto general y supuestos de culpabilidad”, en *La calificación del concurso de acreedores* (Díaz M., Manuel, coord.), Tirant lo Blanch, 2009; también, SANCHO GARGALLO, IGNACIO. “Calificación del concurso”, en *Las Claves de la Ley Concursal*. Editorial Aranzadi, S.A. 2005, p. 545 y ss.

⁷⁴ *Vid.* art. 167 LC en lo referido a la formación de la sección sexta: la calificación del concurso.

⁷⁵ CERDÁ ALBERO, FERNANDO y SANCHO GARGALLO, IGNACIO “*Quiebras y suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal*”, en Colección estudios económicos, nº 25, Servicio de estudios *La Caixa*, 2001, p. 135: “*Convendría mantener la tradicional triple calificación del concurso en fortuito, culpable y fraudulento. Si el concurso se califica como fortuito (en el caso de deudores honestos), éstos podrán obtener la remisión de las deudas residuales (aquéllas que no lleguen a pagarse con lo obtenido en la liquidación). Cuando el concurso se califique como culpable (por incumplimiento negligente de determinados deberes), el deudor no puede acogerse a la exoneración de las deudas residuales, pero tampoco se ve sancionado con la interdicción legal. Si el concurso se reputa fraudulento (por el ánimo de perjudicar a los acreedores), además de denegarse al deudor la remisión de las deudas pendientes, se le sanciona con las interdicciones legales (imposibilidad de ejercer el comercio y ocupar cargos directivos en compañías mercantiles).*”

en toda la legislación española previa en materia de quiebra, el legislador establecía un encuadramiento de la gravedad de la misma, acotando de este modo las decisiones judiciales acerca de los efectos legales que se deriven de la misma, el legislador concursal ha optado por una solución manifiestamente distinta. La Ley Concursal no segrega el nivel de gravedad y por consiguiente no acota el nivel de responsabilidad y consecuencias que, en su caso, deban recaer sobre los responsables de la insolvencia, sino que se limita a determinar que será calificado el concurso como culpable cuando exista dolo o culpa grave; añadiendo diversos supuestos que, de producirse, en sí mismo determinan la culpabilidad, delegando de este modo en la discrecionalidad del juzgador la determinación de responsabilidad alguna (art. 172 y 172 bis LC)⁷⁶.

Una segunda singularidad a destacar en lo que a la evolución de la norma se refiere, ahora ya en lo concerniente a la consideración del incumplimiento y de la irregularidad contable a los efectos de la calificación de la insolvencia, es el hecho de que se simplifica de forma sustancial el redactado. Dicha circunstancia alcanza todavía más relevancia si tomamos en consideración que, en la actualidad, las obligaciones contables impuestas a las empresas son mayores que las que se imponían en el momento de redactarse el Código de Comercio. Sin embargo, mientras que los Códigos decimonónicos disponían de tres artículos para incardinar todos los elementos fácticos que el legislador quería incluir con cierto grado de detalle en cuanto a la casuística tipificada, lo cierto es que el legislador concursal lo simplifica concentrando todas las incorrecciones contables tipificadas en dos apartados de dos artículos de la Ley Concursal: El ordinal 1º del art. 164.2 y el 3º del art. 165. Mientras que este último, el art. 165.1.3º LC, hace referencia concreta a la formulación y publicación de las cuentas anuales así como a su revisión por auditor cuando resultase preceptivo⁷⁷, será en el art. 164.2.1º LC donde se determinan los supuestos de culpabilidad por los

⁷⁶ No obstante, el legislador si que establece determinados límites a la discrecionalidad del juez en lo relativo a la inhabilitación de las personas afectadas por el concurso, con el mandato de que se tenga en consideración la gravedad de los hechos y la entidad del perjuicio. (art. 172.2.2º LC).

⁷⁷ Tengamos presente que la obligación de formular cuentas anuales no se remonta al periodo en que se redactó el Código de Comercio y que una vez introducida la obligación de formulación y depósito tampoco se modificaron los supuestos de culpabilidad de la quiebra para incluirlas; igual circunstancia puede afirmarse en relación a la obligación de auditar las mismas.

incumplimientos contables análogos a aquellos previstos en los Códigos precedentes. Tal es así que podría afirmarse que los art. 889, 890 y 891 CCo 1885 se refunden, *mutatis mutandis*, en el art. 164.2.1º LC:

“

Ley 22/2203, de 9 de julio, Concursal

...

Art. 164. Concurso culpable.

...

2. En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos:

1º Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara.

...

“

La simplificación del redactado, así como la voluntad expresa del legislador de englobar en tres únicos supuestos⁷⁸ toda la casuística que pueda afectar a la correcta aplicación del Derecho Contable, llevará al intérprete de la norma a una mayor inseguridad en la valoración y cuantificación de los elementos fácticos a la hora de evaluar si cabe subsumirlos en alguno de los supuestos previstos. La doctrina ya existente y la que se vaya conformando a la luz del progresivo estudio de la norma, así como la jurisprudencia interpretativa que los tribunales de instancia efectúen en relación a la valoración de los supuestos de hecho, resultan determinantes para la interpretación de una norma dotada de gran carga de discrecionalidad interpretativa. Las expresiones “...incumpliera sustancialmente...”, “...irregularidad relevante...” o “...doble contabilidad...” cabe entenderlas como conceptos jurídicos indeterminados que se conforman ineludiblemente como una norma en blanco que nos remite, para su interpretación, a los preceptos del Derecho Contable y al análisis valorativo de los estados económico y financieros.

⁷⁸ Incumplimiento sustancial de la llevanza de la contabilidad, la llevanza de una doble contabilidad y la comisión de irregularidades relevantes.

Si bien desde la promulgación de la Ley Concursal se han ido introduciendo sucesivas reformas en la senda de mejorar el tratamiento de las crisis económicas, especialmente referido al ámbito preconcursal⁷⁹, lo cierto es que el precepto analizado no ha sufrido ninguna modificación *de lege lata* desde la entrada en vigor de la Ley, llegando hasta nuestros días tal y como fue establecido inicialmente.

La interpretación teleológica del precepto, su análisis económico y en síntesis la valoración del incumplimiento contable como determinante de la culpabilidad del deudor insolvente subsumible en el art. 164.2.1º LC, fundamentan la esencia de este trabajo y sobre lo que se sostiene la propuesta interpretativa objeto del mismo.

⁷⁹ De entre las reformas que ha sufrido la LC desde su promulgación, cabe destacar: Real Decreto-Ley 3/2009, que contiene modificaciones cuyo objetivo será el de incrementar la eficiencia del sistema ante situaciones de grave crisis económica; Ley 38/2011 que introduce la novedosa regulación de la preconcursalidad por la vía de proteger los acuerdos de refinanciación; Ley 14/2013, por la que se incluirá un nuevo instituto preconcursal, el acuerdo extrajudicial de pago, incluyéndose asimismo diversos mecanismos de limitación de responsabilidad y segunda oportunidad para las personas naturales; Real Decreto Ley 11/2014 que aborda un tratamiento para promover la continuidad de las empresas económicamente viables; Ley 17/2014 de convalidación del RDL 4/2014, que se centrará en la mejora del marco legal preconcursal de los acuerdos de refinanciación.

Esquema de la trazabilidad evolutiva de la declaración de culpabilidad por incumplimientos contables					
Ordenanzas de Colbert, 1673	Código de Comercio francés, 1807	Proyecto de Ordenanza del Consulado de Málaga, 1825	Código de Comercio, 1829	Código de Comercio, 1885	Ley Concursal, 2003
Única graduación de la culpabilidad	587. Pourra être poursuivi comme banqueroutier simple celui qui présentera des livres irrégulièrement tenus sans néanmoins que les irrégularités indiquent de fraude, ou qui ne les présentera pas tous...celui, qui, ayant une société, ne se sera pas conformé à l'article 440.	Art. 1047.-. Es falencia culpable la que hace un comerciante que se encuentra en alguno de los casos siguientes: ... Si sus libros estuviesen irregularmente seguidos aunque las irregularidades no indiquen fraude, ni dañen a tercero.	Art. 1006.- Serán también tratados en juicio como quebrados de tercera clase, salvo las excepciones que propongan y prueben para destruir este concepto y demostrar la inculpabilidad de la quiebra: 1º Los que no hubiesen llevado los libros de contabilidad en la forma y con todos los requisitos que se prescriben aunque de sus efectos y omisiones no haya resultado perjuicio a tercero.	Art. 889.- Serán también reputados en juicio quebrados culpables, salvo las excepciones que propongan y prueben para demostrar la inculpabilidad de la quiebra: 1º Los que no hubieren llevado los libros de contabilidad en la forma y con todos los requisitos esenciales e indispensables que se prescriben en... y los que, aun llevándolos con todas estas circunstancias, hayan incurrido dentro de ellos en falta que hubiese causado perjuicio a tercero.	Única graduación de la culpabilidad
Art. 11. Les négociants et les marchands tant en gros qu'en détail, et les banquiers qui, lors de leurs faillites, ne représenteront pas leurs registres et journaux signés et parafés comme nous avons ordonné ci-dessus, pourront être réputés banqueroutiers frauduleux.	594. Pourra être poursuivi comme banqueroutier frauduleux, et être déclaré te, le failli qui n'a pas tenu de livres ou dont les livres ne présenteront pas sa véritable situation active et passive;...."	Art. 1048.- Será declarado fallido fraudulento, todo comerciante que se halle comprendido en alguno de los casos siguientes,.... Si no tuviese todos sus libros en regla o se encontrasen enmendados maliciosamente, o les faltase alguna hoja o no constase por ellos su verdadera situación activa o pasiva.	Art. 1007.- Pertenecen a la cuarta clase los quebrados en quienes concurren algunas de las circunstancias siguientes:1.º Si en el Balance, Memorias, libros u otros documentos relativos a su giro y negociaciones, incluyese el quebrado gastos, pérdidas o deudas supuestas. 2.º Si no hubiese llevado libros, o si habiéndolos llevado, los ocultare o introdujese en ellos partidas que no se hubiesen sentado en el lugar y tiempo oportunos. 3.º Si de propósito rasgase, borrare o alterase en otra cualquiera manera el contenido de los libros.4.º Si de su contabilidad comercial no resultare la salida o existencia del activo de su último inventario, y del dinero, valores, muebles y efectos de cualquier especie que sean, que constare o se justificare haber entrado posteriormente en poder del quebrado.5.º Si hubiese ocultado en el balance alguna cantidad de dinero, créditos, géneros u otra especie de bienes o derechos. Art. 1008.- Se presume de derecho quiebra fraudulenta... sin perjuicio de las excepciones que se prueben en contrario, en el comerciante de cuyos libros no pueda deducirse en razón de su informalidad cual sea su verdadera situación activa y pasiva...	Art. 890.- Se reputará quiebra fraudulenta la de los comerciantes en quienes concurre alguna de las circunstancias siguientes:... 2º Incluir en el balance, memorias, libros u otros documentos relativos a su giro o negociaciones, bienes, créditos, deudas, pérdidas o gastos supuestos.3º No haber llevado libros o, llevándolos, incluir en ellos, con daño de tercero, partidas no sentadas en lugar y tiempo oportunos.4º Rasgar, borrar o alterar de otro modo cualquiera el contenido de los libros, en perjuicio de tercero.5º No resultar de su contabilidad la salida o existencia de activo de su último inventario, y del dinero, valores, muebles y efectos, de cualquiera especie que sean, que constare o se justificare haber entrado posteriormente en poder del quebrado. 6º.- Ocultar en el balance alguna cantidad de dinero, créditos, géneros u otra especie de bienes o derechos. Art. 891.- La quiebra del comerciante, cuya verdadera situación no pueda deducirse de sus libros, se presumirá fraudulenta, salvo prueba en contrario.	Art. 164.2.1º Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO EN RELACIÓN AL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE CONTABILIDAD COMO CONDUCTA CULPABLE EN LA GENERACIÓN O AGRAVACIÓN DE LA INSOLVENCIA

1.- Fundamento del análisis comparado.

Entendiendo que un principio básico metodológico del Derecho Comparado es la funcionalidad de aquello que sea objeto de comparación⁸⁰, el análisis comparado de este trabajo se restringirá a aquellos elementos que ostenten una función análoga: una misma funcionalidad. Resultará irrelevante al objeto de la finalidad última del análisis, que el instituto jurídico a comparar tenga su origen en un sistema legal histórica o conceptualmente distintos, que pertenezca a diferentes tradiciones legales o que las herramientas utilizadas para solucionar un mismo o análogo problemas sean dispares; si coinciden en desarrollar una misma función, serán comparables.

A la luz de los estudios a los que se ha accedido relativos al grado de manipulación contable existente en las empresas y cuyos resultados han quedado detallados el capítulo introductorio⁸¹, no parece en absoluto exagerado afirmar que resulta imprescindible el mantenimiento en los ordenamientos contemporáneos, de determinada protección dirigida a quien, como consecuencia de tales irregularidades, haya podido ver perjudicado, llegado el caso, su derecho de cobro.

Resultando, dicha circunstancia, una problemática transfronteriza, parece plausible contrastar si efectivamente hay cierta generalización en la regulación de dicho instituto jurídico comparable a la regulación establecida en España y en su caso, analizar de qué modo y con qué intensidad diferentes ordenamientos afrontan su regulación. El análisis de los elementos convergentes y de contraste respecto el instituto jurídico español permitirá arrojar luz a nuestro estudio.

Una vez determinada la pertinente inclusión del análisis del Derecho Comparado en el trabajo de investigación, como paso previo a la comparación propiamente dicha

⁸⁰ ZWEIGERT, KONRAD AND KÖTZ, HEIN, *"The method of Comparative Law"*, en *An Introduction to Comparative Law*, 3ª ed., Oxford University Press, 1989. (trad. por Tony Weir), p. 34.

⁸¹ *Vid.* en capítulo introductorio, los resultados expuestos relativos a la encuesta mundial sobre fraude y delito económico 2014, Resumen Ejecutivo para España.

deberemos ser capaces de determinar con qué ordenamiento llevamos a cabo la comparación y sobre qué ámbito funcional.

1.1.- Determinación del perímetro de la comparación.

Existe en nuestra historia contemporánea una manifiesta tendencia a la progresiva globalización en numerosas facetas de la sociedad. Esta circunstancia abre nuevas perspectivas de estudio en múltiples disciplinas, no siendo una excepción el estudio del Derecho en que se plantean cuestiones prácticas y teóricas de gran envergadura que trascienden las fronteras de los Estados. Una de ellas y que requiere una atención prioritaria, es la globalización del Derecho económico justificada en gran medida por la creciente internacionalización de la economía en un sentido amplio y de los mercados en particular. El proceso de globalización económica requiere la cooperación internacional en la aplicación del Derecho. Esta cooperación se manifiesta de forma evidente en la Unión Europea, donde hallamos un interés concreto en armonizar los ordenamientos correspondientes a los Estados miembros.

La armonización de los sistemas jurídicos en el ámbito de la Unión Europea es una necesidad impuesta por el momento histórico en el que nos hallamos. En cualquier caso, la diversidad de ordenamientos positivos existentes en el perímetro de la Unión no debe de interpretarse como una puerta cerrada a la posibilidad de actualizar cada uno de ellos en la línea de replantear los institutos jurídicos con la finalidad de mejorar su eficacia. Las divergencias que se plantean entre los diferentes sistemas legales sólo podrán ser superadas desde el conocimiento de lo que resulta de interés y aprovechable en los restantes sistemas jurídicos al objeto de mejorar el propio⁸².

⁸² *"Today, comparative law is extensively used within the European Union and its first task is in the – new ius commune- studies where it is asked to facilitate integration and make a case for reciprocal influence as the basis for convergence. ... Europe sees comparative law as a tool for the export of legal ideas and institutions and aiding law reform. Competing models of Western European legal systems are to be put on a convincing display with the help of comparatists."* HARDING, ANDREW AND ÖRÜCÜ (eds.), *Comparative Law in the 21st Century*, Kluwer Law International, 2002. Ch. 1, p. 6.

A la luz de lo expuesto, a la hora de concretar acerca de los ordenamientos con los que compararemos el español, se desprende que no resulta necesariamente determinante llevar a cabo una interpretación genealógica. Para el caso que nos ocupa, parece razonable afirmar que la comparación alcanzaría determinada utilidad enmarcándola en los ordenamientos, que aun pudiendo ser herederos de una tradición legal distinta de la nuestra, ostenten hoy determinados elementos de convergencia: el nivel de desarrollo del Derecho Mercantil, la existencia de normas jurídicas para la regulación de las situaciones de insolvencia, un similar desarrollo económico y una análoga escala de valores sociales. Se tratará de llevar a cabo una comparación por medio de una interpretación dialógica de los ordenamientos⁸³.

De todo ello se desprende que una investigación de Derecho Comparado circunscrita en el ámbito de los ordenamientos de Estados miembros de la Unión Europea podría resultar un trabajo útil al objeto perseguido. En concreto, el análisis se llevará a cabo en relación a los ordenamientos de Alemania, Francia, Italia y Reino Unido. La interpretación literal de los distintos preceptos comparados junto con las apreciaciones vertidas por determinada doctrina, permitirán disponer de una mayor argumentación interpretativa de nuestro art. 164.2.1º LC. Por la representatividad europea que ostentan los cuatro Estados citados, el estudio del instituto jurídico en sus respectivos ordenamientos nos permitirá ostentar una visión significativa del modo en que queda regulado en el seno de la Unión Europea.

En cualquier caso, sin perjuicio que el estudio comparado se centre en los ordenamientos citados, sobre lo que se aborda en los próximos apartados, se ha procedido a contrastar previamente, si más allá del perímetro de la Unión hallamos análogos institutos jurídicos que permitan aseverar que la consideración de los incumplimientos contables como causa de escrutinio de responsabilidad en las situaciones de insolvencia, halla amparo normativo en una generalidad de países terceros. En concreto, a tal efecto, se ha constatado la existencia de análoga

⁸³ Vid. CHOUNDRY, SUJIT. "Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation" en *Indiana Law Journal*, Vol. 74:819, pp. 819-892.

regulación, entre otros países, en Estados Unidos, Chile, Brasil, México, Uruguay, Japón y Australia⁸⁴. Dicha relación de Estados, herederos de distintas tradiciones jurídicas⁸⁵, no debe interpretarse como un *numerus clausus* de ordenamientos que disponen de la regulación analizada, sino que la finalidad de la expresada relación de países es conseguir una muestra significativa que constate la existencia generalizada de la misma. Dicha circunstancia cabe entenderla acreditada a la luz de la importancia económica global que representa los indicados países⁸⁶.

⁸⁴ Normas jurídicas de los países terceros citados cuya constatación permite afirmar, *mutatis mutandis*, que las previsiones de nuestro art. 164.2.1º LC y análogos en el Derecho de la Unión Europea, son extensibles a una generalidad de Estados. Estados Unidos: *United States Code, Title 11 "Bankruptcy"*; Chile: Ley de Quiebras 18.175 de 28 de octubre de 1982, modificada en el año 2005 por las leyes 20.004 de 8 de marzo, 20.073 de 29 de noviembre y 20.080 de 24 de noviembre; Brasil: Ley 11.101 de 9 de febrero de 2005, de "*Recuperación Judicial y Extrajudicial del empresario y de la sociedad empresaria*"; México: "*Ley de Concursos Mercantiles*", de 2 de mayo de 2000, reformada el 27 de diciembre de 2007; Uruguay: Ley de "*Declaración judicial del concurso y reorganización empresarial*" Nº 18.387, del 23 de octubre de 2008 de la República Oriental del Uruguay. Japón: "*Bankruptcy Act*", *Act No. 75 of June 2, 2004 (Amendment: Act No. 109 of 2006)*; Australia: *Corporations Act 2001. Act No. 50 of 2001 as amended, taking into account amendments up to Tax and Superannuation Laws Amendment (2015 Measures No. 1) Act 2015, s. 206^a* por remisión de "*Bankruptcy Act 1966. Act No. 33 of 1966 as amended, taking into account amendments up to Acts and Instruments (Framework Reform) (Consequential Provisions) Act 2015, s. 149D, s.270*."

⁸⁵ Mientras que los ordenamientos de España, Francia, Alemania, Italia, Chile, Brasil, México, Uruguay y Japón cabe considerarlos herederos de la tradición romanista, *Civil Law*; los propios de Reino Unido, Estados Unidos y Australia son tributarios del modelo anglosajón, *Common Law*. No obstante, la segmentación doctrinal que todavía hoy se desprende del estudio de los ordenamientos de las distintas tradiciones legales, en la actualidad, el constante contacto existente entre los distintos ordenamientos, derivado tanto de la globalización económica como cultural, hará que vaya desapareciendo la pureza de las distintas tradiciones legales y se vayan diluyendo los rasgos diferenciales. Así, GLENN, H. PATRICK. *Legal Traditions of the World, 4th edition*. Oxford University Press, 2010, p. 33 y ss.: "*The process of Exchange between traditions is today accelerating, for a number of related reasons...*", "*Given any form of contact between traditions, the overall identity of each becomes non-exclusive; each contains elements of the other, which may find support in the various tendencies in the receiving tradition. In today's world there are therefore no pure identities of tradition.*" "*El sistema de civil law nace a comienzos del siglo XIX en Francia con la codificación napoleónica, y se propaga durante el siglo pasado con las codificaciones del derecho privado en toda la Europa continental y en Iberoamérica, alcanzando incluso el Japón. Más recientemente se han incorporado a este sistemas los países islámicos, que configuran sus códigos según los modelos franceses (código civil) y alemán (código de comercio). El sistema de common law nace durante el siglo XVII en Inglaterra y se propaga en el mundo con las conquistas coloniales inglesas, en América del Norte, en Asia y en África...*". GALGANO, FRANCESCO. *Atlas de Derecho Privado Comparado*, Fundación cultural del notariado, 2000, p. 28.

⁸⁶ En una primera aproximación, puede parecer que el número de Estados relacionados, doce, incluyendo España, los Estados de la Unión analizados y los países terceros citados, es pequeño en términos relativos en el contexto mundial. Sin embargo, la relevancia de su visión en conjunto la debemos de entender en términos de su importancia global relativa en lo que a la actividad económica mundial se refiere. A tal efecto, tengamos en cuenta que la norma que se analiza tiene como finalidad última la protección de los intereses patrimoniales de los eventuales perjudicados ante situaciones de insolvencia, circunstancia que adquirirá, *a priori*, una relevancia cuantitativa en

1.2.- Determinación del alcance funcional.

Una vez concretados los ordenamientos sobre los que se realizará el análisis, deberemos configurar el contenido intrínseco de la comparación. Con la finalidad de alcanzar conclusiones sobre la funcionalidad de la norma en los diferentes países, carece de utilidad la comparación de los ordenamientos en su conjunto o incluso de determinadas normas completas de Derecho positivo. Lo verdaderamente útil será realizar una comparación entre las soluciones que los distintos ordenamientos establecen al objeto de alcanzar un objetivo igual o análogo al nuestro: la protección de terceros ante situaciones de insolvencia en las que concurren incumplimientos en la aplicación del Derecho Contable susceptibles de haber impedido conocer de forma *ex ante* la verdadera situación económica, patrimonial y financiera del deudor.

El análisis no siempre podrá sostenerse por medio de comparaciones directas de preceptos análogos a nuestro artículo 164.2.1º LC, como tampoco podemos esperar hallar en todos ellos terminología concursal directamente comparable a la nuestra. Tal es así que mientras que en España desaparece del léxico jurídico el término “quiebra” para pasar a utilizarse la expresión “concurso de acreedores”, en otros ordenamientos, como veremos, mantienen vigente el término. De igual modo, el propio concepto de

términos agregados, directamente proporcional al volumen de actividad económica de los territorios. De este modo, parece razonable afirmar que, si tomamos en consideración la importancia económica relativa en el contexto mundial del conjunto de Estados relacionados, podemos establecer una correlación con la importancia representativa de los respectivos ordenamientos en su conjunto.

La actividad económica agregada del conjunto de los Estados analizados, incluido España en el cálculo, representa el 79,33 % del Producto Interior Bruto de los países de la OCDE (No se ha incluido Brasil ni Uruguay en el cálculo de la importancia relativa de los ordenamientos analizados en relación al total de los Estados de la OCDE, por no ser éstos, Estados pertenecientes a la organización en la fecha de elaboración del estudio). Por su parte, los Estados relacionados que pertenecen a la Zona Euro significan el 78,50 % del PIB del territorio de moneda única y el Producto de todos ellos es representativo del 54,14 % del total mundial. Con base en estas cifras macroeconómicas, parece razonable afirmar que la relación de ordenamientos citados sí representa una muestra significativa de la regulación jurídica al respecto en el contexto global (Información estadística macroeconómica obtenida de sitio web del Banco Mundial, consultado en el mes de noviembre de 2013: <http://datos.bancomundial.org>).

insolvencia lo hallamos expresado en una diversidad de términos en función de particulares conceptualizaciones.

Ante la disparidad de posibles soluciones legales que cada ordenamiento haya podido implementar para una misma finalidad, el objeto último del análisis será el de contrastar de qué modo los ordenamientos mantienen vigente en la actualidad análogo instituto jurídico. Todo ello con la finalidad última de dotar de mayor pluralidad doctrinal la propuesta de criterios interpretativos relativos a nuestro precepto concursal.

2.- El incumplimiento del deber de contabilidad como causa de insolvencia culpable en el Derecho Comparado contemporáneo.

El análisis en relación a cada uno de los ordenamientos abordados se estructura de tal modo que se incluye una breve ilustración acerca de la regulación de la insolvencia, seguidamente se aborda la norma y preceptos que ostentan análogas funciones a nuestra Ley Concursal y, en su caso, con el art. 164.2.1º LC; procediéndose finalmente a analizar los elementos de comparación o contraste que puedan resultar más relevantes para el análisis, destacando los elementos caracterizadores esenciales tanto en lo referido a los presupuestos objetivo y subjetivo del instituto jurídico.

La finalidad última de este análisis comparado tiene una doble vertiente: corroborar o desmentir que el contenido de nuestro art. 164.2.1º LC resulta comparable con análogas regulaciones en el Derecho Comparado y, llegado el caso, disponer de una herramienta de comparación funcional a incluir en el análisis del precepto español.

Como paso previo a adentrarnos en los diferentes ordenamientos, resulta de interés para la mejor comprensión del análisis subsiguiente, tener en consideración que no hallamos en el Derecho Comparado de nuestro entorno geopolítico una función de escrutinio de la insolvencia análoga a nuestra sección de calificación del concurso. La calificación concursal española prevé la determinación de la posible culpabilidad del concurso y sus derivadas responsabilidades, no solamente ante supuestos de culpabilidad o negligencia que hayan generado o agravado la insolvencia, sino que establece también la culpabilidad ante determinados supuestos no necesariamente vinculados con la imposibilidad de pago por parte del deudor.

Esta metodología española cabe entenderla como un mero mecanismo de represión de determinadas conductas que, en cierto modo, puede estar alejando a las empresas insolventes del procedimiento concursal por el temor a un escrutinio

“desproporcionado” de las causas originarias o agravantes de la insolvencia. Circunstancia que, asimismo, puede estar resultando un lastre a la fluidez y proliferación de procedimientos concursales que permitan una resolución favorable a los intereses, tanto de los acreedores concursales como de la continuidad empresarial del deudor concursado. Una calificación de la insolvencia de esta naturaleza no la hallamos de forma generalizada en el Derecho Comparado. No obstante, esto no significa que no se lleve a cabo un escrutinio de responsabilidad por el que deberá contrastarse el debido cumplimiento normativo y correlación con la insolvencia⁸⁷.

2.1.- Alemania⁸⁸

Desde la ley concursal de 1877, *Konkursordnung*, la regulación alemana de la insolvencia ha sido considerada por cierta doctrina, como “la de mejor técnica” en el ámbito del derecho comparado.⁸⁹ En cualquier caso, la ausencia de un procedimiento de tipo preventivo provocó la aparición de la *Vergleichsordnung* en 1935, la llamada Ley de Convenios que introducirá los acuerdos entre deudor y acreedores para evitar la liquidación.

Como sea que los nuevos tiempos requieran diferentes soluciones, se estimó que una nueva ley reguladora de la insolvencia debía prever dos mecanismos de resolución: preservar la viabilidad de la empresa y, en su defecto, establecer los mecanismos de su liquidación hasta la extinción. Para ello, se estimó necesario eliminar cierto dualismo existente entre la quiebra y el concordato, implementar mecanismos que permitiesen un análisis en el sentido de buscar soluciones factibles

⁸⁷ En este mismo sentido, GURREA MARTÍNEZ, AURELIO. *La calificación culpable del concurso por errores e incumplimientos contables*, Editorial Aranzadi SA, 2016, p. 30 y ss. También hallamos un estudio sobre la calificación y responsabilidad de la insolvencia, en MACHADO PLAZAS, JOSÉ. *El Concurso de acreedores culpable. Calificación y responsabilidad concursal*. Editorial Aranzadi SA 2006, p. 193 y ss.

⁸⁸ Normas obtenidas del sitio web institucional: <http://www.gesetze-im-internet.de/index.html>. Última consulta en enero 2016. Traducción al español de los preceptos transcritos, propia a partir de la traducción a la lengua inglesa facilitada por el sitio web.

⁸⁹ Un extenso tratado de Derecho Concursal Comparado, lo hallamos en DASSO, ARIEL A. *Derecho Comparado Concursal*, Legis Argentina S.A., 2008, Tomos I y II. Vid. Tomo I, p. 1-116 en lo relativo a Alemania.

desde un primer momento y en defensa de los intereses de los acreedores. La reforma culminó en 1994, con la *Insolvenzordnung (InsO)* de 5 de octubre de 1994, tendente a la unificación de los procedimientos para el conocimiento judicial de los escenarios de insolvencia. Con la *InsO* se iniciará en el Derecho europeo el movimiento de reformas de las tradicionales normas reguladoras de la insolvencia.

La *Insolvenzordnung (InsO)*, en vigor desde el 1 de enero de 1999, ley aplicable en la actualidad tras sucesivas modificaciones⁹⁰, incorporará aspectos relevantes. Destaca la inclusión del *Insolvenzplan* (Título VI, art. 217 a 269), que permitirá pasar de una regulación esencialmente liquidadora, a un sistema con preeminencia de la conservación de la empresa. Asimismo, destaca también el tratamiento diferenciado para la insolvencia del consumidor o del pequeño empresario (Título IX, art. 304 a 314), incorporando asimismo la regulación relativa a la exoneración de las deudas residuales de las personas físicas, *Restschuldbefreiung*, (Título VIII, art. 286 a 303), nuestro “mecanismo de segunda oportunidad” o también conocido en el ámbito anglosajón como *fresh start*.

En concordancia con lo que se exponía anteriormente, no hallamos en la norma alemana un sistema de calificación de la insolvencia en función de actos cometidos por el deudor. En esencia, se establece un procedimiento alternativo de liquidación o convenio, análogo a nuestra dualidad de procesos, pero que no quedará sometido a un escrutinio previo de la actividad del deudor. El acreedor que no vea satisfechas sus expectativas de cobro dimanante del proceso de liquidación podrá reclamar ilimitadamente contra el deudor los créditos residuales *ex art. 201*⁹¹; a diferencia de lo

⁹⁰ *Insolvenzordnung (InsO)*” de 5 de octubre de 1994, vigente a partir del 1 de enero de 1999, última reforma introducida por medio de “*Art. 19 des Gesetzes vom 20.12.2011 (BGBl. I S. 2854)*”: Ley reguladora de la Insolvencia.

⁹¹ *InsO*, “art. 201.- *Derechos de los acreedores de la insolvencia tras la clausura del procedimiento. I. Los acreedores de la insolvencia, tras la clausura del procedimiento, pueden reclamar ilimitadamente contra el deudor los créditos residuales.*”

que ocurre cuando sí ha mediado un “plan de insolvencia” análogo a nuestro convenio, en que el deudor resulta exonerado de las obligaciones residuales *ex art. 227*⁹².

Podemos afirmar que no hallamos en la norma alemana mención alguna a supuestos relacionados con la aplicación del Derecho Contable que condicione el proceso y resolución del procedimiento judicial de la insolvencia. Sin embargo, esto no quiere decir que, ante una situación de insolvencia sobrevenida, el deudor quede impune ante quebrantamientos, de entre otras, de las obligaciones contables. Para analizar el tratamiento que el ordenamiento alemán dispensa al incumplimiento o incorrecciones contables en situaciones de insolvencia, debemos remitirnos al Código Penal. En concreto, al art. 283b que se reproduce seguidamente⁹³:

“

Strafgesetzbuch (Código Penal alemán)

*CAPÍTULO VEINTICUATRO
DELITOS EN EL ESTADO DE INSOLVENCIA*

Sección 283b

Violación de los derechos de teneduría de libros

(1) Quienquiera que

- 1. Incumple el deber de llevanza de los libros de contabilidad que está legalmente obligado a mantener, o los modifica de tal manera que dificulta el análisis de sus activos netos;*
- 2. Disponga, esconda, destruya o dañe los libros de contabilidad u otra documentación que un comerciante está obligado por ley de comercio a mantener, antes de la expiración de los períodos de archivado que existen para los obligados a llevar los libros, y por lo tanto dificulta el análisis de sus activos netos;*
- 3. contrario a la ley comercial*
 - a. elabora balances de tal manera que se dificulta el análisis de sus activos netos; o*
 - b. deja de elaborar un balance de sus activos o el inventario en el tiempo prescrito puede ser condenado a una pena de cárcel de hasta dos años o con multa.*

”

⁹² *InsO*, “art. 227.- Responsabilidad del deudor. I. Si en el plan de insolvencia no se determina otra cosa, el deudor resulta exonerado de las obligaciones residuales a través de la satisfacción de los acreedores de la insolvencia prevista en la parte organizativa.”

⁹³ Como excepción a la falta de remisión alguna de la norma concursal al quebrantamiento de las obligaciones contables, debe hacerse mención al supuesto de exoneración de la deuda residual por parte de las personas físicas, *InsO* art. 290. En virtud de dicho precepto, se denegará dicho privilegio al deudor que hubiese sido condenado por alguno de los delitos del indicado art. 283b.

Si bien en el ordenamiento español, nos remitimos al cuerpo normativo concursal para analizar la repercusión del quebrantamiento contable en situaciones de insolvencia, observamos que en el ordenamiento alemán debemos remitirnos al Código Penal. De hecho, el análisis del art. 283b del CP alemán hallaría paralelismo en nuestro supuesto penal relativo a las situaciones de insolvencia, en concreto, el art. 259 en su ordinal 6º del apartado primero, que establece idénticos supuestos de los incardinados en el art. 164.2.1º LC. En cualquier caso, al objeto de este trabajo, lo esencial no es tanto corroborar en qué norma hallamos regulado el instituto jurídico, sino cómo está modulado y en qué modo puede parecerse o diferenciarse del español en lo que a cuestiones substantivas se refiera.

Una primera conclusión que puede alcanzarse es que no se halla en el derecho concursal alemán, referencia alguna a quebrantamiento del Derecho Contable que altere de algún modo el proceso y su resolución, salvo en lo que se refiera a la exoneración de las deudas residuales de las personas físicas.

En cualquier caso, analicemos ahora los elementos fácticos que determinan responsabilidad del deudor insolvente por causas contables. El precepto penal prevé que tanto el incumplimiento del deber de llevanza de libros contables como la comisión de falsedades en los mismos, análogas a nuestro “incumplimiento sustancial” e “irregularidad contable relevante” respectivamente, resultan determinantes a los efectos de establecer eventuales responsabilidades del deudor. Observamos en el precepto penal que la mera incorrección contable o incumplimiento del deber de llevanza de libros, en sí mismo no resultan determinantes. En cuanto al elemento subjetivo, el hecho de que el precepto concursal remita a la norma penal para determinar la relevancia del presupuesto subjetivo debemos analizar su trascendencia en términos de criminalidad. A este respecto, a la luz de la doctrina analizada cabe afirmar que el incumplimiento contable quedará incardinado en el precepto penal en

la medida que concurra dolo o negligencia⁹⁴. Por consiguiente, de dicha circunstancia puede inferirse que la relevancia de los incumplimientos contables en cuanto a responsabilidad del deudor, que no sobre el desarrollo concursal, sí queda condicionada por el elemento subjetivo. En cuanto al presupuesto objetivo debe decirse que requiere necesariamente que tanto el incumplimiento del deber de llevanza de libros como la incorrección de derecho sustantivo, supongan un impedimento a conocer la verdadera situación patrimonial del deudor insolvente. Conclusión que nos permite establecer determinado paralelismo entre ésta y el concepto español de incumplimiento “sustancial” y de irregularidad “relevante”.

Asimismo, hallamos también determinada analogía entre ambos ordenamientos, en el hecho de que para verse satisfecho el presupuesto objetivo de incumplimientos contables no resulta necesario acreditar relación de causalidad alguna entre el quebrantamiento normativo y el eventual perjuicio patrimonial a acreedores.

2.2.- Francia⁹⁵

El derecho concursal francés queda regulado en el Código de Comercio, Libro VI, arts. L.611-1 a L.670-8⁹⁶. Tal y como hemos visto en el capítulo dedicado a estudiar la evolución histórica, ya el Código de Comercio francés de 1807 recogía la regulación judicial de la insolvencia de forma completa y sistemática. En cualquier caso, eran unos procedimientos reglados cuyo objetivo principal sería la satisfacción del pago de los acreedores; y no será hasta la entrada en vigor de las modificaciones introducidas por la *Loi de sauvegarde des entreprises N° 845-2005*, ley de salvaguarda de empresas, en

⁹⁴ En este mismo sentido: WILHELM LAUFHÜTTE, HEINRICH y otros, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*. De Gruyter Recht, Berlin 2009, pág. 463 y ss. KINDHÄUSER, URS y otros, *Strafgesetzbuch Band 2*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2005, pág. 5144 y ss. LACKNER, KARL, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1997, pág. 1268.

⁹⁵ Norma obtenida del sitio web institucional: <http://www.legifrance.gouv.fr/>. Última consulta en enero 2016. Traducción al español del precepto transcrito, facilitada por el propio sitio web.

⁹⁶ “*Code de Commerce*” que incorpora el nuevo y actual derecho concursal francés en vigor a partir del 1 de enero de 2006 con la introducción de la *Loi de sauvegarde n° 2005-845* y su decreto reglamentario n° 2005-1677 del 28 de diciembre de 2005. Normas reformadas por medio de la *Ordonnance 2008-1345*, en vigor a partir del 15 de febrero de 2009.

que el derecho concursal francés focalizará su objetivo en salvar las empresas para mantener la actividad y el empleo. Será en esta nueva focalización donde algunos autores observan una diferencia esencial de ésta regulación con el concurso de acreedores de España; en tanto que este último subordina la conservación de la empresa al pago a los acreedores⁹⁷. Dicha reforma será perfeccionada tras solamente tres años de vigencia por medio de la *Ordonnance* 2008-1345.

La ley de 2005 preveía lo que se denominaba “*action en comblement du passif*”, lo que podría definirse como la acción por la que los administradores de la persona jurídica se veían obligados a contribuir con sus propios bienes al pago de las deudas de la sociedad por haber incurrido en defectos de gestión, “*faute de gestion*”; estableciéndose un elenco de supuestos de “defectos de gestión” que suponían la imposición del pago de la deuda residual (supuestos del art. L. 652, hoy derogados).

Sin embargo, con la entrada en vigor de las modificaciones de 2008, se suprime dicha obligación de pago del pasivo residual tal y como la regulaba la ley de 2005 por medio de los supuestos del art. L. 652. Si bien, se establece en su lugar un elenco de faltas cometidas por el administrador de la persona jurídica, susceptible de determinar lo que se ha venido a denominar “quiebra personal” ex artículo L-653-1 y siguientes⁹⁸ pero que no determinan, *per se*, la obligación del pago de la deuda residual.

En el caso concreto de los incumplimiento e incorrecciones contables, hallamos remisión en el *Code de Commerce*, por una doble vía: por la declaración de “quiebra personal” (Título V, Capítulo III, “*De la faillite personnelle et de autres mesures d’intrediction*”) y por determinación de “bancarrota” (Título V, Capítulo IV, “*De la banqueroute et des autres infractions*”).

⁹⁷ En este sentido, DASSO, ARIEL A., *op. cit.*, Tomo II, p. 806, haciendo referencia al apartado VI de la Exposición de Motivo de la Ley Concursal Española.

⁹⁸ Un estudio del derecho concursal francés lo hallamos en DASSO, A. *op. cit.*, o en MACHADO P., JOSÉ, *op. cit.* p. 196 y ss.

En relación a la “quiebra personal”:

“

LIBRO VI: DE LAS DIFICULTADES DE LAS EMPRESAS
TÍTULO V: DE LAS RESPONSABILIDADES Y DE LAS SANCIONES
Capítulo III
De la quiebra personal y de otras medidas de inhabilitación

Artículo L. 653-1.-

Quando se abra un procedimiento de saneamiento judicial o de liquidación judicial, se aplican las disposiciones del presente Capítulo:

...

2º A las personas físicas, dirigentes de derecho o de hecho de personas jurídicas;

3º A las personas físicas, representantes permanentes de personas jurídicas, dirigentes de las personas jurídicas definidas en el apartado 2º.

Artículo L.653-2.-

La quiebra personal conlleva la interdicción de dirigir, gestionar, ..., así como a cualquier persona jurídica.

...

Artículo L. 653-5.-

El Tribunal podrá acordar la quiebra personal de cualquier persona de las mencionadas en el Artículo L. 653-1, que haya cometido uno de los siguientes actos:

...

6º Haber hecho desaparecer documentos contables, no haber llevado ninguna contabilidad infringiendo los textos aplicables, o haber llevado una contabilidad ficticia manifiestamente incompleta o irregular con respecto a las disposiciones legales.

...

“

En relación a la “bancarrota”:

“

Capítulo IV
De la bancarrota y de otras infracciones
Sección I
De la bancarrota

Artículo L.654.1.- Las disposiciones de la presente sección se aplicarán:

...

2º A toda persona que haya directa o indirectamente, de derecho o de hecho, dirigido o liquidado una persona jurídica de derecho privado;

3º A las personas físicas, representantes permanentes de personas jurídicas, dirigentes de las personas jurídicas definidas en el párrafo segundo arriba mencionado.

Artículo L.654.2.- En caso de apertura de un procedimiento de saneamiento judicial o de liquidación judicial, son culpables de bancarrota las personas mencionadas en el artículo L.654.1, que hayan cometido algunos de los hechos que se señalan a continuación:

...

4º Haber llevado una contabilidad ficticia o haber hecho desaparecer documentos contables de la empresa o de la persona jurídica, o haberse abstenido de llevar toda contabilidad, siendo que los textos aplicables lo hacen obligatorio;

5º Haber llevado una contabilidad manifiestamente incompleta o irregular con respecto a las disposiciones legales.

Artículo L.654-3.- La bancarrota se castiga con cinco años de prisión y 75.000 euros de multa.

“

Una primera observación a resaltar es que tampoco en Francia hallamos una calificación de la insolvencia *per se*, estableciéndose, sin embargo, mecanismos de represión de conductas antijurídicas que entiende el legislador francés que merecen ser castigadas. De entre ellas, se mantiene el incumplimiento y la incorrección contable pero que como se puede observar, no supone un mecanismo de compensación al acreedor concursal. El hecho de haberse producido alguno de los supuestos de incumplimiento o incorrección contable no supone el necesario resarcimiento a acreedores concursales por insuficiencia de activos. Tal y como quedó regulado el procedimiento concursal a raíz de la reforma de 2008, la responsabilidad por el déficit concursal se establece de forma genérica por “defectos de gestión” en la medida que exista una relación de causalidad entre éstas y la insuficiencia de activo.

“

Capítulo I

De la responsabilidad por insuficiencia de activo

Artículo L.651-1.- Las disposiciones del presente Capítulo son aplicables a los dirigentes de una persona jurídica de derecho privado...

...

Artículo L.651-2.- ... el tribunal podrá decidir en caso de una falta de gestión que haya contribuido a esta insuficiencia de activo que el monto de dicha insuficiencia de activos sea soportado en todo o en parte por todos los dirigentes de derecho o de hecho o por algunos de ellos que hayan contribuido a la falta de gestión.

...

“

En cuanto a los presupuestos fácticos relacionados con la aplicación del Derecho Contable, vemos una identidad entre los supuestos establecidos para la determinación de la “quiebra personal” y la “bancarrota”. Se hace referencia a “haberse abstenido de llevar toda contabilidad” o “hacer desaparecer documentos contables” lo cual nos permite referirnos a nuestro “incumplimiento sustancial”; o “haber llevado una contabilidad ficticia” o “manifiestamente irregular”, análogo a nuestra “irregularidad relevante”. No se incluye en la norma francesa mención alguna a la “doble contabilidad”, si bien podría subsumirse en el término “manifiestamente irregular”.

Tampoco se establece en la norma francesa, conexión alguna entre la incorrección contable y su eventual disfunción informativa para los agentes económicos; circunstancia que tendría su fundamento en la desvinculación del hecho irregular castigado y el tratamiento de la insolvencia, a excepción de lo referido a la “falta de gestión”. En este último caso, sí se establece una responsabilidad patrimonial por el déficit concursal cuando la “falta de gestión” haya contribuido a la insuficiencia de activo. Vemos pues que, si bien las consecuencias derivadas de la “quiebra personal” o la “bancarrota” son supuestos de responsabilidad por mera actividad, el supuesto de responsabilidad patrimonial requiere el elemento añadido de causalidad entre la “falta de gestión” y la insuficiencia de activo, análogo a nuestro art. 172 bis LC.

Finalmente, en lo referido al presupuesto subjetivo, mientras que el precepto español permite una interpretación contradictoria por el deslinde entre el concepto de “error” e “irregularidad”, no parece plausible dicha ambigüedad interpretativa en lo relativo a los preceptos franceses. Los tres presupuestos contables que se incluyen en los preceptos son “hacer desaparecer documentos contables”, “no haber llevado ninguna contabilidad” o “haber llevado una contabilidad ficticia manifiestamente irregular”. No parece posible que ninguno de los tres supuestos pueda cometerse por un error no intencionado. Puede perderse por error algunos documentos, pero “hacer desaparecer” comporta necesariamente el elemento intencional. Puede haberse obviado por error algunas obligaciones de carácter formal, pero no llevar ninguna

contabilidad comporta ineludiblemente, cuanto menos, negligencia grave; finalmente, una contabilidad ficticia manifiestamente irregular no es consecuencia de impericias o descuidos, supone también la existencia del elemento de intención de cometer la irregularidad. Por consiguiente, vemos que el ordenamiento francés solo entiende la responsabilidad por quebrantamiento del Derecho Contable cuando medie dolo o negligencia.

2.3.- Italia⁹⁹

Por medio de la Ley N^o 80 del 14 de mayo de 2005, conversión del Decreto Legislativo N^o 35 del 14 de marzo de 2005, llega hasta nuestros días la vigente regulación de la quiebra en Italia¹⁰⁰. Se instaurará la nueva regulación del convenio (*Concordato*) preventivo y se incorporará el acuerdo de reestructuración de deudas (*Accordi di ristrutturazione*). Los antecedentes reformistas de Alemania en la *InsO* (en vigor desde 1999), o en Francia la *Loi de Sauvegarde* (de 2005), y la Ley Concursal española (vigente desde 2003), pueden entenderse como los modelos en los que se inspira la reforma italiana. A partir de la reforma de 2005 el Derecho Concursal italiano pivotará entorno al concepto de empresa y actividad económica¹⁰¹. En cualquier caso, subsiste la doble vía del convenio, la del convenio preventivo dirigido a evitar la quiebra (arts. 160 y ss.) y el convenio en la quiebra para poner fin a ésta (arts. 124 y ss.)¹⁰².

⁹⁹ Norma obtenida del sitio web institucional: <http://www.gazzettaufficiale.it/>. Última consulta en enero 2016. Traducción al español, propia.

¹⁰⁰ D. Lgs. n^o 35 del 14 de marzo de 2005 y D. Lgs. Complementario n^o 169 del 12 de septiembre de 2007, que modifican el Real Decreto de 16 de marzo de 1942, n^o 267, "*Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa*".

¹⁰¹ En este sentido, con anterior a la reforma indicada ya había tratadistas que abogaban por dicha concepción dual. Así, FERRI, GIUSEPPE *Manuale di diritto commerciale*, Ed. UTET, Torino 1980, p. 48: "*Considerada como actividad, y esto es bajo un perfil dinámico, la empresa necesariamente se remite a la persona del emprendedor que desarrolla la actividad. La disciplina jurídica de la empresa es, por lo tanto, disciplina de la actividad del empresario y la tutela jurídica de la empresa es tutela jurídica de esta actividad.*"

¹⁰² Un análisis sobre las modificaciones introducidas por la reforma de 2005 lo hallamos en D'ORAZIO, LUIGI, *Il nuovo diritto fallimentare*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato Spa 2008; CATTANO, MASSIMILIANO, *La riforma del diritto fallimentare*, EGEA Spa 2006.

Tal y como ya veíamos en relación a la regulación alemana y la francesa, tampoco en Italia se establece un mecanismo de calificación de la insolvencia. La insolvencia sobrevenida atribuirá al empresario la condición de quebrado¹⁰³ y se abrirá el concurso de acreedores sobre el patrimonio del fallido¹⁰⁴; y en caso de hallarse en crisis previa a la situación material de imposibilidad de atender pagos, se abriría la posibilidad del convenio preventivo¹⁰⁵. En cualquier caso, tampoco quedan impunes los supuestos de quebrantamientos del ordenamiento que puedan estar relacionados con la situación de insolvencia. Análogamente a como hacíamos referencia a Alemania, también debe hacerse mención a la norma penal para analizar el tratamiento dispensado, de entre otros, a los incumplimientos o incorrecciones contables en situaciones de insolvencia. No obstante, si bien en lo referido a Alemania, debemos remitirnos al Código Penal para analizar la criminalidad del supuesto de hecho, en Italia, será en la propia norma concursal donde hallamos incardinadas las disposiciones penales¹⁰⁶, herencia de la pretérita *Legge Fallimentare*¹⁰⁷ de 1942.

Ya centrados en lo relativo al quebrantamiento del Derecho Contable, hallamos dos supuestos diferenciado, ambos de carácter delictivo, sobre los que se establece determinada pena pero sin resultar de la misma una responsabilidad directa del autor sobre los déficits concursales; con excepción, tal y como veíamos en el caso de Alemania, en lo relativo al impedimento de la exoneración de deudas residuales cuando de una persona física se trate, cuando ésta haya sido condenada por, entre otros, los incumplimientos contables, *artículo 142.- Liberación de deudas residuales*¹⁰⁸.

¹⁰³ “art. 5º Estado de insolvencia. 1. El empresario que se encuentra en estado de insolvencia es declarado quebrado.”

¹⁰⁴ “art. 52.- Concurso de acreedores. 1. La quiebra abre el concurso de acreedores sobre el patrimonio del fallido.”

¹⁰⁵ “El empresario que se encuentra en estado de crisis puede proponer a los acreedores un convenio preventivo sobre la base de un plan...” (art. 160.- Presupuestos para la admisión al procedimiento, en Cap. I De la admisión al procedimiento del convenio preventivo).

¹⁰⁶ “TÍTULO VI Disposiciones penales. Capítulo I Delitos cometidos por el fallido o Capítulo II Delitos cometidos por personas distintas del fallido.

¹⁰⁷ Así, DASSO, ARIEL A., *op. cit.* Tomo II, p. 969.

¹⁰⁸ “TÍTULO II De la quiebra

...

Capítulo IX De la liberación de deudas residuales

Artículo 142.- Liberación de deudas residuales

En lo relativo a la quiebra de las personas jurídicas y el tratamiento dispensado a los incumplimientos contables llevados a cabo por sus responsables, debemos remitirnos a los artículos 216 y 217 por remisión de los artículos 223 y 224 respectivamente.

“

TÍTULO VI
Disposiciones penales
Capítulo I
Delitos cometidos por el fallido

Artículo 216.- Bancarrota fraudulenta

1. *Es punido con reclusión de tres a diez años, si es declarado en quiebra, el empresario que:*

...

2) *ha sustraído, destruido o falsificado, en todo o en parte, con el fin de procurar a sí o a otros un injusto provecho o de ocasionar perjuicio a los acreedores, los libros y otros documentos contables o los ha llevado en forma de no hacer posible la reconstrucción del patrimonio o del movimiento de los negocios.*

...

Artículo 217.- Bancarrota simple

1. *Es penado con la reclusión de seis meses a dos años, si es declarado en quiebra, ...*

2. *La misma pena se aplica al fallido que, durante los tres años anteriores a la declaración de quiebra o bien desde el inicio de la empresa, si ésta ha tenido una menor duración, no ha llevado libros y los otros documentos contables prescritos por la ley o los ha llevado de manera irregular o incompleta.*

...

Artículo 223.- Hechos de bancarrota fraudulenta

1. *Se aplican las penas establecidas en el artículo 216 a los administradores, a los directores generales, a los síndicos y a los liquidadores de sociedades declaradas en quiebra, los cuales han cometido alguno de los hechos previstos en dicho articulado.*

...

Artículo 224.- Hechos de bancarrota simple.

Se aplican las penas establecidas en el artículo 217 a los administradores, directores generales, síndicos y liquidadores de sociedad declarada en quiebra los cuales:

1) *han cometido alguno de los hechos previstos en dicho artículo.*

“

1. *El fallido persona física, está admitido al beneficio de la liberación de las deudas residuales frente a los acreedores concursales no satisfechos, a condición que:*

...

6) *no hubiese sido condenado con sentencia pasada en autoridad de cosa jugada por bancarrota fraudulenta ...”*

Observamos que se establece una dualidad en la calificación de los hechos en función del nivel de gravedad de los mismos, diferenciándose entre bancarrota fraudulenta (los más graves) o simple (los entendidos como leves). En lo referido al supuesto de fraudulencia previsto en el art. 216 por remisión del art. 223, el legislador italiano establece la necesaria existencia del elemento intencional: “...con el fin de procurar a sí o a otros un injusto provecho o de ocasionar perjuicio a ...”. Tanto si se produce una sustracción, destrucción o falsificación de la contabilidad, como si aun hallándose ésta íntegra, se ha realizado de tal modo que no resulta posible conocer la verdadera situación patrimonial y económica del deudor: “...en forma de no hacer posible...”, nos hallaríamos ante el injusto tipificado, análogo a nuestra “irregularidad” o “incumplimiento” que no permite comprender la situación económica del deudor concursado. A la luz de la interpretación del tenor literal del precepto cabe entender que nos hallamos ante un supuesto de culpabilidad por la existencia de irregularidades contables relevantes en la medida que quede acreditada la existencia de dolo¹⁰⁹, de tal modo que queda satisfecho el elemento objetivo por mera actividad, sin requerir que la acción antijurídica haya repercutido efectivamente en la solvencia del quebrado.

Por su parte, el hecho de resultar menos reprochable el supuesto incluido en el art. 217 no parece que tenga que estar relacionado tampoco con el resultado en cuanto al perjuicio producido a terceros ya que cualquier irregularidad contable quedaría también subsumida en el art. 217. A luz de la doctrina analizada¹¹⁰ puede determinarse que la diferencia esencial entre ambos preceptos la hallamos en que, en la medida que los supuestos del artículo 216 hacen referencia a irregularidades de derecho sustantivo cometidas con dolo, las previsiones del art. 217 se refieren a incumplimientos de carácter formal o sustancial, análogos a nuestra “irregularidad relevante” e

¹⁰⁹ En este sentido PROVINCIALI, RENZO, *Manuale di Diritto Fallimentare 5ª edizione*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1970, pág. 2425 y ss. También CAPUTO, EDUARDO, *La Legge Fallimentare*, Padova 1970, pág. 1179.

¹¹⁰ GIULIANI BALESTRINO, UBALDO, *La Bancarrota e gili altri Reati Concursali, 3ª edizione*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1991, pág. 309 y ss. PAJARDI, PIERO *Codice del Fallimento*, Giuffrè Editore 1994, pág. 217 y ss. CONTI, LUIGI, *I reati fallimentari 2ª edizione*, Unione Tipografico-Editrice 1991, pág. 174 y ss.

“incumplimiento sustancial” respectivamente, pero en los que no se haya acreditado la intencionalidad.

Del análisis conjunto de ambos preceptos puede inferirse que cuando no pudiese quedar probado el elemento intencional de irregularidades contables de carácter sustantivo, nos hallaríamos ante el supuesto de bancarrota simple del art. 217, supuesto de aplicación por mera actividad. En caso contrario, quedando contrastada la voluntad de procurar un injusto provecho, la irregularidad contable podría considerarse un supuesto de fraudulencia ex art. 216 que comportaría la necesaria apreciación del elemento subjetivo.

2.4.- Reino Unido¹¹¹

Situados ahora ante un ordenamiento de tradición distinta a la práctica codificadora romanista, su tradición basada en la “doctrina del precedente” no obsta que, en la actualidad, la ley aplicable halla igualmente su plasmación en el derecho positivo. En el caso que nos ocupa, la regulación jurídica de la insolvencia la hallamos, sin perjuicio de las sucesivas modificaciones que ha sufrido, en *Insolvency Act 1986 C.45*.

Una vez más podemos ratificar que no existe en el Derecho Comparado cercano, entre los ordenamientos más representativos, un sistema de calificación de la insolvencia, *ex ante*, de carácter preventivo. El escrutinio de legalidad de la actividad del deudor insolvente o sus representantes, podrá repercutir en una sanción determinada, pero se establece una desvinculación material entre el acto antijurídico y el procedimiento de la insolvencia. En la citada norma británica hallamos los preceptos por los que se establecen las consecuencias derivadas de los incumplimientos e incorrecciones contables en escenarios de insolvencia: s.206.1 y s.209.1; de igual modo que en s.213 se establece el supuesto genérico “*Fraudulent trading*” que según

¹¹¹ Norma obtenida del sitio web institucional <http://www.legislation.gov.uk/>. Última consulta en enero 2016. Traducción al español, propia.

veremos puede resultar un elemento subsidiario de responsabilidad por fraude contable.

“

*Parte IV
Disolución de las sociedades registradas bajo las Leyes de Sociedades*

*Capítulo X
Negligencia antes y durante la liquidación; penalización de empresas y directivos de la compañía;
Investigaciones y enjuiciamientos.*

...

206. El fraude, etc., en anticipación de la liquidación.

(1) Cuando una empresa es declarada en liquidación por el tribunal o aprueba una resolución de liquidación voluntaria, cualquier persona, siendo un administrador en el pasado o presente de la empresa, se considera que ha cometido un delito si, dentro de los doce meses precedentes a inicio del procedimiento de liquidación, él:

...

(c) ha ocultado, destruido, mutilado o falsificado cualquier libro o documento que afecte o tenga relación con las propiedades o asuntos de la compañía; o

(d) ha realizado algún asiento falso en cualquier libro o documento que afecte o sea relativo a propiedades o asuntos de la empresa, o

(e) de manera fraudulenta se ha desprendido, alterado o ha hecho cualquier omisión en cualquier documento que afecte o se relacione con la propiedad o los asuntos de la empresa, o

...

(4) Es una defensa-

...

(b) para una persona acusada en virtud del párrafo (c) o (d) de la subsección 1 o en virtud de la subsección 2 con respecto a lo mencionado en cualquiera de esos dos párrafos, probar que él no tenía ninguna intención de ocultar el estado de la empresa o quebrantar la ley. ...

...

209 Falsificación de los libros de la compañía.

(1) Cuando una empresa se encuentra en liquidación, un administrador comete un delito si destruye, mutila, altera o falsifica los libros, documentos o valores, o hace o está al tanto de la realización de cualquier fraudulenta inscripción en cualquier registro, libro de cuenta o documento perteneciente a la empresa con la intención de defraudar o engañar a cualquier persona.

(2) Una persona culpable de una ofensa bajo esta sección es susceptible de prisión o una multa, o ambas cosas.

...

...

213 *Actividad fraudulenta.*

(1) *Si en el curso de la liquidación de una empresa parece que cualquier actividad concerniente a la misma se ha llevado a cabo con la intención de defraudar a los acreedores de la empresa o de los acreedores de cualquier otra persona, o para cualquier propósito fraudulento, lo siguiente surge efecto.*

(2) *El tribunal, a instancia del liquidador, podrá declarar que las personas que eran, a sabiendas, parte en el ejercicio de la actividad de la manera antes mencionada, sean responsables de hacer contribuciones a los activos de la empresa según el tribunal juzgue apropiado.*

...

“

En lo referido al elemento subjetivo, se observa que la ambigüedad de la que puede adolecer el precepto español, irregularidad vs error, no hace presencia en el Reino Unido, donde se deja evidenciado el requisito del elemento intencional para poder subsumir el supuesto de hecho en los indicados preceptos. En ambos, se hace referencia al elemento subjetivo. En relación a s. 206, se establece en el apartado 4, b) que el acto antijurídico será punible exclusivamente cuando haya existido el elemento intencional: “... *to prove that he had no intent to...*”. Por su parte, s. 209 incluye también, como elemento determinante, el dolo: “...*with intent to defraud...*”.

En cuanto a los elementos objetivos del quebrantamiento del orden contable, lo cierto es que, del tenor literal de ambos preceptos, s.206 y s.209, no se hace referencia a la necesaria relevancia o sustancialidad del incumplimiento. Sin embargo, teniendo en cuenta la naturaleza penal que ostentan los preceptos, en sí mismo cabe aplicarles el principio de relevancia necesaria para la determinación de los actos antijurídicos criminales.

Por su parte, s. 213 establece un supuesto genérico de fraude en situaciones de insolvencia. En concreto, hace referencia a “*cualquier actividad, ..., con la intención de defraudar, ... o para cualquier propósito fraudulento, ...*”; lo que no deja lugar a dudas del componente doloso¹¹², si bien no haciendo mención expresa a supuestos fácticos

¹¹² En este sentido, MILMAN, DAVID y DURRANT, CHRIS, *Corporate Insolvency: Law and Practice 3rd edition*, Sweet and Maxwell 1999, pág. 226 y ss.

concretos, se tendría que llevar a cabo una interpretación finalista del mismo para subsumir en el mismo la cuestión contable. En este sentido, cabe decir que determinada doctrina entiende que cabe subsumir el fraude contable, también como un supuesto específico de *fraudulent trading*¹¹³. Resulta evidente el carácter doloso que subyace en este presupuesto.

¹¹³ En este sentido COYLE, BRIAN *Risk awareness and Corporate Governance* 2nd edition, The chartered institute of bankers 2004, p. 213: "... *Examples of fraudulent trading are falsification of the company's books of accounts, making a material omission of fact in a statement about the company's affairs, and making a false representation to creditors with a view to persuading them to come to an agreement with the company*".

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE LA DOCTRINA Y DE LA TENDENCIA JURISPRUDENCIAL EN RELACIÓN A LOS SUPUESTOS DE CONCURSO CULPABLE *EX* ART. 164.2.1º DE LA LEY CONCURSAL

1.- Conceptualizaciones previas.

1.1.- El régimen legal de obligaciones contables.

El desarrollo empresarial a lo largo del siglo XX, caracterizado en gran medida por la aportación de capitales externos a la fuerza productiva, ha comportado la creciente necesidad de saber delimitar y cuantificar correctamente la rentabilidad de las inversiones. La diversidad de actores que de un modo u otro resultan legítimamente interesados en conocer la evolución económica de las empresas, ha atribuido a tal información un protagonismo determinante. Tal es así que el conjunto de agentes económicos se servirá, para la toma de sus decisiones, de la información contable que, de forma comprensible, comparable y recurrente en el tiempo, deberá permitir mostrar una imagen certera de la situación económica, financiera y del resultado de la actividad empresarial.

Ante tal circunstancia y al objeto de preservar el derecho a la adecuada información que fluye en los mercados, proliferarán a lo largo del siglo XX las normas de Derecho contable dirigidas a la formulación, y en ocasiones publicación, de los estados económicos y financieros de las empresas. No obstante, si bien es cierto que es el siglo XX el periodo donde se inicia la introducción masiva de normas concretas de valoración y registro contable, la importancia del adecuado cumplimiento del Derecho Contable se remonta a periodos anteriores. Hemos visto anteriormente, que ya en el siglo XVII se establecieron en Europa normas que regulaban las consecuencias patrimoniales derivadas del quebrantamiento del Derecho Contable ante situaciones de insolvencia; instituto jurídico que se ha mantenido a lo largo de los años en el Derecho Comparado y que llega hasta nuestros días, plenamente vigente, con la finalidad última de preservar el orden socioeconómico. De entre otros, el art. 164.2.1º LC es tributario de la importancia que el legislador español le dispensa al adecuado cumplimiento del Derecho Contable.

Por su parte, la internacionalización de las empresas y la globalización de la economía en su conjunto, ha comportado la necesidad de disponer de estados financieros comparables entre empresas pertenecientes a distintos ordenamientos¹¹⁴. Con tal propósito, en las últimas décadas del pasado siglo emergen una serie de organismos internacionales con la finalidad de establecer principios y normas de contabilidad para que fueran aplicadas en los ordenamientos que las suscribiesen. De este modo, la utilización de normas de registro y valoración análogas en diferentes ordenamientos permitirá que la utilidad de la información contable ostente un alcance internacional y sea comparable entre distintos países.

En el ámbito geopolítico europeo, será en la década de los años setenta en que se establecerá por primera vez para los Estados miembros de la Unión, a la sazón Comunidad Económica Europea, la preceptiva armonización de la información económica, patrimonial y financiera de las empresas, sintetizada ésta por medio de las Cuentas Anuales¹¹⁵.

1.1.1.- Fuentes del Derecho contable.

Si bien el texto constitucional no lleva a cabo ninguna referencia concreta al Derecho Contable, puede hallarse en el artículo 38 CE, en el que se proclama la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, el fundamento constitucional del Derecho contable mercantil¹¹⁶. En cualquier caso, como

¹¹⁴ "La creciente globalización de las transacciones económicas en la actual economía ha determinado la necesidad de profundizar en los procesos de armonización contable por parte de los distintos emisores de normas de información financiera. Esta circunstancia no busca sino permitir alcanzar el deseado objetivo de incrementar las condiciones favorables para que la información económica que faciliten las empresas sea transparente y entendible por los accionistas, acreedores y restantes usuarios e interesados en la marcha de las unidades económicas, independientemente de su país de origen", LÓPEZ COMBARROS, JOSÉ LUIS Presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de cuentas, Prólogo del Libro blanco para la reforma de la contabilidad en España, 25 de junio de 2002.

¹¹⁵ Puede afirmarse que el punto de partida de la armonización del Derecho contable europeo lo hallamos en la cuarta Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas: , Directiva 78/660/CEE modificada por la Directiva 2009/49/CE.

¹¹⁶ En estos términos: VICENT CHULIÁ, FRANCISCO. "Las cuentas anuales de las sociedades anónimas", en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo VIII, vol. 1º. Editorial Civitas, S.A. 1993, p. 65

consecuencia de la adhesión de España a la CEE, en un nivel jerárquico superior a las normas con rango de ley de origen interno debemos situar el acervo normativo comunitario. Las fuentes de Derecho interno que conforman el Derecho Contable derivan en gran medida de transposiciones de las Directivas de sociedades o de la aplicación directa, según los casos, de las NIC-NIIF¹¹⁷ publicadas por el IASB y aprobadas por los Reglamentos de la Unión Europea.

Por medio de la transposición de las llamadas Directivas de sociedades, se ha llevado a cabo la recepción en nuestro ordenamiento de una serie de normas de alcance europeo relativas a determinados institutos de Derecho Contable societario¹¹⁸. En lo referido a las normas con rango de Ley de origen interno estatal, destaca como fuente esencial de normas contables, el Código de Comercio y la Ley de Sociedades de Capital¹¹⁹.

¹¹⁷ El IASB (*International Accounting Standards Board*), heredero de la precedente IASC (*International Accounting Standards Committee*) que se creó en el año 1973 como una asociación internacional de profesionales contables, tiene por objeto lograr, entre los profesionales del ámbito contable, un consenso en el cuerpo normativo de los diferentes ordenamientos en lo que a dicha materia se refiere. A lo largo de los años fueron acotándose las propuestas normativas consensuadas, las *International Accounting Standards, IAS*, en español, las Normas Internacionales de Contabilidad, NIC. Sin embargo, no fue hasta el año 2000 en que se logró determinado consenso internacional que permitió consolidar las NIC como normas contables de referencia. Ya en el año 2001 se reformuló la estructura interna del IASC, pasando a denominarse IASB y modificando la terminología de sus normas, pasando a denominarse Normas Internacionales de Información Financieras, NIIF, en inglés las *International Financial Reporting Standards, IFRS*. De este modo, las normas adoptadas con anterioridad al 1 de abril de 2001 se continúan denominando NIC y las adoptadas con posterioridad a dicha fecha las conocemos como NIIF; de ahí que habitualmente se haga referencia a las normas del IASB, como las NIC-NIIF.

¹¹⁸ La formulación de las cuentas anuales individuales y el control y verificación de su representatividad en términos de imagen fiel, Directiva 78/660/CEE modificada por la Directiva 2009/49/CE, (cuarta Directiva); la formulación de las cuentas anuales consolidadas de los grupos de sociedades, Directiva 83/349/CEE modificada asimismo por la Directiva 2009/49/CE, (séptima Directiva); y la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, Directiva 2006/43/CE (octava Directiva).

¹¹⁹ Referencias contables con rango de Ley: Código de Comercio, modificado sustancialmente por la Ley 16/2007, de 4 de julio de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea. El Código de Comercio tiene una eficacia normativa general y se aplica a la contabilidad de todo tipo de empresas, bien sean sociedades personalistas, de capital, o empresarios individuales. No obstante, debemos de tener en cuenta que, en caso de contradicción con respecto a normas especiales como pueden ser las normas sectoriales, prevalecen estas últimas sobre las del Código de Comercio, al primar la regla específica sobre la general. - Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en cuyo texto se aglutinan las precedentes y ya derogadas normas reguladoras de las sociedades anónimas, las sociedades de responsabilidad limitada, las sociedades en comandita por acciones. Será en el título VII de la LSC "Las cuentas

En lo que concierne a las normas de desarrollo reglamentario, hallamos las disposiciones que emanan de los distintos órganos del poder ejecutivo: Reales Decretos, Órdenes Ministeriales, Resoluciones, Instrucciones o Circulares. Tal es la diversidad de normas de esta naturaleza que su orden jerárquico vendrá dado por el rango propio del órgano administrativo que las emite. Por su naturaleza, resulta necesario resaltar la relevancia del Plan General de Contabilidad¹²⁰ y las normas introducidas por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. Si bien en este trabajo se obvia la profundización en las normas de Derecho Contable por exceder del alcance de esta investigación, por su particularidad, así como por la relevancia en la interpretación de las normas contables de Derecho sustantivo, resulta oportuno realizar una breve referencia explícita a las resoluciones del ICAC.

Mediante las resoluciones del ICAC se aprueban normas de obligado cumplimiento en desarrollo del PGC y sus adaptaciones sectoriales, en particular en lo relativo a normas de registro y valoración y elaboración de cuentas anuales. Se exceptúan las adaptaciones de dichas materias a las condiciones concretas del sujeto contable (adaptaciones sectoriales), para las que existe reserva de regulación a favor de Orden Ministerial tal y como disponen las Disposiciones Finales 2ª y 3ª del Real Decreto 1514/2007. En cuanto a la aceptación del carácter de norma jurídica de las resoluciones del ICAC, esta circunstancia no ha sido pacífica a lo largo de las últimas décadas¹²¹. Tal es así que en STSJ de la Comunidad de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Novena, núm. 33, de 19 de enero de 1994, llegó a abolirse la

anuales”, donde se determinará el Derecho contable aplicable a las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, comanditarias por acciones y anónimas laborales, así como a otras muchas formas sociales no mercantiles por remisión expresa de sus respectivas leyes de régimen jurídico. - Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas - También hallamos referencias contables con rango de Ley en la dispersa normativa legal en el ámbito tributario: la Ley General Tributaria, el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido, incluyen en su redactado, remisiones al Derecho contable. - De igual modo, también debemos de considerar como parte del Derecho contable, las disposiciones que al respecto prevé el Código penal: la falsedad documental, la insolvencia punible de persona jurídica, los delitos societarios, los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social y dentro de ellos, específicamente el delito contable, debemos circunscribirlos en el bloque del Derecho contable de asunción de responsabilidades.

¹²⁰ Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre.

¹²¹ VICENT, F. *op. cit.*, p. 73-74.

potestad reglamentaria del ICAC. Dicha sentencia fue posteriormente revocada por el Tribunal Supremo, sentencia de 27 de octubre de 1997, “salvando así la potestad reglamentaria del ICAC”¹²².

En el contexto de la investigación relativa al precepto de la Ley Concursal, resulta de interés tener en cuenta también las Normas Técnicas de Auditoría publicadas por el ICAC (NIA-ES), en tanto que permitirán complementar la interpretación de los elementos fácticos incluidos en el precepto concursal. En los próximos apartados se abordarán conceptos como el de “imagen fiel”, “incorrección contable”, “valor razonable” o “importancia relativa” entre otros, todos ellos analizados por el ICAC y determinantes para la interpretación del art. 164.2.1º LC.

1.1.2.- Las cuentas anuales como síntesis de la información económica, patrimonial y financiera.

En el ordenamiento español hallamos en el CCo 1885 el mandato relativo a la obligación de todo empresario de llevar una contabilidad ordenada, contabilidad que deberá ser adecuada a la actividad de cada empresa, permitiendo un seguimiento cronológico de todos los hechos con trascendencia económica y que permita periódicamente la elaboración de estados económico-financieros.

Este deber es aplicable a todo empresario, con independencia de la envergadura de la actividad económica que desarrolla y sin distinción por razón del sector de actividad o forma jurídica que revista, exigiéndose el cumplimiento de determinadas obligaciones que podemos segmentar en dos grupos: las obligaciones sustantivas relativas al cumplimiento con determinados principios y normas de registro y valoración contable, todas ellas tendentes al objetivo de la consecución de la “imagen fiel”; y un conjunto de obligaciones formales consistentes en el seguimiento de una serie de formalidades relativas a la capacidad de probar la veracidad de los registros

¹²² *Supra* VICENT, F.

llevados a cabo: la llevanza de libros y conservación de documentos justificativos de los registros contables.

El deber de contabilidad se impone, por remisión al régimen general previsto en el CCo, a todas las formas jurídicas de organización de la actividad económica, sean mercantiles o no: las sociedades cooperativas, las entidades sin fines lucrativos, las uniones temporales de empresas o las sociedades anónimas deportivas, son ejemplos de organizaciones económicas con distintas formas jurídicas que se hallan todas ellas obligadas al deber de la contabilidad¹²³. En cualquier caso, por la importancia relativa que ostenta en el comercio la utilización de Sociedades de Capital como instrumento de canalización de la actividad empresarial, el ordenamiento centra en esta modalidad societaria, el esfuerzo de garantizar que se desprenda de ellas el nivel de transparencia informativa que garantice el derecho a la información económica: las cuentas anuales como síntesis de la información económica, patrimonial y financiera.

El Plan General de Contabilidad, en su Primera Parte, *“Marco conceptual de la contabilidad”* apartado 1º *“Cuentas anuales. Imagen fiel”*, establece que *“Las cuentas anuales de una empresa comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, el estado de cambios en el patrimonio neto, el estado de flujos de efectivo y la memoria. Estos documentos forman una unidad ...”*. Más allá del estudio de cada uno de los documentos que las componen, que excede del alcance de este trabajo, lo que resulta remarcable para nuestro análisis es el hecho de que todos los documentos que integran las cuentas anuales deben de interpretarse como una sola unidad de información. Dicha circunstancia alcanza determinada relevancia a la luz de posibles consecuencias concursales que pudiesen derivarse de hallarse deficiencias informativas en determinados documentos, pudiendo quedar compensada dicha deficiencia por medio de información suficiente en otro documento de las mismas cuentas anuales.

¹²³ Todo ello, sin perjuicio de las simplificaciones que establece, para los empresarios personas físicas que calculen sus rentas al objeto del IRPF por el sistema de estimación objetiva, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización ex art. 11.3.

Si bien el artículo 164.2.1º LC no hace referencia explícita a las cuentas anuales, pues en todo momento se refiere al término genérico de la contabilidad o de su finalidad última de permitir comprender la situación patrimonial o financiera de la empresa, implícitamente, pueden hacerse extensibles los supuestos tipificados en el precepto concursal al quebrantamiento de normas reguladoras de las Cuentas Anuales, en especial en lo referido a su contenido y estructura o su formulación. Su aprobación, verificación o publicación quedarían excluidos de los supuestos concursales del art. 164, si bien al incluirse como supuesto subsumido en el art. 165 resulta igualmente relevante hacer una referencia en este apartado.

Contenido y estructura.

El PGC asume íntegramente las disposiciones del CCo 1885 y de la LSC en relación con las cuentas anuales (documentos que las integran, finalidad de las mismas y requisitos de información, así como responsables de su formulación). Asimismo, desarrolla su estructura mediante la incorporación de modelos normalizados de aplicación obligatoria e incorpora, precisándolos, los principios de contabilidad y normas de registro y valoración que dichas normas recogen. El PGC establece las formas societarias obligadas a suministrar información en el modelo normal, especificando los supuestos en los que las sociedades, por razón de tamaño, puedan utilizar los modelos abreviados, o incluso los del PGC PYMES.

Los documentos que integran las cuentas anuales en España son: el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, el estado de cambios en el patrimonio neto, el estado de flujos de efectivo y la memoria. No obstante, el artículo 257.3 LSC establece que cuando la sociedad pueda formular balance abreviado, el estado de cambios en el patrimonio neto y el estado de flujos de efectivo, serán de formulación voluntaria.

Formulación.

El órgano de administración de las sociedades de capital debe formular en el plazo de tres meses a partir de la fecha de cierre del ejercicio social al que se refieren los estados financieros, las cuentas anuales, así como la propuesta de aplicación del resultado y, en su caso, el informe de gestión, de igual manera que de resultar preceptivo, las cuentas y el informe de gestión consolidados.

Suscribiendo el análisis de determinada doctrina¹²⁴, la formulación de las cuentas anuales comporta tres actos jurídicos distintos: el cierre del ejercicio, la redacción de las cuentas y la firma de las mismas. El cierre del ejercicio cabe entenderlo como el conjunto de operaciones de gestión y de registro contable tendentes a la finalización de la cumplimentación de la información económico-financiera necesaria. La redacción de las cuentas consiste, precisamente, en la redacción de la propuesta de cuentas anuales que se someterá, en el caso del ordenamiento español, a la aprobación por parte de la Junta general. Por su parte, la firma de las cuentas es el acto solemne por el que el órgano de administración hace suyo el contenido expresado, responsabilizándose de la veracidad de los datos y su concordancia con los principios y normas contables de registro. La formulación de las cuentas anuales es una obligación esencial del órgano de administración y constituye, como toda declaración contable, una declaración de verdad. Cuando el órgano de administración tenga forma de consejo de administración, la formulación será un acuerdo del consejo, por lo que se requerirá un acuerdo colegiado de dicho órgano societario.

Verificación.

Todas las sociedades de capital que, según las limitaciones establecidas en la LSC, no puedan formular balance abreviado, deben someter sus cuentas anuales,

¹²⁴ ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL. “Las cuentas anuales de las sociedades anónimas” en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo VIII, vol. 2º. Editorial Civitas, S.A., 1993, p. 105 y 130.

previamente a su aprobación, a verificación por parte de auditor independiente. En el marco de la aplicación de las normas de valoración y registro contable, el auditor de cuentas llevará a cabo las funciones de comprobación que las cuentas anuales, en todo aquello que sea significativo, muestran la imagen fiel de la situación económica, financiera y de resultado de la empresa. Más allá del elenco de normas de aplicación y metodología de trabajo inherente a la función de auditoría, cuyo análisis excede del alcance de este trabajo, en subsiguientes apartados se ahondará en la relevancia que puede llegar a ostentar el informe de auditoría en el marco de la calificación del concurso de acreedores.

Aprobación.

En España, la aprobación de las cuentas anuales de las sociedades de capital corresponde a la junta general ordinaria de accionistas o de socios, con carácter indelegable por cuanto se trata de una de las facultades clave de la soberanía de la junta. Como regla general, las cuentas anuales se han de aprobar por la junta general dentro de los seis meses siguientes al cierre del ejercicio social al que las mismas se refieren. A partir de la convocatoria de la junta general ordinaria de accionistas o de socios que debe aprobar las cuentas anuales, o en caso de junta universal, en la que no se publica la convocatoria, con anterioridad al inicio de la misma, el órgano de administración debe poner a disposición de los accionistas o socios los documentos que deban ser sometidos a la aprobación de la misma; es decir, las cuentas anuales y, en su caso, el informe de gestión y el informe de los auditores. La documentación mencionada debe estar disponible para su inspección y consulta en el domicilio social de la sociedad, debiendo mencionarse expresamente en la convocatoria de la junta la facultad que asiste a los socios para solicitar la entrega, inmediata y gratuita, de una copia de dicha documentación.

Si bien es la junta general ordinaria quien debe resolver sobre las cuentas anuales, la propuesta de aplicación de resultados y, en su caso, el informe de gestión, nada

impide que éstas se aprueben en una junta extraordinaria celebrada después del plazo de seis meses posteriores al cierre del ejercicio social, situación que puede darse si, por ejemplo, la junta ordinaria no aprueba las cuentas y éstas deben ser formuladas nuevamente. Todo ello, sin perjuicio de que la junta general ordinaria sea válida, aunque se convoque o se celebre fuera de plazo (LSC art. 164.2). Puede ocurrir que la junta general ordinaria no apruebe las cuentas anuales, en cuyo caso se deberán devolver al órgano de administración para que sea éste quien, en el ejercicio de sus facultades y obligaciones, formule unas nuevas cuentas anuales corregidas. Es más, determinada doctrina aboga por el hecho de que la junta ostenta competencia para modificar definitivamente las cuentas formuladas¹²⁵.

En el ordenamiento español, la formulación y aprobación de las cuentas anuales son consecuencia de un consenso entre los dos órganos societarios, en el que la junta general no es responsable de la correcta formulación de las cuentas. No obstante, dicho modelo de participación de los dos órganos societarios en la formación de las cuentas anuales no es una solución seguida por los sistemas legales anglosajones.

En el caso concreto del ordenamiento inglés, la aprobación de las cuentas queda implícita en la firma de las mismas por parte del órgano de administración. No obstante, en lo referido a las “*private companies*”, los administradores tienen que poner a disposición de los socios las cuentas debidamente firmadas y aprobadas en el plazo de nueve meses desde la fecha de cierre del correspondiente ejercicio (*Companies Act 2006 s. 424*)¹²⁶.

¹²⁵ En estos mismos términos: ILLESCAS, R., *op. cit.*, p. 110.

¹²⁶ De CA 2006 s.424 se desprende que se deberá poner a disposición de cada uno de los socios de una “*private company*” las cuentas anuales formuladas por el órgano de administración en el mismo plazo en que la sociedad debe publicar sus cuentas anuales en el preceptivo registro público (*Companies House*). Dicho plazo es de nueve meses para las “*private companies*”. (información obtenida en <http://www.companieshouse.gov.uk/infoAndGuide/faq/accountsDue.shtml>, el día 22 de marzo de 2014).

Depósito y publicidad.

Las sociedades de capital y todos aquellos empresarios que se encuentren obligados legalmente a ello, deben depositar las cuentas anuales, y en su caso, el informe de gestión y el informe de auditoría, en el registro mercantil de su domicilio. El plazo para cumplir esta obligación es el de un mes desde la aprobación de las cuentas anuales¹²⁷.

Una vez solicitado el depósito de cuentas en el Registro, el registrador mercantil debe calificar los documentos presentados, en el plazo de quince días desde la fecha del asiento de presentación. La función del registrador no es la de entrar a calificar el contenido sustantivo de cada uno de los documentos, sino tan solo debe encaminarse a una verificación formal. Es decir, la contrastación que los documentos aportados son los realmente exigidos por la normativa vigente, que los socios han aprobado las cuentas anuales y que en los informes que son objeto del depósito constan las firmas requeridas. Todo ello sin perjuicio de las verificaciones referidas a la modalidad de presentación informatizada en cuanto a la concordancia de las huellas digitales con los documentos en soporte papel que se aportan. Si la calificación del registrador es favorable, practicará el correspondiente asiento en el libro de depósito de cuentas, si de lo contrario, la calificación resulta desfavorable, el registrador debe hacer constar los motivos por los que deniega el depósito mediante nota razonada expresando la naturaleza de los defectos hallados, es decir si éstos resultan subsanables o insubsanables.

¹²⁷ De acuerdo con la D.A. 4ª de la Ley 7/1996, todas las entidades de cualquier naturaleza jurídica (distintas de las personas físicas) que se dediquen al comercio mayorista o minorista, cuando realicen o intermedien adquisiciones o ventas en un ejercicio por importe superior a 601.012,00 euros, están obligadas a depositar sus cuentas anuales en el RM. Por su parte, las fundaciones también vienen obligadas a depositar sus cuentas anuales, pero no ante el RM, sino ante el Registro de Fundaciones (D.A. 6ª Ley 50/2002). Las sociedades en liquidación también deben depositar las cuentas anuales y proceder a su publicación en el BORME (DGRN Resol 03/05/06, BOE 2 de junio de 2006). La aprobación y depósito de las cuentas anuales procede aun cuando la sociedad en cuestión no haya desarrollado ninguna actividad, por ejemplo, porque haya sido constituida recientemente antes del final de su primer ejercicio social (DGRN Resol 25/03/11, BOE 24 de mayo de 2011). Esta obligación recae tan sólo sobre las sociedades a las que se refiere el art. 41 CCo 1885 y no sobre todas las entidades sujetos pasivos del impuesto de sociedades (DGRN Resol 22/07/99, BOE 11 de agosto de 1999).

El mandato en cuanto a la preceptiva publicidad de las cuentas anuales, lo hallamos también en la cuarta y la séptima Directiva CEE, art. 47 y 48 respectivamente. Esta circunstancia, sobrevenida como consecuencia de la obligatoriedad dimanante del mandato europeo supone una modificación significativa en cuanto al secreto de la contabilidad tal y como se configura en el CCo 1885, art. 32 y 33. En subsiguientes apartados profundizamos acerca de los límites del secreto contable a la luz de la obligación de publicar las cuentas anuales.

1.1.3.- Las cuentas anuales consolidadas de los grupos de sociedades.

La realidad económica de las últimas décadas se caracteriza, de entre otros factores, por haber proliferado las estructuras societarias complejas en las que las empresas no actúan solas, sino que operan juntamente con otras a las que les une una relación de dependencia directa, indirecta o recíproca. Estas relaciones quedan identificadas en nuestro ordenamiento con el término de “grupo” (art. 42 y ss CCo 1885)¹²⁸.

La existencia de grupo de sociedades puede alterar la imagen fiel de las distintas empresas que lo conformen. Las relaciones de dependencia financiera, las decisiones de gobierno corporativo, así como las interacciones de carácter comercial que habitualmente se producen dentro del perímetro del grupo, suponen la necesaria toma en consideración de la situación económica y patrimonial del grupo en su conjunto para poder disponer de una información contable completa en relación a las empresas individuales. Tal es así, que la percepción de solvencia que pueda desprenderse del análisis de los estados financieros de la empresa individual, puede verse matizada al subsumirse éstos en la situación económica del conjunto del grupo. Como consecuencia de ello, surge la necesidad de contemplar en la información contable pública de cada una de las sociedades del grupo, correspondiente a la

¹²⁸ Por medio de la transposición de la Séptima Directiva de la U.E. (Directiva 83/349/CEE), se introducirá en España por primera vez la regulación de las cuentas de los grupos de sociedades.

pluralidad de empresas que lo conforman: las cuentas anuales consolidadas.

Obligación de consolidar.

Los artículos 42 y 43 CCo 1885 determinan el régimen de obligatoriedad de formulación de cuentas anuales consolidadas. Con carácter general, el art. 42 establece el deber de consolidar las cuentas anuales de los grupos de sociedades, especificando así mismo cuándo y a quién le corresponde dicha obligación, determinando también qué circunstancias deben producirse para entender que existe grupo¹²⁹.

En cuanto a la obligación de formular las cuentas anuales consolidadas, ésta recae sobre el órgano de administración de la sociedad dominante del grupo; circunstancia que no exime del deber de formular igualmente las cuentas anuales individuales de cada una de las sociedades integrantes del mismo (art. 42.2 CCo). En cualquier caso, también el Código de Comercio establece un régimen de exoneración de la obligación de formular cuentas consolidadas (art. 43 CCo) previsto para dos situaciones: por razón de la existencia de grupos de reducido tamaño y por razón de existencia de “subgrupos”¹³⁰.

¹²⁹ La determinación del concepto de grupo ha ido sufriendo modificaciones a lo largo de los últimos años. Actualmente, el art. 42.1 CCo 1885 define la existencia de grupo en los siguientes términos:

“Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

a) Posea la mayoría de los derechos de voto.

b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.

d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.”

¹³⁰ “Artículo 43:

Documentos que componen las cuentas anuales consolidadas.

En cuanto a la composición de las cuentas consolidadas, el art. 44 CCo 1885 traslada, con algunas particularidades, análogas exigencias que, en relación a las cuentas individuales de los empresarios, estableciendo igualmente la obligación de que las cuentas anuales consolidadas se formulen con la claridad suficiente para reflejar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados del conjunto constituido por las sociedades incluidas en el perímetro de la consolidación. De este modo, se intenta satisfacer el objetivo de mostrar la imagen fiel del grupo como una sola entidad informante, considerando que el grupo actúa como un agente económico único.

Al margen de las particularidades contables que comporte la técnica de consolidación, lo cual deberá tener determinado reflejo en los documentos que componen las cuentas anuales, el legislador no ha establecido normas especiales para la configuración del balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, el estado de cambios del patrimonio neto y el estado de flujos de efectivo consolidados. Cosa distinta de lo

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, las sociedades en él mencionadas no estarán obligadas a efectuar la consolidación, si se cumple alguna de las situaciones siguientes:

1.ª Cuando en la fecha de cierre del ejercicio de la sociedad obligada a consolidar el conjunto de las sociedades no sobrepase, en sus últimas cuentas anuales, dos de los límites señalados en la Ley de Sociedades Anónimas para la formulación de cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, salvo que alguna de las sociedades del grupo haya emitido valores admitidos a negociación en un mercado regulado de cualquier Estado miembro de la Unión Europea.

2.ª Cuando la sociedad obligada a consolidar sometida a la legislación española sea al mismo tiempo dependiente de otra que se rija por dicha legislación o por la de otro Estado miembro de la Unión Europea, si esta última sociedad posee el 50 por ciento o más de las participaciones sociales de aquéllas y, los accionistas o socios que posean, al menos, el 10 por ciento no hayan solicitado la formulación de cuentas consolidadas 6 meses antes del cierre del ejercicio. En todo caso será preciso que se cumplan los requisitos siguientes:

a) Que la sociedad dispensada de formalizar la consolidación, así como todas las sociedades que debiera incluir en la consolidación, se consoliden en las cuentas de un grupo mayor, cuya sociedad dominante esté sometida a la legislación de un Estado miembro de la Unión Europea.

b) Que la sociedad dispensada de formalizar la consolidación indique en sus cuentas la mención de estar exenta de la obligación de establecer las cuentas consolidadas, el grupo al que pertenece, la razón social y el domicilio de la sociedad dominante."

c) Que las cuentas consolidadas de la sociedad dominante, así como el informe de gestión y el informe de los auditores, se depositen en el Registro Mercantil, traducidos a alguna de las lenguas oficiales de la Comunidad Autónoma, donde tenga su domicilio la sociedad dispensada.

d) Que la sociedad dispensada de formalizar la consolidación no haya emitido valores admitidos a negociación en un mercado regulado de cualquier Estado miembro de la Unión Europea.

que ocurre con la memoria y, aunque no forme parte integrante de las cuentas anuales, el informe de gestión, sobre los que se establecen una serie de particularidades exclusivas para los supuestos de consolidación.

Formulación, verificación y aprobación.

Tal y como se avanzaba anteriormente, será sobre el órgano de administración de la sociedad dominante del grupo, en que recaerá la obligación de formular las cuentas anuales consolidadas del mismo. En cuanto a los plazos para la formulación, nos debemos remitir al art. 44.3 CCo 1885, donde se establecen las normas al respecto¹³¹. Una vez formuladas por los administradores de la sociedad dominante y verificadas por los auditores, tal y como sucede con las cuentas individuales, se someterán a la aprobación por la junta general ordinaria, que será, de acuerdo con el art. 42.5 CCo 1885, la junta de la sociedad dominante. De tal modo que la junta general de la sociedad dominante deberá llevar a cabo una doble aprobación, de las cuentas individuales de la propia sociedad y la referida a las cuentas consolidadas del grupo. El proceso finalizará con el preceptivo depósito en el Registro Mercantil de las cuentas y el informe de gestión consolidado junto con el informe de auditoría, en análogos plazos que los previstos para las cuentas individuales.

Finalmente, cabe resaltar que en los términos que establece el art. 373 RRM, se impone al Registro Mercantil en que se hayan depositado las cuentas consolidadas, el deber de comunicar, de oficio, a los Registros en donde se hallen inscritas las sociedades filiales, el hecho del depósito de las cuentas consolidadas; todo ello con la finalidad de que en estos últimos se deje constancia de tal circunstancia en el Libro de depósito de cuentas.

¹³¹ “3. Las cuentas anuales consolidadas se establecerán en la misma fecha que las cuentas anuales de la sociedad obligada a consolidar. Si la fecha de cierre del ejercicio de una sociedad comprendida en la consolidación difiere en más de tres meses de la correspondiente a las cuentas consolidadas, su inclusión en éstas se hará mediante cuentas intermedias referidas a la fecha en que se establezcan las consolidadas.”

Con la aplicación de los preceptivos métodos de consolidación¹³² se persigue que las cuentas anuales supongan la imagen fiel del grupo; y con su publicidad, dotar al conjunto de los destinatarios de la información contable, con el instrumento adecuado para disponer de una visión completa de la situación del conjunto empresarial incluido en el perímetro de vinculación.

Por consiguiente, de esta sucinta aproximación al concepto y justificación del deber de formular cuentas anuales consolidadas, se desprende que su incumplimiento no es baladí en el contexto de la calificación del concurso por motivos de quebrantamiento de la norma contable. Conocer la realidad económica, patrimonial y financiera del conjunto del grupo societario resulta necesario en el contexto de análisis de la solvencia de una determinada sociedad. Sin embargo, dicha información conjunta del grupo puede producir determinadas “distorciones concursales” en lo que a la apreciación de la insolvencia de sus integrantes se refiere¹³³: ni todos los integrantes del grupo tienen porque estar en una situación de insolvencia que pueda mostrarse con base en las cuentas consolidadas, ni todos los integrantes han de ser necesariamente solventes por motivos de mostrarse una situación de solvencia en el conjunto del grupo.

1.1.4.- Obligaciones sustantivas y formales derivadas del Derecho contable.

El Derecho contable sustantivo.

En una primera etapa en la evolución de nuestro Derecho contable, en la que se pretendía únicamente proteger los intereses del empresario y de un reducido ámbito de intereses de terceros en el que solamente tenían cabida unos cuantos acreedores, tal vez no fuese necesario ir mucho más allá del establecimiento de requisitos obligacionales de carácter formal que mediante su preceptivo cumplimiento

¹³² Artículos 45 y ss CCo 1885.

¹³³ En estos términos, DÍAZ REVORIO, ENRIQUE y BLANCO GARCÍA-LOMAS, LEANDRO. *El grupo de empresas en situación de insolvencia*. Editorial Fe d'erratas, 2014, p. 45 y ss.

garantizaban el reflejo de la situación deudora y acreedora y su utilización como medio de prueba por el empresario. Sin embargo, cuando se trata de proteger una amplia diversidad de intereses públicos y privados, resulta insuficiente imponer solamente una serie de requisitos formales en la cumplimentación de los libros contables, requiriéndose que se establezcan legalmente unos criterios de fondo para la confección de la información financiera que la hagan homogénea y que permitan, como punto de referencia compartido entre quien la emite, quien la recibe y quien la audita, la interpretación de la situación económico-financiera y de los resultados de la entidad a través de sus cifras contables.

Dicho de otro modo, el carácter sustantivo de la información financiera es una garantía del mejor cumplimiento de las necesidades informativas de los destinatarios y, con ello, de la más adecuada protección jurídica de sus intereses¹³⁴.

Podría llegar a afirmarse que uno de los principales defectos de nuestro ordenamiento en materia contable, antes de la reforma introducida por el Plan General de Contabilidad de 1990, era que la regulación se encaminaba preferentemente a ordenar la vertiente formal de la contabilidad, prestando especial atención a los aspectos de registro y llevanza de los libros y medio de prueba de derechos y obligaciones del comerciante frente a quienes se relacionaban directamente con él. Como consecuencia de esta preeminencia de lo formal en nuestra regulación mercantil, se olvidaba de manera prácticamente total la vertiente sustantiva de la regulación de la información financiera, es decir, la llamada a ordenar los principios contables con cuyo apoyo se confeccionan los estados financieros, aspectos casi ausentes en el Código de Comercio y claramente insuficientes en las pretéritas leyes especiales.

Tras las sucesivas reformas y siguiendo los criterios contenidos en las Directivas comunitarias, puede decirse ya que nuestro Derecho contable es mucho más

¹³⁴ *Vid.*, sobre el deber de contabilidad, LÁZARO SÁNCHEZ, MIGUEL JESÚS “*La contabilidad como obligación profesional del empresario*” en ANALES DE DERECHO, Universidad de Murcia, número 12 1994.

sustantivo que formal en la medida en que se contemplan de manera extensa cuestiones tales como unos adecuados objetivos para la información financiera, con especial objetivo en la consecución de la imagen fiel, complementados con el principio de preeminencia del fondo sobre la forma como técnica jurídica adecuada para alcanzarlo. Incorporado el Plan General de Contabilidad al conjunto de disposiciones mercantiles, una buena parte de aquellas cuestiones sustantivas se articulan y desarrollan mediante esta norma de la que, en consecuencia, puede predicarse que se orienta a la protección de los intereses públicos y privados de terceros tutelados por el Derecho contable por medio de la información financiera.

El conjunto de principios contables y el elenco de normas de registro y valoración previstas tanto en el Plan General de Contabilidad como en las Normas Internacionales de Información Financiera, interpretado todo ello por las notas emitidas por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, conforman los instrumentos jurídicos sobre los que se sostiene la razón de ser esencial del Derecho contable: la capacidad de mostrar una imagen veraz, “Imagen fiel”, de la situación patrimonial, financiera y de resultado de la empresa.

Aspectos formales.

Como complemento a la aplicación del Derecho Contable sustantivo, se solapan diversas obligaciones de carácter formal. Más allá de las cuestiones relativas al contenido y estructura de las cuentas anuales, en el Derecho Contable se prevé la preceptiva llevanza de registros sistemáticos que permitan contrastar los registros contables sobre los que se formulan los estados financieros: los libros. Asimismo, se establecen requisitos formales respecto a los soportes documentales que justifican los registros contables.

i. Libros obligatorios.

Los libros de contabilidad son el soporte físico documental en el que se reflejan, mediante un lenguaje técnico específico, de forma organizada y con una predeterminada sistemática, los hechos con trascendencia económica en los que haya incurrido la empresa a lo largo de un período de tiempo concreto. A partir de los asientos contables se elabora, mediante técnicas de agregación, la información económico-financiera, sintetizada fundamentalmente en las cuentas anuales.

Los libros de contabilidad cuya llevanza se establece con carácter obligatorio en España para todo empresario, son el libro Diario y el libro de Inventarios y Cuentas anuales. En España, los libros obligatorios han de presentarse en el Registro Mercantil del domicilio de la sociedad a los efectos de que se practique en los mismos su legalización, consistente en la inclusión de una diligencia por la que quedará constancia pública de la fecha en que los asientos contables de un determinado ejercicio estaban ya registrados.

Por su parte, en cuanto al plazo durante el cual la empresa debe conservar tanto los libros de carácter contable (Diario, Inventarios y Cuentas anuales) y, en su caso, los societarios (de actas, de registro de acciones nominativas y de socios), así como la documentación y justificantes que soportan las anotaciones registradas en dichos documentos, es de seis años a partir de la fecha de la última anotación realizada (CCo 1885 art. 30). Sin embargo, esta acotación temporal del legislador mercantil se solapa con la norma tributaria, que obliga a mantener los libros de contabilidad y los soportes documentales que justifican las anotaciones practicadas en ellos, al menos durante el período en que subsiste el derecho de la Administración a liquidar la deuda tributaria (LGT art. 66 y ss)¹³⁵. De este modo, siendo el plazo de prescripción tributaria de cuatro

¹³⁵ Para más abundamiento acerca de la preceptiva extensión por causas tributarias, del plazo de seis años que establece el CCo, art. 66 bis, LGT "2. *El derecho de la Administración para iniciar el procedimiento de comprobación de las bases o cuotas compensadas o pendientes de compensación o de deducciones aplicadas o pendientes de aplicación, prescribirá a los diez años a contar desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo reglamentario establecido para presentar la declaración o*

años, empezándose a contar desde el día en que finalice el plazo reglamentario para presentar la correspondiente declaración salvo interrupción del período de prescripción, en cuyo caso comienza un nuevo cómputo del plazo de prescripción, concluimos que el plazo de conservación obligatoria puede superar el plazo de 6 años de conservación previsto por el CCo.

ii. Soportes justificativos de los registros contables.

En lo que se refiere a los preceptivos soportes documentales, el CCo 1885 se limita a señalar la obligación del empresario de conservar los documentos y justificantes concernientes a su actividad durante el mismo periodo de seis años al que nos referíamos respecto a la custodia de los libros obligatorios. Cada uno de los asientos de las operaciones anotadas en el libro diario, y cada una de las anotaciones en los registros auxiliares, debe de estar amparada por un documento que lo justifique: las copias de las facturas expedidas, las facturas recibidas, recibos de salarios, depreciación del activo no corriente, justificantes de operaciones bancarias, etc.

No obstante, podría suceder que, por circunstancias diversas, la empresa carezca de soporte documental preciso de una concreta operación, por extravío, destrucción o imposibilidad material de justificarla. En estos supuestos, en lo referido a la contabilización del hecho económico prevalecería la realidad de la operación sobre la formalidad de su falta de justificante si por medios indirectos pudiese determinarse la realidad de los hechos (por ejemplo, la falta de una factura recibida, pero con constancia del pago realizado)¹³⁶. Cosa distinta ocurre con la fiscalidad de las

autoliquidación correspondiente al ejercicio o periodo impositivo en que se generó el derecho a compensar dichas bases o cuotas o a aplicar dichas deducciones."

¹³⁶ El ICAC ha indicado, con relación al Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, aprobado por el Real Decreto 1496/2003 de 28 de noviembre, que establece la obligación de expedir una factura o documento sustitutivo rectificativo, que el mismo carece de incidencia desde una perspectiva estrictamente contable. Es decir, con independencia de las nuevas obligaciones formales impuestas por el citado Reglamento, tanto el emisor como el receptor de la factura o documento sustitutivo rectificativo, deberán seguir contabilizando las operaciones que hayan motivado su expedición, aplicando los criterios incluidos en el PGC (ICAC consulta núm. 1, BOICAC núm. 59 septiembre 2004).

operaciones, en la que en numerosas ocasiones la falta del documento mercantil preceptivo (la factura recibida, por ejemplo), determina la no deducibilidad, en su caso, del gasto o del impuesto indirecto soportado.

Una vez analizado sucintamente el régimen de obligaciones sustantivas y formales de la contabilidad, en relación a su incidencia en el precepto concursal analizado podemos extraer la síntesis siguiente. Las obligaciones relacionadas con la formulación, verificación, aprobación y depósito registral de las cuentas anuales quedan excluidas de su toma en consideración por el art. 164.2.1º LC por su incardinación en el art. 165 LC como presunción de culpabilidad que sí admite prueba en contrario. A los efectos de su incardinación en el art. 164.2.1º LC, deberíamos considerar exclusivamente las obligaciones referidas a la aplicación de las reglas de valoración y registro en tanto que normas de derecho sustantivo para la redacción de las Cuentas Anuales, así como las obligaciones formales relativas al contenido y modo de llevanza de los libros contables obligatorios.

1.1.5.- La eficacia probatoria y el secreto de la contabilidad.

Relacionado con la calificación del concurso por causas contables, resulta de interés investigador analizar la implicación que pueda ostentar la contabilidad como medio de prueba. De igual modo, resulta oportuno abordar en qué medida determinada información contable resulta privada y que por consiguiente no todo agente económico haya podido tener acceso a ella; circunstancia que podría comportar que eventuales incumplimientos contables no hayan podido influir en la percepción informativa acerca del deudor insolvente.

Analicemos ambas cuestiones para subsumirlas en los siguientes capítulos en el estudio del precepto concursal.

Eficacia jurídica como medio de prueba.

El Código de Comercio, al remitirse a las reglas generales del Derecho en relación a la apreciación de las pruebas, establece un sistema de libre apreciación por los Tribunales tanto de los datos individuales consignados en los asientos contables (en el libro diario), como de los estados financieros que sintetizan la información: los balances de comprobación periódicos (el libro de inventarios y cuentas) y las cuentas anuales. Los libros obligatorios se equiparan, a los efectos probatorios, con cualquier otro registro contable consignado en los libros auxiliares o a los propios soportes justificativos. Ello es así debido a que la libertad de juicio en la apreciación de las pruebas configura el conjunto documental contable como una unidad a efectos de eficacia probatoria en un procedimiento judicial.

La contabilidad de la empresa se interpreta como conjunto documental unitario entre los documentos privados especializados que gozan de presunción de veracidad de carácter *iuris tantum*. De este modo, la plena eficacia probatoria de la contabilidad debe de apreciarse en su justo término, considerando la fuerza de otras posibles pruebas que, en su caso, contradigan las conclusiones que se puedan deducir de su aplicación automática. Asimismo, resulta de aplicación el art. 1228 CC, de tal modo que se acoge el principio probatorio civil en virtud del cual quien pretenda obtener ventaja de los documentos contables en lo que le favorezcan, ha de admitirlos en lo que le perjudiquen.

El hecho de que la contabilidad sea considerada como un conjunto documental unitario, relacionado con el derecho a preservar el secreto de determinada información contable, alcanza gran relevancia en cuanto a la interpretación del art. 164.2.1º LC en lo relativo al incumplimiento sustancial del deber de contabilidad. En la medida que determinados documentos contables de obligada formulación resultan exigibles en más de un soporte; por ejemplo, la memoria debe incluirse en las cuentas anuales que se depositan en el Registro Mercantil (información pública) y se deben

incluir también como parte integrante del Libro de Inventarios y Cuentas Anuales (información privada), permite cuestionarse hasta qué punto la no inclusión de ésta en los libros obligatorios solapada con su adecuada inclusión en las cuentas anuales depositadas, debe considerarse un incumplimiento sustancial del deber de contabilidad o si de lo contrario, hallando el documento en el soporte público carece de relevancia su falta en el documento privado a los efectos de poder conocer la verdadera situación patrimonial de la empresa.

En cuanto a la naturaleza jurídica de los documentos contables, los libros de contabilidad y la documentación complementaria que soportan los registros, ostentan la consideración de documentos privados especializados. En relación a su contenido, tanto el asiento contable como expresión informativa esencial, como los restantes registros informativos como lo puede ser la memoria, admiten la posibilidad de una calificación jurídica alternativa: la de declaración de conocimiento, tanto porque la información contable trasciende un objetivo puramente procesal, como por su carácter obligatorio.

En la práctica forense, la prueba documental contable está estrechamente unida a la pericial contable, solicitando de los profesionales independientes un pronunciamiento mediante informes o certificaciones desde una doble perspectiva: en primer lugar como mecanismo de contrastación, verificando que las cuentas anuales se han elaborado respetando los principios y normas de registro y valoración de aplicación obligatoria o que determinados registros responden a operaciones reales que están debidamente asentadas y que existen los justificantes precisos para soportar las anotaciones practicadas en los libros. En segundo lugar, como método de explicación, trasladando al lenguaje común el lenguaje técnico contable, facilitando la interpretación de los estados contables y anticipando las pertinentes conclusiones.

En el supuesto concreto de la eficacia jurídica probatoria de la contabilidad en el ámbito tributario, al quedar catalogada como documento privado y en su sustancia o

contenido como manifestación de conocimiento, la norma especial nos remite a las normas del Derecho común¹³⁷. Si los datos consignados en las declaraciones tributarias son los que constan o se deducen de los libros y registros contables del sujeto pasivo, la presunción legal de certeza que ampara a dichas declaraciones proyecta sus efectos a favor de dichos libros y registros, ya que la actuación de los obligados tributarios se presume realizada de buena fe. En ese caso, la determinación de la culpabilidad del infractor en la comisión de la infracción tributaria, con la consiguiente destrucción de la presunción de certeza de tales datos, es preciso efectuarla mediante prueba en contrario por parte del preceptivo órgano administrativo¹³⁸.

De forma análoga en lo relativo a la calificación del concurso por causas contables, la presunción de veracidad de los registros contables nos lleva a determinar que la carga de la prueba la ostentará quien quiera acreditar en sede judicial que la información contable suministrada por el deudor difiere del reflejo fiel de los hechos económicos.

El secreto de la contabilidad y sus limitaciones.

En la actual regulación del Código de Comercio, art. 32.1, la contabilidad de las empresas mantiene el carácter de secreta, entendida como una protección legal general para impedir su publicidad, en cuanto susceptible de facilitar a terceros informaciones que puedan potenciar posibles ventajas frente al empresario que emite la información contable (por competencia comercial o de posición contractual, por ejemplo). Sin embargo, la eficacia de tal protección general está limitada por otras normas legales que asumen la protección de otros intereses legítimos: normas

¹³⁷ LGT art. 106 y 108; CC art. 1225 y 1227 a 1230; y LEC 2000 art. 324 a 327.

¹³⁸ La obligación de exhibir la contabilidad por el empresario a requerimiento de la Inspección de los Tributos viene establecida a efectos de comprobación e investigación de las declaraciones tributarias, para lo que se prevé el examen de documentos, libros, ficheros, facturas, justificantes y asientos de la contabilidad principal o auxiliar del sujeto pasivo, de la forma que resulte menos gravosa para éste. (LGT art. 29, 106 y 142; RD 1065/2007 Reglamento de Inspección, art. 173, 174.2 y 182.2).

tributarias o laborales de entre otras. Observamos de este modo que el legislador conjuga la preservación de dos derechos, el del secreto para evitar publicidad de ventajas comerciales con el de la publicidad de las cuentas anuales para preservar la información que facilita la transparencia del mercado. En virtud de las normas vigentes al respecto se logra preservar la convivencia de ambos derechos.

Del preceptivo contenido que debe incluirse en las cuentas anuales, nada hace pensar que deba darse publicidad a datos comerciales, contractuales, o de cualquier naturaleza que pudiese someter a la empresa que publica sus cuentas a una desventaja competitiva derivada de tal situación. Queda protegida por el secreto de la contabilidad, la información detallada en la que sí que constan nombres de clientes, volumen de operaciones con éstos, proveedores, etc. Información que sí que se consigna en los libros de contabilidad sobre los que no se publica su contenido. Sin embargo, existen diversas situaciones que se presentan como restricciones al respecto de la privacidad de los datos contables, de tal modo que en determinados casos se prevé la preceptiva comunicación y exhibición de la contabilidad.

En lo que se refiere a las restricciones, se establecen como las de mayor importancia, las que se prevén para la protección de los socios en el caso de las sociedades de capital, ponderando el derecho al secreto de la contabilidad con el de la información a este colectivo. Esta ruptura del secreto de la contabilidad para las sociedades de capital se concreta en dos supuestos: la exigencia de verificación mediante auditoría de las cuentas anuales de las sociedades que no puedan presentar balance abreviado, o cuando soliciten la auditoría accionistas o socios que representen un porcentaje del capital de, al menos el 5% en España; y la obligación de poner también a disposición de los accionistas o de los socios las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado, desde el momento en que se convoque la Junta para su aprobación, dejando constancia expresa en la convocatoria del derecho que los asiste de obtener dichos documentos de síntesis de forma gratuita. En el caso concreto de las sociedades de responsabilidad limitada en España,

se regula expresamente el derecho de cualquier socio o socios que ostenten una participación en el capital social igual o superior al 5%, a examinar en el domicilio social las cuentas anuales y cuantos documentos sirvan de soporte a las mismas, pudiendo acudir con un experto contable si así lo considera necesario, a partir de la convocatoria de la Junta General en la que vayan a ser aprobadas las cuentas (LSC art. 272.3).

En cuanto a la comunicación de la contabilidad (CCo 1885 art. 32.2), consiste ésta en su examen completo, incluyendo los libros obligatorios, los registros auxiliares, y todos los demás documentos y justificantes de naturaleza contable. Sólo puede ser decretada por un órgano judicial, de oficio o a instancia de parte, en los supuestos tasados que, con el carácter de catálogo cerrado, enumera la propia norma legal.

No obstante, la pertinencia de la comunicación de la contabilidad también es viable en las siguientes situaciones:

- Sucesión universal de la empresa. Limitado este supuesto a la sucesión del patrimonio empresarial, como conjunto complejo de bienes, derechos y obligaciones, exigiéndose la condición de empresario persona física, aunque puede bastar la posición de socio colectivo en las sociedades que no limitan la responsabilidad de los socios.
- Situaciones concursales. Si el deudor solicita declaración de concurso, debe acompañar a dicha solicitud las cuentas anuales de los tres últimos años y, si fuera pertinente, el informe de gestión y el de auditoría. Pero si el deudor manifiesta oposición a la declaración del concurso, el juez, si el deudor estuviera obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, obligará a éste a la presentación de los libros contables de llevanza obligatoria (LC art. 18.2).
- Liquidación de sociedades. Los intereses de acreedores y socios, en este orden, resultan protegibles en este proceso mediante la revisión general de la contabilidad de la empresa en proceso de liquidación o ya liquidada.

- Expediente de regulación de empleo promovido por la empresa. La comunicación a la autoridad laboral y a los representantes legales de los trabajadores debe ir acompañada de toda la documentación necesaria para acreditar las causas motivadoras del expediente y la justificación de las medidas a adoptar, entre las cuales se pueden solicitar la comunicación de la contabilidad de la empresa (normalmente mediante la auditoría de sus cuentas anuales o informe de experto contable), tanto por los trabajadores o sus representantes legales (sindicatos y comité de empresa) como por la propia autoridad laboral competente (Ministerio de Trabajo).
- En los trabajos de auditoría. El auditor de cuentas dispondrá de acceso a la contabilidad de la sociedad para el ejercicio de sus funciones.
- La inspección de los tributos. Tanto en los procesos de comprobación abreviada como en los propios de procedimientos de inspección, los órganos de la Administración competentes tendrán acceso a los documentos contables sobre los que se radica la formulación de las cuentas anuales y que, a su vez, hayan servido como punto de partida para el cálculo de cuotas tributarias.

El derecho de comunicación se complementa con el de la “exhibición de la contabilidad” (CCo 1885 art. 32.3). Ésta, constituye un examen limitado de la contabilidad y documentos de los empresarios, con un alcance menor que la comunicación. Debe decretarse también judicialmente, de oficio o a instancia de parte. El examen o reconocimiento de los libros y documentos autorizado por el órgano judicial, debe circunscribirse en la exhibición sólo a aquellas cuestiones relacionadas con el asunto de que se trate. Los supuestos de hecho que pueden provocar la providencia judicial autorizando o instando la exhibición de la contabilidad de una empresa configuran un catálogo mucho más amplio, indeterminado y abierto que el previsto para la revisión general o comunicación, bastando que la empresa tenga interés o responsabilidad en el asunto.

El art. 33 CCo 1885 establece una serie de medidas para la buena práctica del

examen total o parcial de la contabilidad. Éstas, tienden a garantizar que la ruptura del secreto de la contabilidad del empresario se limite a lo estrictamente indispensable en los más o menos estrictos términos previstos por el órgano judicial que la ha decretado. Dichas medidas son: la exigencia de que el examen de la contabilidad de la empresa, tanto si se trata de un reconocimiento total como si es parcial, se efectúe en el establecimiento de ésta; se faculta al empresario y al representante que éste designe a estar presente en las labores de examen y revisión que caracterizan el reconocimiento tanto total como parcial de su contabilidad; se obliga a adoptar las medidas precisas para la adecuada conservación y custodia de los libros y documentos objeto de examen que, lógicamente, corren de cuenta de quienes lo lleven a cabo; y se autoriza a la persona o personas a cuyo favor se decreta la comunicación o exhibición de la contabilidad para que se sirvan en las tareas de examen de la misma de auxiliares técnicos, en la forma y número que el órgano judicial considere convenientes para llevar a cabo adecuadamente la tarea a desarrollar.

Una vez analizado brevemente el alcance del secreto de la contabilidad así como la consideración de ésta como medio de prueba, resulta oportuno subsumir ambas circunstancias en la interpretación del art. 164.2.1º LC. Si bien su estudio se incluirá en los subsiguientes capítulos que analizan los elementos fácticos incluidos en el precepto, resulta pertinente, con carácter introductorio, llevar a cabo una reseña relativa a determinada dualidad de destinatarios de la información contable en los supuestos de situación concursal relacionado con su implicación con el secreto de la contabilidad.

De la dualidad de destinatarios de la contabilidad en sede concursal.

Podemos llevar a cabo una segmentación entre dos grupos de destinatarios de la contabilidad ante situaciones concursales y a los que les resulta de aplicación el secreto de la contabilidad de forma asimétrica. Dicha circunstancia sugiere que deba

interpretarse de forma diferenciada la inclusión de los hechos en los supuestos del precepto concursal. Los dos grupos de destinatarios son:

- Los agentes económicos que hayan podido valerse de la información contable pública para la toma de sus decisiones de inversión o financiación, y por consiguiente susceptibles de haber sufrido algún perjuicio por eventuales incorrecciones contables.
- La Administración Concursal y el Ministerio Fiscal, que accederá a la contabilidad *ex post* sin restricción alguna y cuya evaluación servirá como antecedente para la consideración de la posible culpabilidad concursal a la luz del art. 164.2.1º LC.

Si bien a primera vista puede parecer que ambos grupos de destinatarios alcanzan sus conclusiones con base en la misma información contable, lo cierto es que esto no es así precisamente por la condición de secreta que ostenta la contabilidad para los clientes, proveedores o entidades financieras entre otros. Habida cuenta dicha circunstancia, en el análisis del precepto concursal pueden emerger interrogantes derivados de la interpretación finalista del precepto. Podemos cuestionarnos en qué medida un libro Diario, secreto, llevado de forma manifiestamente irregular puede suponer una irregularidad contable que impida conocer la verdadera situación patrimonial del deudor a los ojos de acreedores si, finalmente, no se traslada a las cuentas anuales tal irregularidad; o en qué medida un libro Diario llevado de forma tardía e irregular, aunque finalmente debidamente cumplimentado, puede considerarse un incumplimiento sustancial del deber de contabilidad si en el momento de ser analizado por la Administración Concursal o el Ministerio Fiscal ya se halla correctamente completado y estos pueden conocer la verdadera situación patrimonial del deudor.

Al respecto de la incidencia del secreto de la contabilidad en la calificación del concurso hallamos jurisprudencia que reconoce la doble faz consecuencia de la

dualidad de destinatarios¹³⁹. En relación a la jurisprudencia citada hallamos doctrina interpretativa a la que entendemos cabe adherirse, que corrobora la valoración asimétrica de la irregularidad o incumplimiento contable en función de su afectación a los distintos destinatarios de la contabilidad¹⁴⁰.

En los correspondientes apartados abordaremos las reflexiones planteadas, incardinadas en la interpretación de los supuestos incluidos en el art. 164.2.1º LC.

1.1.6.- El informe de gestión.

El informe de gestión resulta preceptivo para determinadas sociedades de capital¹⁴¹. Si bien su obligatoriedad se halla incluida en el Título VII “Cuentas anuales” de la Ley de Sociedades de Capital, este documento no forma parte integrante de las mismas. Sin embargo, por el preceptivo contenido que debe incluir, a los efectos de este trabajo, resulta necesario determinar si debe de considerarse un documento de naturaleza contable y, en su caso, determinar si la información que debe incluir cabe considerarla sustancial y relevante.

Una primera aproximación al estudio de la naturaleza del informe de gestión la hallamos en el hecho de que el Código de Comercio, en los preceptos dedicados a establecer las obligaciones de carácter contable (*Título III, de la contabilidad de los empresarios*), no hace mención alguna a este documento; se establece la obligatoriedad de formular cuentas anuales, la determinación de los libros contables

¹³⁹ SAP de Madrid, sec. 28ª de enero de 2009, SJM núm. 1 de Oviedo de 29 de julio de 2011, SJM núm. 5 de Madrid de 2 de febrero de 2010, o SAP de Madrid, sec. 28ª de 5 de febrero de 2008.

¹⁴⁰ MUÑOZ PAREDES, ALFONSO. *Tratado Judicial de la Insolvencia* Tomo II, (Pedro Prendes y Alfonso Muñoz, Dir.), Editorial Aranzadi, S.A. 2012, en p. 627 remarca la interpretación realizada en la SJM núm. 1 de Oviedo de 29 de julio de 2011: “En suma, si esa comprensión va referida a la administración concursal es obvio que puede cometerse tanto en la contabilidad como en las cuentas anuales, pues tanto a una como a otras tiene acceso el órgano concursal. Empero, si la comprensión o, más bien, la falta de comprensión, va referida a los acreedores, la irregularidad ha de tener necesariamente lugar en las cuentas anuales, pues el carácter secreto de la contabilidad (art. 32 CCo) impide que terceros accedan a su contenido”.

¹⁴¹ La LSC, en su art. 262 establece la obligatoriedad de formular el informe de gestión para todas aquellas sociedades que no puedan formular balance abreviado.

obligatorios, incluso la preceptiva llevanza del libro de actas de dudosa consideración contable, pero ninguna mención se hace al informe de gestión¹⁴². Dicha circunstancia podría sugerir que más allá de ser considerado un documento societario, cabría excluirle la naturaleza contable. Sin embargo, lo cierto es que, para determinar la naturaleza del mismo, resulta necesario analizar su contenido.

Tal y como dispone el art. 262 LSC, el informe de gestión tiene por objeto, sucintamente explicado, exponer fielmente la evolución de los negocios y la situación de la sociedad, la descripción de los riesgos e incertidumbres a los que se enfrenta, incluyendo, cuando sea necesario, indicadores clave que sean pertinentes respecto a la actividad empresarial, de igual modo que, si procede, se incluirán referencias y explicaciones complementarias sobre los importes detallados en las cuentas anuales.

Analizando el preceptivo contenido del informe, puede decirse que los datos económicos esenciales a los que debe hacer referencia, ya hallan cabida en las cuentas anuales; bien sea directamente consignados en el balance o la cuenta de pérdidas y ganancias, o en la memoria cuando por su relevancia sea necesario para permitir la consecución del objetivo de imagen fiel. Es más, cuando deba hacerse mención a hechos económicos futuros, esto es, acontecimientos posteriores al cierre o circunstancias que puedan comprometer el principio de empresa en funcionamiento, también debe hacerse mención a estas circunstancias en la memoria. Por consiguiente, parece plausible afirmar que el contenido del informe de gestión viene a complementar la información que debe consignarse en las cuentas anuales, analizada y comentada por el propio órgano de administración.

Siendo así, el informe de gestión se presenta como un análisis de la información consignada en las cuentas anuales, vertido por el propio autor de las mismas. Información que, por su naturaleza, es susceptible de ostentar un cierto grado de

¹⁴² El CCo 1885 sí que hace una mención tangencial al informe de gestión al referirse al régimen de obligaciones relativas a los grupos de sociedades, estableciendo como preceptivo que el informe de gestión sea formulado también en lo concerniente al perímetro del grupo (art. 42 y ss CCo 1885).

subjetividad; circunstancia que, no pasando desapercibida por el legislador, comporta que su rigor y consistencia con las cuentas anuales sea verificado por el auditor de cuentas.

En cualquier caso, un informe de gestión debidamente formulado sí cabe entender que permite ilustrar de forma más exhaustiva la información contable consignada en las cuentas anuales, facilitando su análisis y comprensión; motivo por lo que cabe otorgar a este documento la naturaleza contable. Sin embargo, cosa distinta es dotar de sustancialidad al mismo y subsumirlo en el precepto concursal.

Tal y como se ha expuesto, el contenido del informe ostenta un carácter complementario. Por consiguiente, toda aquella información que pueda influir en la percepción de solvencia de la empresa, aun mostrándose en el informe de gestión, debería quedar también recogida en las cuentas anuales (cuanto menos en la memoria).

De este modo, cabe entender que este documento, por su carácter complementario, no debe entenderse como un elemento sustancial de la información económica, patrimonial y financiera del deudor concursado. Motivo por lo que cabe excluirlo del alcance interpretativo del art. 164.2.1º LC. En concreto, en lo referido al *incumplimiento sustancial del deber de contabilidad*, ha de tomarse en consideración que la falta de formulación del informe, resultando preceptivo, es causa de calificación negativa del depósito de las cuentas anuales. Por consiguiente, ante tal eventualidad, al no haber podido quedar publicadas éstas, nos hallaríamos ante el presupuesto objetivo del art. 165.1.3º LC, no del art. 164.2.1º LC. En cuanto a que el contenido consignado en el informe, debidamente depositado, quebrante el mandato legal, si bien nos podríamos hallar ante una irregularidad contable, por la naturaleza complementaria antes alegada, no resultaría ésta relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera.

1.2.- La “imagen fiel” como objetivo.

La pretensión de que un sistema de información contable sea capaz de mostrar, con determinada fidelidad, la realidad económica, patrimonial y financiera de una empresa, cabe entenderlo como un hecho consustancial e implícito en la propia exigencia de la llevanza de contabilidad. No obstante, la evolución de los instrumentos informativos caracterizados por una creciente exigencia de requisitos formales para poder acompañar la información contable a la progresiva complejidad económica, fue haciendo necesario incluir como exigencia legal, *de lege lata*, la finalidad última de que la información ofreciese una representación veraz de la situación económica.

Dicho objetivo, establecido de forma explícita en norma jurídica, lo hallamos ya regulado en España en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, por la que en el artículo 102.II se prescribía que las cuentas anuales debían representar con exactitud la situación económica de la sociedad. Más allá de la crítica que pueda realizarse al llamamiento a la “exactitud” por poderse interpretar como una pretensión desmesurada¹⁴³, lo cierto es que representa de forma clara la voluntad del legislador histórico español de mostrar el fin último de los instrumentos que integran el sistema contable.

Tal exigencia de veracidad, en el ámbito europeo, era ya en la primera mitad del siglo XX extensible a otros sistemas jurídicos: a saber, el sistema alemán e inglés como sistemas de referencia¹⁴⁴ para la elaboración de la Cuarta Directiva de la UE, de 25 de julio de 1978. Ambos sistemas, aun divergentes en la conformación de sus principios informadores, de tradición legalista el alemán y el inglés menos proclive al positivismo heredero del *common law*, coinciden ambos en dotar a sus ordenamientos con mandatos de veracidad referidos a sus sistemas de información contable.

¹⁴³ En estos términos GONDRA ROMERO, JOSÉ MARÍA. *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena. Significado y función del principio de imagen fiel (True and fair view) en el sistema del nuevo Derecho de Balances*. Editorial Civitas, S.A. 1991., p. 587.

¹⁴⁴ Así, GONDRA, J.M^a., *op. cit.*

En Alemania, ya en la “*Aktiengesetz*”¹⁴⁵ de 1937 se hacía referencia a la exigencia de veracidad en los términos de “*klar und übersichtlich*” (claro y conciso), o “*einem möglichst sicheren Einblick in die Lage der Gesellschaft*” (visión, lo más segura posible, de la situación de la Sociedad)¹⁴⁶.

En el Reino Unido, será en la *Companies Act* de 1948 donde se acuñará por primera vez por recomendación del informe del Comité COHEN¹⁴⁷, la expresión “*True and fair view*”¹⁴⁸ para referirse a la capacidad de mostrar una imagen verdadera y razonable por parte de los instrumentos contables. Tendrá sus antecedentes en la *Companies Clauses Act* de 1845 donde se utilizaba el término “*full and fair*” y “*full and true*”, pasando posteriormente a utilizarse la expresión “*true and correct view of the state of the company’s affairs*” en *Companies Act* de 1879. Tras ser trasladada a CA 1948, posteriormente, por medio de su adopción por los Estados miembros, resultará vinculante en los ordenamientos de la Unión Europea, “*True and fair view*”: nuestra “Imagen Fiel”.

La acuñación utilizada en el Derecho inglés “*True and fair view*” será la adoptada en el Derecho de la Unión Europea, en la Cuarta Directiva, a la hora de regular las cuentas

¹⁴⁵ Cuerpo normativo análogo a nuestra Ley de Sociedades Anónimas.

¹⁴⁶ Información acerca de los preceptos alemanes, obtenida de GONDRA, J.M^a. *op. cit.*

¹⁴⁷ COHEN, JUSTICE. *Report of The Committee on Company Law Amendment, 1945*. Texto íntegro en http://www.takeovers.gov.au/content/resources/other_resources/cohen_committee.aspx:

“*We recommend that: -*

Section 124 (i) be amended so as to provide that the balance she shall give a true and fair view of the state of affairs of the company; that for this purpose it shall classify under headings appropriate to the business of the company the share capital, reserves, provisions, liabilities and asset of the company, shall distinguish between the amounts respectively of the fixed and of the current assets and shall state how the amounts at which the fixed assets are stated have been arrived at.”

También citado por DIGMAN, ALAN AND LOWRY, JOHN. *Company Law. Oxford University Press 7th ed., 2012, p. 225 y ss.*

¹⁴⁸ En CA 1948:

“*149 General provisions as to contents and form of aCCounts*

(1) Every balance sheet of a company shall give a true and fair view of the state of affairs of the company as at the end of its financial year, and every profit and loss aCCount of a company shall give a true and fair view of the profit or loss of the company for the financial year.”

Invocándose la expresión en la actualidad en CA 2006:

“*393*

ACCcounts to give true and fair view

(1)The directors of a company must not approve aCCcounts for the purposes of this Chapter unless they are satisfied that they give a true and fair view of the assets, liabilities, financial position and profit or loss.”

anuales, de tal forma que en su artículo 2.3 establece, una vez traducido al español, que *“Las cuentas anuales deberán dar una imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad”*. Vemos de este modo, que si bien de una traducción literal de la expresión inglesa podrían desprenderse una diversidad de términos que expresasen análogas finalidades, el legislador español optará por el término “Imagen Fiel” tal y como lo había hecho ya anteriormente el ordenamiento francés al adoptar la expresión *“Image fidèle”*¹⁴⁹. La traducción de la expresión francesa será la que se incorporará en nuestro ordenamiento procedente de la UE mediante la transposición de la norma comunitaria con su inclusión en la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, art. 172.2, en el Código de Comercio, art. 34.2; y en el Plan General de Contabilidad aprobado por el RD 1643/1990; término que subsistirá en las sucesivas regulaciones, haciéndose extensible a la vigente Ley de Sociedades de Capital y el actual PGC.

De este modo, en la actualidad, persiste la expresión “Imagen Fiel” que la hallamos incardinada en nuestro ordenamiento en los siguientes términos:

Código de Comercio:

“

Art. 34

...

2. *Las cuentas anuales deben redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales. A tal efecto, en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica.*

3. *Cuando la aplicación de las disposiciones legales no sea suficiente para mostrar la imagen fiel, se suministrarán en la memoria las informaciones complementarias precisas para alcanzar ese resultado.*

4. *En casos excepcionales, si la aplicación de una disposición legal en materia de contabilidad fuera incompatible con la imagen fiel que deben proporcionar las cuentas anuales, tal disposición no será*

¹⁴⁹ CAÑIBANO, LEANDRO. “El concepto de imagen fiel y su aplicación en España”, en *Partida Doble*, ejemplar nº 178, 2006, p. 10-17.

aplicable. En estos casos, en la memoria deberá señalarse esa falta de aplicación, motivarse suficientemente y explicarse su influencia sobre el patrimonio, la situación financiera y los resultados de la empresa.

...

“

Ley de Sociedades de Capital (RDL 1/2010, de 2 de julio).

“

Art. 254 Contenido de las cuentas anuales.

...

1. Las cuentas anuales comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria.

2. Estos documentos, que forman una unidad, deberán ser redactados con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, de conformidad con esta ley y con lo previsto en el Código de Comercio.

3. La estructura y contenido de los documentos que integran las cuentas anuales se ajustará a los modelos aprobados reglamentariamente.

...

“

Plan General de Contabilidad (RD 1514/2007 y RD 1515/2007, de 16 de noviembre).

“

Primera Parte

Marco conceptual de la contabilidad

...

Las cuentas anuales deben redactarse con claridad, de forma que la información suministrada sea comprensible y útil para los usuarios al tomar sus decisiones económicas, debiendo mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales.

La aplicación sistemática y regular de los requisitos, principios y criterios contables incluidos en los apartados siguientes deberá conducir a que las cuentas anuales muestren la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa. A tal efecto, en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica.

Cuando se considere que el cumplimiento de los requisitos, principios y criterios contables incluidos en este Plan General de Contabilidad no sea suficiente para mostrar la mencionada imagen fiel, se suministrarán en la memoria las informaciones complementarias precisas para alcanzar este

objetivo.

En aquellos casos excepcionales en los que dicho cumplimiento fuera incompatible con la imagen fiel que deben proporcionar las cuentas anuales, se considerará improcedente dicha aplicación. En tales casos, en la memoria se motivará suficientemente esta circunstancia y se explicará su influencia sobre el patrimonio, la situación financiera y los resultados de la empresa.

...

“

Reglamento de la Ley de auditoría de cuentas (Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre)

“

Artículo 4. Definición de auditoría de cuentas anuales.

1. La auditoría de las cuentas anuales consistirá en revisar y verificar a efectos de dictaminar si dichas cuentas expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera, del resultado de sus operaciones y, en su caso, de los flujos de efectivo de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación y, en particular, con los principios y criterios contables contenidos en el mismo.

...

“

A pesar de la remisión a la expresión “imagen fiel” que hallamos en la norma contable, el legislador concursal, a la hora de tipificar como una de las causas de culpabilidad concursal el quebrantamiento de las normas contables, no hace referencia en el art. 164.2.1º LC al incumplimiento de tal objetivo de veracidad, refiriéndose sin embargo al concepto de “irregularidad relevante”. Este término concursal abrirá un elenco de opiniones de tratadistas y de jurisprudencia concursal que dotarán de contenido el nuevo concepto jurídico indeterminado que se nos presenta: “*irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera*”.

A la luz de la relevancia que nuestro ordenamiento le dispensa al término “Imagen Fiel” es evidente que para establecer criterios fundamentados de evaluación de la calidad de la información contable resulta determinante la interpretación que se le dispense a la expresión. Relevancia interpretativa extensible a nuestro análisis del

precepto concursal como se irá viendo a lo largo de los sucesivos apartados.

De un análisis semántico del término “fiel” se aprecian dos acepciones¹⁵⁰: “*exacto, conforme a la verdad*” o “*Que tiene en sí las condiciones y circunstancias que pide el uso a que se destina*”. Teniendo en cuenta que la información contable, como veremos seguidamente, comporta la necesaria apreciación subjetiva de determinadas valoraciones, parece plausible relegar el uso de “exacto” en beneficio de la apreciación teleológica de no defraudar a las expectativas depositadas, en este caso, en la información económica, patrimonial y financiera que emana de la contabilidad.

Tal y como veremos en los siguientes apartados, diversas circunstancias impiden referirse a la imagen fiel en términos de exactitud absoluta, debiéndose de apreciar la consecución última de veracidad en función de valoraciones fácticas relativas.

La amplitud de supuestos que puede llegar a abarcar el término “fiel” nos permite aseverar que, con la expresión “Imagen Fiel” nos hallamos ante un concepto jurídico indeterminado que para su concreción deberá incardinarse en cada caso concreto al que se aplique¹⁵¹. Para la definición del término “concepto jurídico indeterminado” me remito a GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁵².

Derivado de la dificultad interpretativa inherente a la indeterminación de los

¹⁵⁰ *Diccionario de la lengua española (DRAE)*, edición 22.^a, publicada en 2001, consultada en <http://lema.rae.es/drae/?val=>, el día 4 de marzo de 2014.

¹⁵¹ Tal y como ocurre con la expresión “*irregularidad relevante para la comprensión de la situación patrimonial y financiera*” de la norma concursal.

¹⁵² “*la ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación.../... Pero al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas y contradictorias es claro que la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no la hay; o el precio es justo o no lo es; o se ha faltado a la probidad o no se ha faltado. Tertium non datur. Esto es lo esencial del concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una “unidad de solución justa” en cada caso.*” GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Editorial Civitas, 5^a edición 1981, p. 455.

términos, son diversas las definiciones del objetivo¹⁵³ de imagen fiel que hallamos en la doctrina. A saber:

*"...la representación clara y exacta por vía numérica de las realidades patrimoniales de la compañía."*¹⁵⁴

*"Se obtiene la imagen fiel si las cuentas anuales están completas, si se establecen conforme a las disposiciones legales y si el montante de los elementos que lo componen es el resultado de un juicio honesto, serio y razonable. En otros términos, las cuentas anuales han de expresar fielmente la situación financiera real de la unidad económica a que se refieren."*¹⁵⁵

*"El principio de <imagen fiel> se muestra, así, como un principio general, expresivo de un concepto jurídico indeterminado, que se proyecta, como un principio ordenador supremo sobre el propio sistema informativo configurado por el legislador europeo, cuya aplicación misma vendría subordinada a su congruencia con la valoración última que en aquel principio preeminente se contiene."*¹⁵⁶

Con respecto a la definición del término, resulta ilustrativa determinada opinión de la doctrina inglesa¹⁵⁷:

"Los tribunales nunca han intentado definir imagen fiel en el sentido de ofrecer una paráfrasis en otros idiomas y en nuestra opinión han sido prudentes al hacerlo. Cuando un concepto se puede expresar en palabras inglesas ordinarias, no creemos que ilumina su significado para tratar de enmarcar una definición".

La indeterminación del concepto jurídico nos permite conjugar diferentes alternativas conceptuales. Por su subjetividad, a la hora de determinar en sede judicial

¹⁵³ Nótese que en ocasiones al referirse a "Imagen Fiel" se cataloga el término como un "principio contable". Lo cierto es que no tratándose de un medio de conseguir determinado objetivo sino que se trata de la finalidad en sí mismo, parece plausible referirse al respecto como objetivo o finalidad para diferenciarlo de los principios contables que sí resultan ser la norma que debe regir en la aplicación del Derecho Contable (principio de prudencia, de devengo o de importancia relativa, entre otros).

¹⁵⁴ ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL. *Auditoría, aprobación, depósito y publicidad de las cuentas anuales*, Tomo VIII. Editorial Civitas 1993, p. 110.

¹⁵⁵ FERNÁNDEZ PEÑA, ENRIQUE. *Diccionario de auditoría*, SEMSA distribuciones 1989, p. 185.

¹⁵⁶ GONDRA, J.M^a., *op. cit.*, p. 576.

¹⁵⁷ HOFFMANN, LEONARD QC, *"Legal Opinion Obtained by ACCounting Standards Committee of True and Fair View, with particular reference to the role of aCCounting standards"*, 13 de Septiembre de 1983, artículo publicado en *Financial Reporting Council*, obtenido en el sitio web www.frc.org.uk, consultado el 22/11/14. Traducción propia.

si la información contable muestra “fielmente” la situación económica, patrimonial y financiera de una empresa, resulta inevitable que prevalezca la libre apreciación personal de los tribunales de instancia, refiriendo el concepto a una valoración objetiva según cada caso concreto en un lugar o momento determinado.

Remitiéndonos de nuevo al origen del término en el derecho inglés, se observa que la interpretación que se dispensa al término “*true and fair view*” está alineada con la idea que sea la apreciación judicial de los hechos la que determine si efectivamente se ha conseguido el objetivo final de veracidad¹⁵⁸.

Obsérvese que la doctrina anglosajona hace referencia a “*las razonables expectativas de los socios, de los acreedores, ...*”, subsumible en la acepción del término “fiel” a la que anteriormente nos referíamos: “*Que tiene en sí las condiciones y circunstancias que pide el uso a que se destina*”.

Como consecuencia del proceso de armonización contable europea, la adopción del término anglosajón como consecuencia de la transposición de la Directiva europea, se hará extensible al conjunto de Estados Miembros. Un ejemplo de ello será la adopción llevada a cabo por Francia o Alemania.

En Francia, hallamos en el vigente Código de Comercio la referencia a la Imagen Fiel en su artículo L124-14¹⁵⁹, incorporada en 1983, cuyo redactado actual podría

¹⁵⁸ GONDRA, J.M^a., *op. cit.*, p. 565 : “... siempre ha reinado un cierto consenso, tanto en los ambientes jurídicos como en los económicos, sobre las pautas generales interpretativas que guían su desenvolvimiento en la praxis judicial inglesa.”, “A este respecto se descarta que el concepto de *true and fair view* encierre una exigencia de veracidad entendida en términos absolutos.”, “Son las razonables expectativas de los socios, de los acreedores, de los inversores, en relación con la finalidad específica de las cuentas anuales y los modos habituales de confección y presentación de la información en ellas contenidas, las que deben tomarse en cuenta a la hora de enjuiciar la idoneidad de éstas para ofrecer una *true and fair view* del patrimonio, de los resultados y, en general, de los negocios de la Sociedad.”

¹⁵⁹ “Article L123-14

Les comptes annuels doivent être réguliers, sincères et donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise.

Lorsque l'application d'une prescription comptable ne suffit pas pour donner l'image fidèle mentionnée au présent article, des informations complémentaires doivent être fournies dans l'annexe.

traducirse en los siguientes términos:

Artículo L123-14

Las cuentas anuales serán regulares, verdaderas y darán una imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa.

Cuando la aplicación de una norma contable no baste para mostrar la imagen fiel a la que se refiere este artículo, deberán suministrarse informaciones complementarias en el anexo explicativo.

Si, excepcionalmente, la aplicación de una norma contable no resultara adecuada para mostrar una imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera o del resultado, deberá ser excluida. Esta eliminación tendrá que ser mencionada en el anexo explicativo y ser debidamente justificada, con las indicaciones correspondientes sobre su influencia en el patrimonio, la situación financiera y los resultados de la empresa.

Por su parte en el ordenamiento alemán, hallamos ya referencias a la “Imagen Fiel” desde el Código de Comercio de 1985, quedando invocado el precepto en el vigente Código en su artículo 264.2, hallando análoga regulación a la española y francesa, en los siguientes términos¹⁶⁰:

“264 (2) Las cuentas anuales de la corporación deberán ofrecer una imagen fiel de los activos, pasivos y la cuenta de pérdidas y ganancias de la corporación, de acuerdo con los principios de contabilidad generalmente aceptados . Cuando circunstancias especiales hagan que las cuentas anuales no ofrecen

Si, dans un cas exceptionnel, l'application d'une prescription comptable se révèle impropre à donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière ou du résultat, il doit y être dérogé. Cette dérogation est mentionnée à l'annexe et dûment motivée, avec l'indication de son influence sur le patrimoine, la situation financière et le résultat de l'entreprise.” (consultado en <http://www.legifrance.gouv.fr>, el 10 de marzo de 2014).”

¹⁶⁰ *“264 Pflicht zur Aufstellung (2) Der Jahresabschluß der Kapitalgesellschaft hat unter Beachtung der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Kapitalgesellschaft zu vermitteln. Führen besondere Umstände dazu, daß der Jahresabschluß ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild im Sinne des Satzes 1 nicht vermittelt, so sind im Anhang zusätzliche Angaben zu machen. Die gesetzlichen Vertreter einer Kapitalgesellschaft, die Inlandsemittent im Sinne des § 2 Absatz 7 des Wertpapierhandelsgesetzes und keine Kapitalgesellschaft im Sinne des § 327a ist, haben bei der Unterzeichnung schriftlich zu versichern, dass nach bestem Wissen der Jahresabschluss ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild im Sinne des Satzes 1 vermittelt oder der Anhang Angaben nach Satz 2 enthält. Macht eine Kleinstkapitalgesellschaft von der Erleichterung nach Absatz 1 Satz 5 Gebrauch, sind nach Satz 2 erforderliche zusätzliche Angaben unter der Bilanz zu machen. Es wird vermutet, dass ein unter Berücksichtigung der Erleichterungen für Kleinstkapitalgesellschaften aufgestellter Jahresabschluss den Erfordernissen des Satzes 1 entspricht.” (consultado en http://www.gesetze-im-internet.de/hgb/___264.html, el 10 de marzo de 2014).*

una imagen fiel en el sentido de la frase 1 se transmitirá dicha información adicional adjunta...".

Finalmente, para ahondar en el significado y relevancia del concepto de “Imagen Fiel” analizaremos también la jurisprudencia española del Tribunal Supremo que ha incidido de forma determinante en el análisis del término. En cuanto a la forma en que el Tribunal de instancia debe valorar si las cuentas anuales muestran la imagen fiel, nos remitimos a la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 892/1999 de 23 de octubre, en su fundamento de derecho tercero:

“TERCERO. Ciertamente, a tenor de los preceptos legales citados en el motivo las cuentas anuales deben ser redactadas con claridad y ser fiel reflejo del patrimonio social y de su situación financiera, y como consecuencia de ello, cuando se origina una controversia judicial respecto a la calificación que merece el resultado de tales cuentas, corresponde al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la concurrencia o no de los mencionados requisitos, lo cual, se infiere del propio contenido de la doctrina jurisprudencial sentada en las sentencias que, también, se citan en el motivo, cuya doctrina puede sintetizarse en que corresponde al juzgador formar una convicción personal sobre las cuestiones sometidas a su consideración, pero no es menos cierto que ni la doctrina dicha, ni aquellos preceptos, obligan al juzgador a realizar un examen directo y material de las cuentas, pues, en cualquier caso, pueden llegar a su propia convicción a través o mediante la ayuda de informes técnicos, máxime, cuando la investigación de una contabilidad requiere la existencia de conocimientos específicos, que vienen a configurar la esencia de los dictámenes periciales, como se desprende de los artículos 1242 y 610 del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, respectivamente.”

Por su parte, en relación a la importancia de la consecución del objetivo de imagen fiel, el Tribunal Supremo, en diversas ocasiones, ha expresado que los acuerdos sociales a través de los cuales se aprueben cuentas anuales que incumplan el fin último de imagen fiel han de ser tenidos por nulos. A saber, de entre otras¹⁶¹, la Sentencia número 156/2009 de 20 de marzo, en que en su Fundamento de Derecho primero establece la nulidad de los acuerdos de aprobación de cuentas anuales cuando estas

¹⁶¹ También, STS de 26 de noviembre de 1990, sentencia de 1 de julio de 1996 que se refiere a la sentencia de 12 de mayo de 1982, sentencia de 14 de noviembre de 2000, sentencia de 11 de febrero de 2002, o sentencia de 30 de septiembre de 2002, entre otras.

no muestren la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados: *“Pues si las cuentas anuales no se han formulado con claridad o no muestran la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados, el acuerdo que las apruebe es nulo, aunque se haya adoptado de modo formalmente correcto (esto es, con todos los documentos que se exigen, formalizados de modo correcto en cuanto a su presentación y estructura). No cabe que un acuerdo adoptado bajo las condiciones de convocatoria, quórum y votación correctos, por más que se refiera a unas cuentas formalizadas en los documentos exigidos, redactados y presentados conforme a las reglas formales de aplicación (estructura, división adecuada de los contenidos, etc) devenga válido y eficaz si tiene por objeto cuentas anuales que no reflejan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, pues en tal caso se ha producido la violación de preceptos legales (artículos 172.2 LSA y 34.2 CCo, sustancialmente) y se trata, por ello, de un acuerdo nulo (artículos 115.2 LSA, inciso primero, LSA), para cuya impugnación están legitimados todos los accionistas, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo, en los términos que expresa el artículo 117.1 LSA, términos que son referibles a las sociedades de responsabilidad limitada en vista de cuanto dispone el artículo 56 LSRL.”*

Llegados a este punto, hemos podido observar que existe determinado consenso doctrinal y jurisprudencial en el sentido de que no cabe una interpretación absoluta del término “Imagen Fiel” y que para la determinación de su consecución resulta preciso llevar a cabo valoraciones fácticas particularizadas. No obstante, dicha circunstancia no es óbice que para la formulación de la información contable deban acatarse las normas de valoración y registro contables predeterminadas por norma jurídica, todas ellas bajo la exigencia de quedar sometidas, asimismo, a la satisfacción de determinados principios contables de obligado cumplimiento sobre los que se aplicarán las normas de valoración y registro.

En lo relativo al obligado cumplimiento de los principios contables definidos en el PGC, resulta oportuno resaltar el hecho de que el propio PGC en el primer apartado del Marco Conceptual de la Contabilidad, donde se proclama el fin último de “Imagen Fiel”, incluye la cláusula de subsidiariedad en tanto que *“En aquellos casos excepcionales en los que dicho cumplimiento fuera incompatible con la imagen fiel que*

deben proporcionar las cuentas anuales, se considerará improcedente dicha aplicación. En tales casos, en la memoria se motivará suficientemente esta circunstancia y se explicará su influencia sobre el patrimonio, la situación financiera y los resultados de la empresa". De este modo, el legislador antepone el objetivo de imagen fiel al cumplimiento de las restantes normas contables: podrá dejarse de aplicar cualquier norma de valoración, registro o principio contable si su aplicación fuese incompatible con el objetivo de imagen fiel.

Aun no siendo el objeto de este trabajo de investigación, analizar los distintos principios contables sobre los que se desarrollan las normas de valoración y registro, por su incidencia en la interpretación del precepto concursal y la apreciación subjetiva de la veracidad de la información contable, se abordará el principio de *"importancia relativa"* y el criterio de valoración por el *"Valor razonable"*¹⁶² en el contexto de las *"estimaciones contables"*.

1.2.1.- El principio de "importancia relativa".

El PGC incluye, entre los principios contables que deben regir la correcta llevanza de la contabilidad, el de *"importancia relativa"*, dictaminando que:

"Se admitirá la no aplicación estricta de algunos de los principios y criterios contables cuando la importancia relativa en términos cuantitativos o cualitativos de la valoración que tal hecho produzca sea escasamente significativa y, en consecuencia, no altere la expresión de la imagen fiel. Las partidas o importes cuya importancia relativa sea escasamente significativa podrán aparecer agrupados con otros de similar naturaleza o función."

¹⁶² El PGC, en su primera parte *"Marco conceptual de la contabilidad"*, establece los principios contables sobre los que se deberán desarrollar el registro y la valoración de los elementos de las cuentas anuales. En concreto en su apartado tercero se establece que los principios contables de aplicación obligatoria son: 1. Empresa en funcionamiento, 2. Devengo, 3. Uniformidad, 4. Prudencia, 5. No compensación, y 6. Importancia relativa. Asimismo, en su apartado sexto, establece el PGC los criterios de valoración a la hora de asignar un valor monetario a cada uno de los elementos integrantes de las cuentas anuales; a tal efecto se establecen como criterios valorativos : 1. Coste histórico o coste, 2. Valor razonable, 3. Valor neto realizable, 4. Valor actual, 5. Valor en uso, 6. Coste de venta, 7. Coste amortizado, 8. Costes de transacción atribuibles a un activo o pasivo financiero, 9. Valor contable o en libros, y 10. Valor residual.

De la descripción del principio se desprende que en la medida en que el incumplimiento contable resulte poco importante en términos relativos, no podrá considerarse que se quebranta el objetivo de imagen fiel. Dicha circunstancia comporta necesariamente la reflexión acerca de qué incumplimientos cabe interpretar como “poco importantes” en el marco de una discrecionalidad interpretativa de los hechos económicos. Tal es así que, de entre las normas que determinan los criterios contables de general aceptación, el Ministerio de Economía y Competitividad, por medio del ICAC, publica la definición y criterios de determinación de la importancia relativa en el marco de las actuaciones de auditorías financieras. Concretamente, de entre las Normas Técnicas de Auditoría resultantes de la adaptación de las Normas Internacionales de Auditoría para su aplicación en España (NIA-ES)¹⁶³, hallamos la NIA-ES 230 bajo el epígrafe de “Importancia relativa o materialidad en la planificación y ejecución de la auditoría”; así como la NIA-ES 450 “Evaluación de las incorrecciones identificadas durante la realización de la auditoría”, que viene a explicar el modo de aplicar la importancia relativa para evaluar el efecto de las incorrecciones identificadas sobre la auditoría y, en su caso, de las incorrecciones sobre los estados financieros.

De los normas citadas se desprende que puede determinarse la cifra de importancia relativa como aquella que, derivada de incorrecciones contables tanto por omisión involuntaria o por fraude, cabe prever razonablemente que influya en las decisiones económicas que los usuarios puedan tomar basándose en los estados financieros; juicio que se realizará teniendo en cuenta las circunstancias que concurren y se ven afectadas por la magnitud o la naturaleza de una incorrección, o por una combinación de ambas.

¹⁶³ La adaptación de las Normas Internacionales de Auditoría para su aplicación en España, las NIA-ES, se establece mediante la Resolución de 15 de octubre de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. Las NIA-ES vienen a sustituir a las Normas Técnicas de Auditoría vigentes hasta el momento de entrar en vigor las NIA-ES, las cuales quedan derogadas, si bien, tal y como establece la propia Resolución, “se mantendrá vigente únicamente lo dispuesto en estas últimas que no se encuentre regulado en la nueva normativa y no resulte contradictorio con lo dispuesto en ésta”.

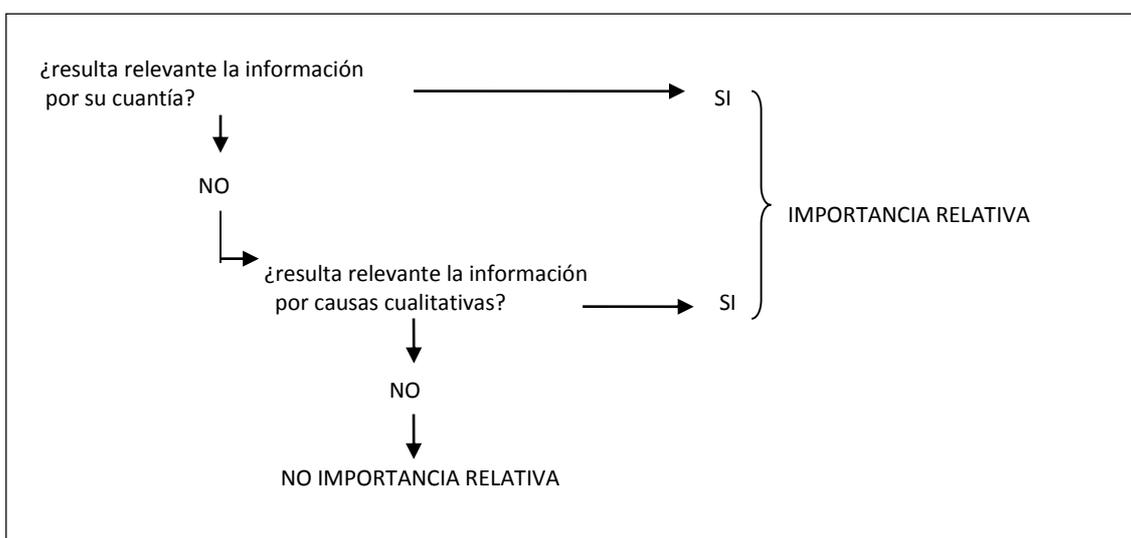
De igual modo, establece también la NIA-ES 320 que la determinación por el auditor de la importancia relativa, debe de venir dada por el ejercicio de su juicio profesional asumiendo que los usuarios de la contabilidad tienen un conocimiento razonable de la actividad económica y empresarial, así como de la contabilidad y están dispuestos a analizar la información de los estados financieros con una diligencia razonable, que comprenden que los estados financieros se presentan teniendo en cuenta niveles de importancia relativa, que son conscientes de las incertidumbres inherentes a la determinación de cantidades basadas en la utilización de estimaciones y juicios, y que toman decisiones económicas razonables basadas en la información contenida en los estados financieros.

Resulta asimismo relevante al objeto de valorar la determinación de la importancia relativa, considerar que no debe de establecerse necesariamente una cifra por debajo de la cual las incorrecciones siempre deban considerarse inateriales (irrelevantes en términos relativos). Tal y como establece la NIA-ES 320, el auditor puede considerar materiales algunas incorrecciones de “pequeña” cuantía atendiendo a las circunstancias relacionadas con dichas incorrecciones. Deberá tenerse en cuenta, no sólo la magnitud de las incorrecciones sino también su naturaleza y las circunstancias específicas en las que se han producido. A título ilustrativo no limitativo, la NIA-ES 450 enumera determinadas circunstancias que pueden tener un efecto en la evaluación de la incorrección. A saber:

- si afecta al cumplimiento de compromisos de deuda u otras obligaciones contractuales.
- si afecta a ratios utilizados para evaluar la situación financiera de la entidad, el resultado de sus operaciones o los flujos de efectivo.
- si está relacionada con partidas que afecten a determinados terceros como pueden ser los miembros de la dirección de la entidad.
- si encubre un cambio en los beneficios u otras tendencias
- o, de entre una diversidad de supuestos posible, afecta al cumplimiento de requisitos

normativos¹⁶⁴.

A la luz de las diferentes definiciones transcritas puede inferirse que para discernir sobre si determinadas incorrecciones contables se hallan dentro de los márgenes que otorga el principio de importancia relativa, tanto si emanan de omisiones involuntarias como de fraude, debemos de tomar en consideración tanto los aspectos cuantitativos como los cualitativos que se desprenden de la información incorrecta. No existiendo criterios objetivos ni rígidos para determinar una medida exacta de la importancia relativa de las incidencias contables, resulta por lo general una cuestión de juicio profesional en cada caso basado éste en ambos aspectos¹⁶⁵.



Cuando la consideración cualitativa no ostente relevancia en sí misma, serán los aspectos cuantitativos los que deberán determinar la importancia relativa. A este respecto la derogada Norma Técnica del ICAC que regulaba el concepto de importancia relativa con anterioridad a las NIA-ES, establecía determinados parámetros objetivos orientativos para la evaluación de la importancia relativa en la emisión del Informe de Auditoría. Actualmente derogada la Norma Técnica, la NIA-ES no establece unas

¹⁶⁴ Resulta de interés la *Guía Orientativa de importancia relativa, aplicación práctica de las NIA-ES 320 y 450*, publicada por el Consejo General de Economistas REA-REGA, febrero 2015.

¹⁶⁵ En este mismo sentido, MUÑOZ, A. *op. cit.*, p. 620.

pautas objetivas de delimitación de la importancia relativa por motivos cuantitativos. Será mayor la discrecionalidad otorgada al auditor de cuentas, que determinará si la incorrección es relevante para el objetivo de imagen fiel con base en su criterio profesional, mediante la toma en consideración de las circunstancias concretas de cada caso valorando los factores inherentes a las características de la entidad y su entorno.

Las propuestas interpretativas establecidas en las NIA-ES, tienen como destinatario al auditor de cuentas al objeto de determinar las normas que debe seguir para la formulación de su informe relativo a las cuentas anuales. No obstante, parece plausible que, en el contexto de nuestro análisis del precepto concursal, considerando que uno de los supuestos de culpabilidad incluidos en el art. 164.2.1º LC es el hecho de que la irregularidad contable sea relevante, cabría insertar en la interpretación de la relevancia, el principio de importancia relativa. De tal modo que, si debe entenderse que no ha existido incumplimiento del objetivo de imagen fiel por incorrecciones contables de acuerdo con las normas de auditoría de cuentas, cabría hacer extensible dicha conclusión a la relevancia o ausencia de ella referida a la irregularidad contable del precepto concursal. Una vez tratada la conceptualización del principio de importancia relativa, en el apartado previsto para el análisis de la irregularidad contable relevante se retomará su interpretación para subsumirla en nuestra investigación concursal.

1.2.2.- Las “estimaciones contables”.

En una diversidad de situaciones puede ocurrir que no resulte posible dotar a determinadas partidas del balance de situación o de la cuenta de pérdidas y ganancias, de un valor objetivo que se derive de información precisa. Dicha circunstancia puede requerir que sea necesario introducir juicios de valor a la hora de plasmar determinado hecho económico en las cuentas anuales. Como consecuencia de ello, se deberá llevar a cabo estimaciones contables que permitan mantener el objetivo de imagen fiel. Tal

es así que el ICAC, al objeto de regular los trabajos de auditoría, formula Norma Técnica de Auditoría por la que define el concepto de estimación contable como *“una aproximación a un importe en ausencia de medios precisos de medida. Este término se emplea para la obtención de una cantidad medida a valor razonable cuando existe incertidumbre en la estimación, así como para otras cantidades que requieren una estimación”*.¹⁶⁶

Más allá de las normas que rigen la labor de los auditores de cuentas, el legislador contable no es ajeno a la necesidad de introducir como normas de valoración, las que en ausencia de información objetiva permitan formular los estados financieros estimando la valoración de determinadas partidas mediante la introducción de juicios de valor y por consiguiente dotando de discrecionalidad la consecución del objetivo de imagen fiel.

De entre los *“criterios de valoración”*¹⁶⁷ establecidos en el apartado sexto del Marco Conceptual de la Contabilidad del PGC, podemos diferenciar aquellos que se basan en datos objetivos conocidos por la empresa, a saber: *“coste histórico o coste”*¹⁶⁸ o *“costes de venta”*¹⁶⁹; respecto aquellos criterios que comportan la necesidad de incluir un juicio de valor y por lo tanto susceptibles de apreciación discrecional. Son diversos los supuestos en los que el PGC hace referencia a criterios subjetivos de valoración en los diferentes apartados de las *“Normas de Valoración y Registro”*.

A título ilustrativo:

¹⁶⁶ NIA-ES 540, Auditoría de estimaciones contables, incluidas las de valor razonable, y de la información relacionada a revelar.

¹⁶⁷ *“La valoración es el proceso por el que se asigna un valor monetario a cada uno de los elementos integrantes de las cuentas anuales, de acuerdo con lo dispuesto en las normas de valoración relativas a cada uno de ellos, incluidas en la segunda parte de este Plan General de Contabilidad.”* PGC, apartado sexto del Marco Conceptual de la Contabilidad.

¹⁶⁸ *“...su precio de adquisición o coste de producción”*. PGC, Criterios de valoración.

¹⁶⁹ *“...los costes incrementales directamente atribuibles a la venta de un activo en los que la empresa no habría incurrido de no haber tomado la decisión de vender, ...”*. PGC, Criterios de valoración.

- En relación al inmovilizado material e inversiones inmobiliarias (apartados 2º y 4º), se establece como criterio de valoración el “*valor razonable*” para los supuestos de permutas o de aportaciones de capital no dinerarias.
- También en lo referido a los activos no corrientes, al establecerse los criterios de amortización económica, se remite el legislador a la “*vida útil*” del activo.
- En cuanto a “*provisiones y contingencias*” (apartado 15º), se establece que se registrarán “*...por el valor actual de la mejor estimación posible del importe necesario para cancelar...*”.
- En lo referido a las “*operaciones entre empresas del grupo*” (apartado 21º), en que también se hace referencia al valor razonable: “*... con carácter general, y sin perjuicio de los dispuesto en el apartado siguiente, ..., por su valor razonable*”.
- En cuanto a la cuantificación del *fondo de comercio*, su inclusión en el activo del balance de situación queda condicionada a que éste surja como consecuencia de una adquisición a título oneroso del control de un negocio. Se registrará por su precio de adquisición, si bien a los efectos valorativos, la norma de valoración y registro nº 19 PGC determina, expuesto sucintamente, que se valorará por la diferencia entre: a) el coste de la combinación de negocios (que se valora por el valor razonable de los activos entregados, de los pasivos asumidos o incurridos, el valor razonable de cualquier contraprestación adicional que dependa de eventos futuros o del cumplimiento de ciertas condiciones, siempre que esta contraprestación se considere probable y su valor razonable pueda ser estimado de forma fiable); y b) el valor razonable de los activos adquiridos menos los pasivos asumidos.

Más allá del estudio de los diferentes criterios de valoración, cuya profundización excede del alcance este trabajo, lo relevante para el análisis del precepto concursal es

apreciar en qué medida la determinación de la incorrección contable puede quedar determinada por apreciaciones subjetivas; que el cumplimiento con el objetivo de imagen fiel en numerosas ocasiones no puede apreciarse con base en datos objetivos conocidos y por lo que se requiere llevar a cabo estimaciones contables en ocasiones basadas en el ejercicio del criterio profesional, y de las que se requiere, en esencia, que sean razonables.

Una vez más, al referirnos a la razonabilidad de la estimación contable, o al “valor razonable” en sí mismo como criterio de valoración, debemos remitirnos a los conceptos jurídicos indeterminados. No obstante, al objeto de facilitar la apreciación del “valor razonable”, el PGC en su Marco Conceptual define el término como *“el importe por el que puede ser intercambiado un activo o liquidado un pasivo, entre partes interesadas y debidamente informadas, que realicen una transacción en condiciones de independencia mutua”*¹⁷⁰. De dicha definición se desprende que pueden ser múltiples los resultados obtenidos por medio de tal valoración subjetiva y por consiguiente será con base en el análisis de los supuestos fácticos en que se determinará si la estimación contable resulta razonable.

Considerando lo expuesto hasta este punto, aun ante diferentes valoraciones para un mismo hecho económico, parece plausible admitir que se pueda incurrir igualmente en el objetivo de imagen fiel sin que tales discrepancias deban de comportar la toma en consideración de la importancia relevancia. De este modo, si dentro de la razonabilidad cabe incluir más de una magnitud monetaria, entonces más de una magnitud monetaria debe de considerarse aceptable para el objetivo de imagen fiel sin requerirse la apreciación del principio de importancia relativa para justificar el amparo legal de la dispersión de valoraciones alcanzadas para un mismo supuesto fáctico.

¹⁷⁰ Por su parte, la Norma Internacional de Información Financiera 13, *Valoración del valor razonable*, en el punto 9 dota de definición el valor razonable en los siguientes términos: *“Esta NIIF define valor razonable como el precio que se recibiría por la venta de un activo o se pagaría para transferir un pasivo mediante una transacción ordenada entre participantes en el mercado en la fecha de valoración”*.

La toma en consideración de las apreciaciones subjetivas, que en numerosas ocasiones se requiere para la consecución del objetivo último de imagen fiel, puede llegar a resultar un elemento determinante para la valoración de los supuestos de irregularidad contable subsumibles en el art. 164.2.1º LC.

1.3.- Errores e irregularidades contables.

Para finalizar el apartado de conceptualizaciones previas, merece atención la toma en consideración que si bien eventuales correcciones contables pueden haberse producido por error no consciente por parte de quien formula las cuentas anuales, otros pueden haberse producido con pleno conocimiento de ello. A la luz de la vigente legislación contable, cabe designar como error contable el primero de los supuestos y como fraude contable el segundo.

A partir de la entrada en vigor de la NIA-ES 240¹⁷¹, se introduce en el léxico normativo el concepto de incorrección contable que engloba tanto el fraude como el error. En concreto, la norma establece:

“Las incorrecciones en los estados financieros pueden deberse a fraude o error. El factor que distingue el fraude del error es que la acción subyacente que da a lugar a la incorrección de los estados financieros sea o no intencionada.”

De este modo, se ve modificada y extinta la dicotomía que diferenciaba entre error e irregularidad en los términos que establecía la derogada Norma Técnica de Auditoría del ICAC sobre “errores e irregularidades”. En cualquier caso, como sea que en la Ley Concursal persiste el concepto de “irregularidad contable”, resulta pertinente llevar a cabo un estudio de la interpretación doctrinal que analice la posible diferencia entre “error” e “irregularidad” contable en el contexto concursal. La diferenciación entre

¹⁷¹ NIA-ES 240 “Responsabilidades del auditor en la auditoría de estados financieros con respecto al fraude”.

ambos supuestos y su toma en consideración en la calificación del concurso resulta un elemento más a incluir en la valoración de la interpretación del art. 164.2.1º. LC.

El hecho de que determinadas estimaciones contables puedan quedar sometidas a la cuantificación de variables exógenas cuya evolución es desconocida en el momento de la valoración, comporta que en ocasiones se produzcan errores estimativos o incluso, sin llegar a considerarse que se haya producido un error, se estime pertinente un cambio de criterio que puede llegar a comportar la modificación de los datos contables previamente registrados. Dicha circunstancia, prevista en el PGC¹⁷², en sí mismo no es causa de la existencia de incorrección contable fraudulenta a la luz de los conceptos jurídicos establecidos en la norma contable.

Ahondando en la nomenclatura concursal en cuanto al concepto de “irregularidad contable”, contemporáneamente a la redacción del texto concursal, a los efectos de auditoría de cuentas anuales, la norma contable diferenciaba entre el término “error” e “irregularidad” contable. A tal efecto, la Resolución de 15 de junio de 2000 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas por la que se publica la Norma Técnica de Auditoría sobre “Errores e Irregularidades”¹⁷³, hoy derogada, se refería a dichos términos del siguiente modo:

“

1. ... el auditor debe planificar su examen teniendo en cuenta la posibilidad de que pudieran existir errores o irregularidades con un efecto significativo en las cuentas anuales.

...

2. El término “error” se refiere, en el contexto de esta norma técnica, a actos u omisiones no intencionados, cometidos por uno o más individuos, sean de los administradores, de la dirección, de los empleados de la entidad auditada, o de terceras personas ajenas a ésta, que alteran la información contenida en las cuentas anuales, tales como:

¹⁷² “Cambios en criterios contables, errores y estimaciones contables” PGC, apartado 22º de las Normas de Registro y Valoración.

¹⁷³ BOE 3/8/2000, BOICAC Nº 42.

- *Errores aritméticos o de transcripción en los registros y datos contables.*
- *Inadvertencia o interpretación incorrecta de hechos.*
- *Aplicación incorrecta de principios y normas contables.*

3. El término “irregularidad” se refiere, en el contexto de esta norma técnica, a los actos u omisiones intencionados, cometidos por uno o más individuos, sean de los administradores, de la dirección, de los empleados de la entidad auditada, o de terceras personas ajenas a ésta, que alteran la información contenida en las cuentas anuales.

La irregularidad puede suponer, entre otros:

- *Manipulación, falsificación o alteración de registros o documentos.*
- *Apropiación indebida y utilización irregular de activos.*
- *Supresión u omisión de los efectos de transacciones en los registros o documentos.*
- *Registro de operaciones ficticias.*
- *Aplicación indebida e intencionada de principios y normas contables.*

4. Los errores e irregularidades tienen en su intencionalidad el factor primordial de diferenciación.

...

“

Por su parte el PGC también incide en la definición del término “error” diferenciándolo del concepto de “cambios de estimaciones contables”:

“

Normas de Registro y Valoración

22º Cambios en criterios contables, errores y estimaciones contables

... se entiende por errores las omisiones o inexactitudes en las cuentas anuales de ejercicios anteriores por no haber utilizado, o no haberlo hecho adecuadamente, información fiable que estaba disponible cuando se formularon y que la empresa podría haber obtenido y tenido en cuenta en la formulación de dichas cuentas.

Sin embargo, se calificarán como cambios en estimaciones contables aquellos ajustes en el valor contable de activos o pasivos, o en el importe del consumo futuro de un activo, que sean consecuencia de la obtención de información adicional, de una mayor experiencia o del conocimiento

de nuevos hechos.

...

“

La definición transcrita del concepto “irregularidad” viene a mostrar la conceptualización del término que el legislador concursal quiso a bien introducir en la norma a la hora de determinar el supuesto de calificación. Habiendo persistido en la nomenclatura concursal el término “irregularidad” aun su derogación en términos de auditoría de cuentas, resulta pertinente analizar la interpretación jurisprudencial de la diferenciación entre error e irregularidad contable subsumidos en la calificación del concurso de acreedores.

Resulta ilustrativo el análisis de los pronunciamientos jurisprudenciales sobre el modo de interpretar el concepto de “irregularidad contable” ex art. 164.2.1º LC, en cuanto a si se debe exigir la constatación del elemento subjetivo de intencionalidad añadido a la mera comisión de la incorrección contable. A este respecto, de una interpretación literal de los términos, parece plausible interpretar que el legislador concursal quiso dejar fuera del ámbito del art. 164.2.1º LC los “errores” contables, es decir aquellas incorrecciones que se produjesen sin el elemento subjetivo de intencionalidad; ya que a sensu contrario, de haber querido obviar el elemento subjetivo no se habría acotado el supuesto fáctico al término “irregularidad” contable en contraposición al “error”, ya definida la diferencia conceptual en norma jurídica contable¹⁷⁴.

Dicha interpretación literal de los términos llegó a ser acogida por los tribunales españoles en el ámbito concursal, en que si bien se establecía que la carga de la prueba de la consideración de error no subsumible en la irregularidad prevista en el art. 164.2.1º LC recaería en el deudor, nada parecía obstar que excepcionalmente ante la acreditación de que se tratase de un quebrantamiento no intencionado del Derecho

¹⁷⁴ Recordemos que las Normas Técnicas emitidas por el ICAC ostentan el carácter de norma jurídica vinculante.

Contable, no resultase aplicable el motivo de culpabilidad concursal por “irregularidad contable”, fuese o no relevante. A saber, Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, núm. 88/2009:

f.d. 7º

“

...

Por tanto, la consideración de tal omisión como no intencionada es un hecho excepcional necesitado de acreditación. Tal prueba no se ha practicado, por lo que ha de considerarse que tal omisión fue consciente y voluntaria, lo que queda además confirmado por el hecho de que, según se afirma en la sentencia apelada como base para la absolució de los demás miembros del consejo de administración, y no ha sido controvertido en los recursos, el firmante de la garantía, D. Ángel , ocultó la prestación de dicha garantía a los demás miembros del consejo de administración de EDICIONES DEL PRADO.

...

“

En este mismo sentido se había pronunciado previamente el juzgado mercantil núm. 3 de Barcelona, en sentencia de 18 de febrero de 2008, que en su f.d. 7º incluye un exhaustivo análisis del concepto jurídico “irregularidad relevante” de tal modo que en lo que a la diferenciación entre error e irregularidad contable se refiere, determina:

“

Completados los epígrafes anteriores con las Resoluciones del ICAC parece razonable entender que el término irregularidades recogido en el artículo 164,2,1º de la Ley Concursal debe configurarse a partir del concepto de irregularidad que propone el ICAC, sin que sea posible extender el concepto de irregularidad a los simples errores o a decisiones en las que no pueda apreciarse el elemento intencional.

...

En este punto no debe olvidarse que ha sido decisión del legislador concursal la de abandonar la distinción entre quiebra fraudulenta y quiebra culpable de la vieja regulación y ha optado por sancionar a efectos de la calificación del concurso sólo los comportamientos más graves, los causados de propósito por el concursado o por sus órganos de administración y decisión, o aquellos en los que la falta de diligencia sea extrema. No tendría sentido que acudiendo el artículo 164.1 al concepto del dolo o culpa grave, sin embargo en todo caso se opte por un criterio de falta de

diligencia menos rigurosos.

“

Sin embargo, una interpretación finalista del precepto concursal puede sugerir que no deba diferenciarse entre error e irregularidad para dar cabida al supuesto de “irregularidad contable relevante”. Esta tesis se fundamentaría en el hecho de que, *a sensu contrario*, podría quedar desvirtuado el principio de culpa en abstracto previsto en el art. 164.2.1º LC, circunstancia que comportaría que todo error o impericia contable, en cuanto no intencionados, no serían sancionables en sede de calificación por muy relevante que fuera. Tesis ésta, incompatible con el objeto de la norma concursal.¹⁷⁵

Si bien parece plausible la interpretación que hemos visto ampliamente argumentada por el juzgado mercantil núm. 3 de Barcelona en cuanto a apreciar subsumible en el calificación culpable, solamente los supuestos de actos conscientes del deudor, no menos acertada puede entenderse la interpretación teleológica en cuanto que a la falta de información contable adecuada, por el motivo que fuere, debe de ser tomada en consideración en la calificación del concurso, sin perjuicio de la atribución de responsabilidades que dimanante de ello el juzgador estime pertinente. Tal dualidad interpretativa permite reflexionar acerca de que si la intención del legislador hubiese sido la de incluir tanto el error como la irregularidad, habría sido preferible, en lugar de referirse a “irregularidad contable”, haber utilizado términos que no tengan en consideración el elemento subjetivo, tal como “incumplimiento”, “contravención”, “quebrantamiento”, o “incorrección” en aplicación de la norma contable, y evitar de este modo la ambigüedad y divergencia con la norma contable.

Se reproduce a continuación el posicionamiento del Tribunal Supremo que establece la prevalencia de la interpretación finalista del precepto concursal y por la que no cabe la diferenciación entre error e irregularidad contable en lo que a la

¹⁷⁵ En este mismo sentido, MUÑOZ, A. *op. cit.*, p. 624; también GARCÍA-CRUCES, JOSÉ ANTONIO, “*Causas de calificación culpable del concurso, imputación...*”, en *Anuario de Derecho Concursal* núm. 32, Civitas Ediciones SL, 2014, p. 429.

calificación del concurso se refiere; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), núm. 994/2012 de 16 de enero, f.d. 9º:

“

... la distinción entre error e irregularidad en que, por razón de la intencionalidad, se basa el primer de los motivos del recurso de casación, carece de significación para la comisión del comportamiento que se describe en la norma del ordinal primero del apartado 1 del artículo 164 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, dado que la realización del tipo que en ella se describe no exige que el sujeto agente tenga conciencia del alcance y significación jurídica de su acción u omisión ni que el resultado del comportamiento sea querido por él. Lo que no significa que las consecuencias de la calificación deban ser necesariamente ajenas al reproche que merecen las manifestaciones culposas o dolosas de la irregularidad.

“

En cualquier caso, sin perjuicio del posicionamiento doctrinal propuesto por el Tribunal Supremo, ex sentencia citada, todavía en la actualidad existe disparidad interpretativa en los tribunales de instancia. Vid, SAP de Pontevedra (sección 1ª), núm. 277/2015 de 17 de julio, f.d. 3º, por la que se mantiene el criterio de tomar en consideración el elemento subjetivo, abogando por diferenciar entre el error involuntario y la irregularidad consciente:

“Es cierto que la propia Resolución...” (referida a la norma técnica del ICAC que diferenciaba entre error e irregularidad) “...recuerda que esta distinción lo es a los efectos de la propia norma técnica, pero teniendo en cuenta, de un lado, que el art. 164.2.1º LC utiliza el término “irregularidad”, y, de otro lado, que la Ley Concursal no solo es una norma posterior sino una norma específica sobre la materia y que además tiene un carácter sancionador, no podemos prescindir del matiz.

Así podemos decir que por –irregularidad contable- se entiende cualquier incumplimiento intencionado, por acción u omisión, ...”

2.- La relevancia del informe de auditoría de cuentas del deudor.

“La exigencia de dotar de la máxima transparencia a la información económico-contable de la empresa, cualquiera que sea el ámbito en que realice su actividad, ha determinado que existan a lo largo del tiempo diversas técnicas de revisión mediante las que se puede obtener una opinión cualificada sobre el grado de fidelidad con que la documentación económico-contable representa la situación económica, patrimonial y financiera de la empresa.

Esta transparencia en la información económico-contable de la empresa es un elemento consustancial al sistema de economía de mercado, recogido en el artículo 38 de la Constitución.

Por otra parte, la reciente integración de España en las Comunidades Europeas aconseja, también, potenciar al máximo dicha transparencia informativa, para lo cual, la presente Ley, a la vez que vendrá a cubrir un relativo vacío legal existente en nuestro Ordenamiento Jurídico, permitirá un mejor funcionamiento de la empresa española, dado que éste depende, muy principalmente, de un preciso y riguroso conocimiento de su situación económica, patrimonial y financiera; y, al mismo tiempo, permitirá equipararla a las empresas de la CEE, revirtiendo todo ello en un mejor funcionamiento de la economía de mercado.”

Con estas palabras se introduce en España la primera Ley de Auditoría, Ley 19/1988, de 12 de julio¹⁷⁶. El propósito no despierta dudas, dotar al sistema de información contable con un preceptivo filtro de profesional en aras a la transparencia en el mercado y proceder al mismo tiempo a la transposición de las Directivas europeas que regulan el ejercicio de la actividad de auditoría, VIII Directiva del Consejo (84/253/CEE).

Si bien en la octava Directiva se regula específicamente la actividad de auditoría, en diversas Directivas societarias se establecen normas dirigidas a las empresas en todo lo referente, entre otros, a la revisión de sus cuentas. Circunstancia que no sobreviene en

¹⁷⁶ BOE 15 julio 1988, núm. 169.

España como consecuencia de su adhesión al CEE, sino que ya hallamos su previsión normativa en el Código de Comercio a partir de la modificación introducida por la Ley núm. 16/1973, de 21 de julio, por la que el art. 41 CCo 1885 prevé que *“Sin perjuicio del secreto de la contabilidad de los comerciantes que se reconoce y ampara, el balance del ejercicio y la cuenta de resultados serán sometidos a verificación por experto titulado superior, en los casos siguientes:...”*. De igual modo, en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 hallamos ya referencias a los censores jurados de cuentas como órganos designados para la revisión de los estados financieros:

“Artículo ciento ocho.- El balance, la cuenta de Pérdidas y Ganancias, la propuesta sobre la distribución de beneficios y la Memoria, deberán ser sometidos al examen.../...Los nombramientos de estos últimos censores, que se decidirán por el mayor número de votos dentro del aludido grupo minoritario, habrán de recaer necesariamente en miembros del Instituto de Censores Jurados de Cuentas, no accionistas, lo cuales...”¹⁷⁷.

La preceptiva revisión de los estados financieros y la concordante regulación de la actividad de auditoría llegará hasta nuestros días en virtud de las previsiones del Código de Comercio, la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo núm. 1/2010, de 2 de julio), la Ley de Auditoría de Cuentas (Ley 22/2015, de 20 de julio), el Reglamento de Auditoría de Cuentas (Real Decreto núm. 1517/2011, de 31 de octubre), el Reglamento del Registro Mercantil (Real Decreto núm. 1784/1996, de 19 de julio) y el acervo de Normas Técnicas sobre auditoría emitidas por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

El Derecho contemporáneo internacional, no siendo ajeno a ello el Derecho de la Unión Europea, ha depositado la responsabilidad de emitir una opinión acerca de si las cuentas anuales satisfacen el objetivo de imagen fiel, en el auditor de cuentas y por extensión en el resultado de su trabajo: el informe de auditoría. El legislador español, vinculado por el Derecho europeo, designa al auditor de cuentas como el profesional

¹⁷⁷ Boletín Oficial del Estado núm. 199, de 18/07/1951 (colección histórica de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado).

con capacitación legal cuya pericia dota al sistema de información económica empresarial de transparencia informativa y, por consiguiente, de seguridad jurídica.

Al objeto de satisfacer las expectativas periciales del auditor de cuentas, su informe debe reflejar las posibles circunstancias que supongan que la sociedad no refleje la imagen fiel; incluso dejar constancia, llegado el caso, de que no haya podido obtenerse evidencia suficiente para emitir opinión. Cuando de los trabajos de auditoría se desprenda que el auditor ha obtenido evidencia suficiente de que las cuentas anuales, en su conjunto expresan, en todos sus aspectos significativos, la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y del resultado de las operaciones, del informe de auditoría se desprenderá una *opinión sin salvedades*. En caso contrario, se emitirá un informe con salvedades que, en aplicación de la normativa de auditoría vigente, se limita a dos supuestos: las salvedades por limitaciones al alcance, cuando el auditor no ha podido formarse una opinión razonable; y las salvedades por incumplimientos de normas contables, cuando el auditor advierte circunstancias que suponen un quebrantamiento de las normas jurídicas reguladoras de la información financiera.

Llegado a este punto, resulta oportuno traer a colación la aplicación de los principios y normas contables analizadas anteriormente: el principio de importancia relativa, la dicotomía error e irregularidad contable y las estimaciones contables. En aplicación de cualquiera de los tres conceptos, observamos que se dota al auditor de facultad discrecional, avalada por la adaptación para España de las Normas Internacionales de Auditoría (NIA-ES), al objeto de que emita opinión acerca de si entiende que se exceden de los límites predefinidos para considerar que existe importancia relativa en el incumplimiento de normas contables. De igual modo, en lo referido a si tales contravenciones han sido consecuencia de un error o si por lo contrario responden a un quebrantamiento consciente; o incluso si las estimaciones contables llevadas a cabo, cuando resultan oportunas al amparo de norma de valoración, éstas son razonables. Observamos de este modo que incluso la pericia del profesional designado por el legislador queda sometida a la inevitable subjetividad que

supone la interpretación de determinados hechos económicos y por consiguiente la diversidad de reflejo contable que dicha discrecionalidad puede comportar.

Siendo así, nada obsta que determinada situación de hecho pueda comportar el solapamiento de diferentes criterios interpretativos, y que de ellos puedan desprenderse consecuencias jurídicas contrapuestas: de entre otras, la calificación del concurso de acreedores por incumplimientos contables.

Llegados ya al punto de relacionar el informe de auditoría con la calificación del concurso de acreedores, cabe reflexionar acerca de la relevancia que éste deba ostentar a los efectos de ser vinculante en la determinación acerca de si existen irregularidades contables relevantes *ex art. 164.2.1º LC*. A la luz de las sentencias de nuestros tribunales, no es un hecho controvertido que la opinión del auditor reflejada en su informe resulta un elemento de gran utilidad¹⁷⁸, no obstante, cabe cuestionarse si las conclusiones, salvedades o la falta de ellas, resultan vinculantes para las decisiones del juez del concurso.

El principio de contradicción como principio jurídico fundamental en los procedimientos judiciales, nos permite pensar que si bien el informe de auditoría puede resultar un elemento de extraordinaria importancia para fundamentar una orientación judicial tal como la calificación del concurso, nada debe obstar a que en sede judicial se pueda enervar la presunción de veracidad que puede ostentar el informe de auditoría y, por consiguiente, probar elementos fácticos no considerados por el auditor de cuentas y por extensión, llegado el caso, desvirtuar la opinión emitida en su informe. Partiendo de esta premisa, parece plausible afirmar que los efectos de las salvedades o la falta de ellas en el informe de auditoría no deberían vincular al juez del concurso¹⁷⁹, si bien su toma en consideración permite disponer de un indicio

¹⁷⁸ Sentencia del JM Málaga núm. 1, de 13-2-09; sentencia de la AP Madrid, de 24-3-09; sentencia del JM Pontevedra núm. 6, de 25-5-12; o sentencia del JM Barcelona núm. 3, de 18-2-08.

¹⁷⁹ GURREA, A., "*La importancia del informe de auditoría en la calificación del concurso de acreedores*", en Anuario de Derecho Concursal núm. 26, Mayo-Agosto 2012, p. 286, en cuanto a la no vinculación de la administración concursal y/o el Ministerio Fiscal por la opinión del auditor.

cualificado al que razonablemente se le podría dotar de determinada presunción de veracidad *iuris tantum*.

El hecho de que se expresen salvedades en el informe de auditoría no significa necesariamente que deba interpretarse que existen irregularidades contables relevantes que impidan conocer la verdadera situación del deudor y por consiguiente calificarse culpable el concurso ex art. 164.2.1º LC, siendo posible que las salvedades tengan su origen en limitaciones al alcance. Tampoco puede considerarse probada la inexistencia de tales irregularidades contables relevantes por el hecho de no hacerse mención a salvedad alguna en el informe, pues dentro de la discrecionalidad y el juicio profesional atribuible al auditor cabe la opinión contradictoria en sede judicial; por no hacer referencia a la siempre posible contravención por parte del auditor de las obligaciones que le son impuestas en el marco de la normativa de auditoría.

Centrando en el ordenamiento británico el análisis comparado relacionado con la implicación del informe de auditoría en los pronunciamientos judiciales, según la doctrina consultada, los tribunales utilizarían la información que se desprende de los trabajos de verificación del auditor como una evidencia cualificada, no alcanzando el umbral de “hecho probado”¹⁸⁰.

Finalmente, resulta oportuno hacer mención al hecho de que determinada incorrección contable pudiese haber sido puesta de manifiesto en los trabajos de auditoría y ésta descrita en el preceptivo informe. En este escenario, cabría interpretar que la publicación conjunta de las cuentas anuales incorrectas con el informe de

¹⁸⁰ GONDRA, J. M^a, *op. cit.*, p. 565: “...en la aplicación y concreción del principio legal de *true and fair view* los tribunales ingleses tienden a atribuir al dictamen de la auditoría contable el valor de presunción de prueba (*prima facie evidence*), a efectos del enjuiciamiento de la idoneidad de las cuentas anuales en orden a reflejar esa *true and fair view* de los negocios de la Sociedad y de sus resultados”. En el mismo sentido la opinión mostrada por el *Institute of Chartered Accountants in England and Wales, ICAEW*, en nota emitida en 13 de septiembre de 1983: “*True and fair view is thus a legal concept and the question of whether company accounts complies with s.149(2) (or s.149A (1)) can be authoritatively decided only by a court*”, o “...the question whether the accounts gives a *true and fair view* in compliance with the Companies Act must be decided by the judge. But the courts look for guidance on this question to the ordinary practices of professional accountants.” (HOFFMANN, L. *op. cit.*)

auditoría que haga referencia a tal circunstancia, podría resultar un hecho que impida acoger la calificación culpable por irregularidad contable por relevante que esta fuera.

El hecho de que el informe de auditoría en que consten tales irregularidades haya sido depositado en el Registro Mercantil conjuntamente con las cuentas anuales, podría llegar a permitir una correcta evaluación del riesgo por parte de terceros que contrastasen la información publicada, finalidad última del depósito de cuentas y el informe de auditoría. Por consiguiente, ante tal circunstancia, podría llegar a alegarse que no ha existido desinformación tendente a interpretar erróneamente la situación patrimonial y financiera del deudor concursado¹⁸¹. No obstante, dicha interpretación requiere un análisis añadido, el cual se aborda en la propuesta interpretativa que se plantea en el capítulo correspondiente.

¹⁸¹ En este sentido, Juzgado Mercantil núm. 3 de Vigo, sentencia de 25 de mayo de 2012, f.d.2º: “...no deja de ser cierto que el informe de auditoría también es depositado en el Registro Mercantil conjuntamente con las cuentas anuales – artículo 218 LSA -, por lo que, en primer lugar, es fácilmente accesible para la evaluación del riesgo por terceros que contrastasen con la mercantil, fin último de la publicación de las cuentas anuales; cosa diversa ocurre en los supuestos de entidades mercantiles que están exentas de auditar las cuentas y donde la minoría no ha solicitado el nombramiento de auditor de cuentas;...”

3.- El sistema de presunciones como técnica legal de calificación de la conducta del deudor insolvente.

Con base en el hecho de que las normas reguladoras de las situaciones de insolvencia responden, en gran medida, a la finalidad de proteger el interés de los acreedores, resulta acertado que se establezca la necesidad que dentro del proceso judicial de ordenación de la insolvencia, se determine si ha concurrido culpa alguna por parte del deudor o sus responsables, de tal manera que, llegado el caso, se pueda determinar un régimen de responsabilidades.

Someter la situación de insolvencia a escrutinio para determinar si ha concurrido culpa alguna por parte del deudor o sus responsables no es una cuestión novedosa en nuestro ordenamiento tal y como hemos ya corroborado en el capítulo destinado al análisis histórico del precepto. La apertura de la sección de calificación del concurso de acreedores puede entenderse como la apertura de un *“expediente de objetivación y valoración de la conducta del deudor en relación con la génesis o agravamiento de su insolvencia”*¹⁸². Calificación, cuya finalidad última cumplirá una función dotada de un doble componente: *i.* un componente preventivo, excluyendo temporalmente del mercado por medio de la inhabilitación, aquellos actores responsables de la generación o agravación dolosa o culposa de la insolvencia, o que sean autores de hechos que hayan podido perjudicar la labor informativa *ex ante* o una vez ya declarado el concurso; y *ii.* un componente redistributivo reparador de la lesión patrimonial de los acreedores contra la masa, que, en su caso, hubiese llegado a producirse.

¹⁸² ETXARANDIO HERRERA, EDORTA J., *Manual de Derecho Concursal*. La Ley, Wolters Kluwer España SA 2009, p. 845. Sobre la naturaleza jurídica de la calificación del concurso, NIETO DELGADO, CARLOS. *“La calificación del concurso”* en *Tratado Práctico del Derecho Concursal y su Reforma* (Martín S., Fernando Dir.), Editorial Tecnos 2012, p. 900 y ss.; también, FARIAS BATLLE, MERCEDES *“La calificación del concurso: presupuestos objetivos, sanciones y presunciones legales”* en *Summa Revista de Derecho Mercantil, Derecho Concursal* (Beltrán, Emilio, ed.), Editorial Aranzadi, S.A. 2013, p. 1066-1125.

En la actualidad, la vigente Ley Concursal establece en su artículo 163.2 que el concurso se calificará como fortuito o como culpable¹⁸³. No hallando en la norma concursal definición alguna que haga referencia al concurso fortuito, debemos entender éste desde una perspectiva negativa, es decir aquél que no es culpable¹⁸⁴. De este modo, la norma concursal, en lo que a la calificación de la insolvencia se refiere, se centra en profundizar en lo que se refiere a los supuestos que deben determinar la culpabilidad del concurso y sus consecuencias. Debemos tener en cuenta que la atribución de la responsabilidad no recae en la insolvencia en sí mismo, sino en la valoración de la conducta llevada a cabo por el deudor en la generación de la insolvencia o su agravamiento¹⁸⁵.

En los términos que establece el vigente redactado del art. 164.1 LC:

“1. El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor...”

Estamos, por tanto, en presencia de un elemento subjetivo en la conducta del deudor: la conducta dolosa o la culpa grave. Según determinada doctrina *“La conducta dolosa requiere mala fe, malicia o voluntariedad respecto a la causación o agravamiento de la insolvencia. La culpa grave conlleva la involuntariedad en la infracción de la regla de conducta, infracción de los más elementales o básicos*

¹⁸³ Sin embargo, también prevé la Ley Concursal que ante situaciones de insolvencia en que por medio de convenio con acreedores se alcancen acuerdos que no determinen un perjuicio relevante para los deudores, no se procederá a discernir sobre la existencia de dolo o culpa grave. Así lo establece el párrafo segundo del art. 167 LC, en el que, en su redactado actual, determina que *“no procederá la formación de la sección de calificación del concurso cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita inferior a un tercio del importe de sus créditos o una espera inferior a tres años, salvo que resulte incumplido.”* Un tratado acerca de la dualidad concurso fortuito o culpable, lo hallamos en DE MIQUEL BERENGUER, JULI *La pieza de calificación en el concurso de acreedores*. Editorial Bosch, S.A. 2012.

¹⁸⁴ AP de Granada, sentencia de 5 de junio de 2009, o AP de Jaén, sentencia de 10 de marzo de 2008.

¹⁸⁵ Así, AP de Pontevedra, sentencia de 13 de septiembre de 2010; o sentencias del JM nº 5 de Madrid, de 16 de mayo de 2011 y 16 de enero de 2012.

deberes.”¹⁸⁶ No obstante, en cuanto a la voluntariedad o malicia asociada al dolo, cabe otras interpretaciones: “Como ha sentado la doctrina civilista, el dolo civil requiere no ya intención de perjudicar a los acreedores, sino que basta con que el deudor sea consciente, se percate, de que su comportamiento provoca o puede provocar un daño, y no adopta las medidas necesarias exigidas por la buena fe para evitarlo. La culpa grave o lata, conceptualmente nunca se ha considerado dolo... Existiría culpa lata en el comportamiento absolutamente descuidado. Desde una culpa inconsciente, culpa lata sería la ignorancia burda de circunstancias que ni siquiera una conducta no atenta podría dejar de considerar.”¹⁸⁷

Partiendo de dichas premisas, serían condiciones *si ne qua non* para la calificación culpable del concurso: una causación o agravación del estado de insolvencia por acción u omisión habiendo mediado dolo o culpa grave, existiendo una relación de causalidad entre la conducta antijurídica y la causación o agravación de la situación de insolvencia.

En cualquier caso, la cláusula general de culpabilidad del art. 164.1 LC no está exenta de dificultad a la hora de determinar los supuestos fácticos que puedan quedar subsumidos en el precepto. Tal es la dificultad de probar el elemento intencional o, simplemente, la prueba de los hechos, que el legislador, al objeto de mitigar tal problemática, ha optado por el establecimiento de una serie de previsiones al respecto¹⁸⁸. En concreto, con la finalidad última de facilitar la tarea de calificación del concurso, se establecen una serie de presunciones determinando distintas conductas, considerándolas reveladoras del dolo o la culpa grave. Dichas conductas las hallamos relacionadas en el apartado segundo del art. 164 y en el art. 165 LC:

¹⁸⁶ GARCÍA MARRENO, JAVIER *“La sección de calificación del concurso” en Derecho Concursal* (C. Nieto, Coord.). Tirant lo Blanch 2012., p. 642.

¹⁸⁷ CÁMARA ÁGUILA, M^a DEL PILAR. *Comentarios a la Ley Concursal. Volumen II*, Editorial Tecnos 2004, p. 1754.

¹⁸⁸ Circunstancia no novedosa de la actual norma concursal ni exclusiva del Derecho español, tal y como se ha podido observar implícitamente en el capítulo destinado al análisis de Derecho Comparado, aunque fuese referido específicamente a las presunciones en el ámbito contable.

“

Artículo 164.

Concurso culpable

1. .../...

2. *En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos:*

1.º Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara.

2.º Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos.

3.º Cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado.

4.º Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación.

5.º Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos.

6.º Cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia.

.../...

Artículo 165.

Presunciones de dolo o culpa grave

Se presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores:

1.º Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso.

2.º Hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores.

3.º Si el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso.

4.º Se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles frustrando la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 o en la disposición adicional cuarta. A estos efectos, se presumirá que la capitalización obedece a una causa razonable cuando así se declare mediante informe emitido, con anterioridad a la negativa del deudor, por experto independiente nombrado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 71 bis 4. Si hubiere más de un informe, deberán coincidir en tal apreciación la mayoría de los informes emitidos.

.../...

“

La característica común a todas las presunciones es que constituyen incumplimientos de obligaciones legales, de tal manera que la eficacia de las presunciones se limita a la estimación de la concurrencia del elemento subjetivo en la persona del deudor o su representante, es decir la presunción de que ha concurrido dolo o culpa grave¹⁸⁹.

No obstante, el establecimiento de un sistema de presunciones para facilitar la calificación del concurso, no quiere decir que todos los supuestos de hecho indicados, originarios de la culpabilidad del concurso, se entienda que son generadores o agravantes de la insolvencia. Son simplemente, en algunos casos, supuestos fácticos a los que el legislador les otorga tal consideración y que en algunos supuestos nada tienen que ver con la generación o agravación de la insolvencia. Tal es el caso del supuesto de no colaborar con el juez del concurso o no haber sometido cuentas anuales a auditoría.

¹⁸⁹ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO. *Comentario de la Ley Concursal. Tomo II*, Civitas Ediciones, S.L. 2004, p. 2534.

3.1.- La naturaleza de las presunciones y supuestos de culpabilidad del concurso.

3.1.1.- Las presunciones ex art. 165 LC.

El artículo 165 de la Ley Concursal establece una serie de presunciones de culpabilidad *iuris tantum* en cuanto a la concurrencia del presupuesto subjetivo, el dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia. No obstante, en cuanto a la naturaleza del precepto, la doctrina y los pronunciamientos judiciales no han sido unánimes en los años de vigencia de la Ley Concursal: falta de unanimidad en cuanto a discernir sobre si la presunción abarca solamente el elemento intencional o si por el contrario también alcanza a todos los elementos necesarios para la calificación del concurso. En el supuesto de interpretar que la presunción sólo abarca el elemento intencional, entonces será necesario probar la relación de causalidad entre el hecho y la causación o agravación de la insolvencia. Dicha interpretación hallaría acomodo en una posible interpretación literal del precepto. Tal es así que la propia Exposición de Motivos de la Ley, en el párrafo tercero del epígrafe VIII hace referencia exclusivamente a la presunción de dolo o culpa grave: “...son presuntivos de dolo o culpa grave, por constituir incumplimiento de determinadas obligaciones legales relativas al concurso.”¹⁹⁰.

A pesar de dicha interpretación literal del precepto, han existido interpretaciones correctoras que abogan por dotar al precepto de una interpretación teleológica en cuanto a la finalidad última de paliar las dificultades probatorias que comporta la calificación subjetiva de conductas. Los autores que se adhieren a tal interpretación correctora sostienen que la interpretación literal comporta la práctica inaplicabilidad del precepto por la dificultad que entraña probar la relación de causalidad entre el supuesto fáctico y la insolvencia¹⁹¹. De este modo, atendiendo a esta interpretación

¹⁹⁰ En este sentido, diversas sentencias de la sección 15ª de la AP de Barcelona, entre otras, de 16-06-2011, 23-10-2012 o 08-11-2012; también de la AP de Madrid, sección 28ª, sentencia de 18 de noviembre de 2008, y 5 de febrero de 2010, o AP de Baleares, sentencia de 10 de diciembre de 2009, de entre otras.

¹⁹¹ En este sentido, GARCÍA MARRENO, J. *op. cit.* p. 646.

del precepto, nos hallaríamos ante una presunción de existencia de dolo o culpa grave en la causación o agravación de la insolvencia, presunción cuya carga de la prueba en contrario en cuanto al nexo causal, recaería sobre el deudor.

En cualquier caso, a pesar del itinerario doctrinal en cuanto a la interpretación de la naturaleza de las presunciones del art. 165 LC, en la actualidad la orientación que ha prevalecido es la que considera que debe atenderse al tenor literal de la norma en aplicación del criterio semántico. Es decir, que la *“Ley presume la existencia de dolo o culpa grave, pero no que con dolo o culpa grave se haya generado o agravado la insolvencia. En consecuencia, ha de entenderse que la constancia de la realización de la conducta típica únicamente libera de la prueba de la existencia del dolo o la culpa grave; de forma que, acreditada su ejecución, se presumen estos elementos; pero todavía hay que probar, conforme a las reglas ordinarias de la carga de la prueba, el resto de los presupuestos de la cláusula general, esto es, que, en relación de causalidad, la conducta en cuestión generó o agravó la insolvencia”*¹⁹².

Dicha tesis es la asumida por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 614/2011 de 17 de noviembre: *“...El art. 165 no contiene un tercer criterio respecto de los dos de los art. 164.1 y 164.2, sino que es una norma complementaria de la del art. 164.1 en el sentido de que presume el elemento del dolo o culpa grave, pero no excluye la necesidad del segundo requisito relativo a la incidencia en la generación o agravación de la insolvencia. Si éste no concurre, los supuestos del art. 165 LC son insuficientes para declarar un concurso culpable.”* (f.d. 4º, *in fine*). Corroborado asimismo dicho pronunciamiento en STS de 16 de enero de 2012.

¹⁹² GALLEGU SÁNCHEZ, ESPERANZA, *Las presunciones relativas de dolo o culpa grave del artículo 165 de la Ley Concursal*, en *“La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Ángel Rojo y Ana Belén Campuzano, Dir., Editorial Aranzadi, S.A., 2013, p. 181. También en este sentido, EDORTA J. ETXARANDO, *op. cit.*, p. 861.

3.1.2.- Lo supuestos de culpabilidad ex art. 164.2 LC.

Los supuestos fácticos del artículo 164.2 LC han sido considerados por un gran número de autores a lo largo de la vida de Ley Concursal, como presunciones *iuris et de iure*¹⁹³. También determinada jurisprudencia ha dotado a tales supuestos de dicha condición¹⁹⁴. No obstante, resulta en la actualidad doctrina pacífica, hacer referencia a estos supuestos, no como presunciones de dolo o culpa grave, sino como supuestos que, probada su existencia, comportan, sin más, la calificación culpable del concurso¹⁹⁵; doctrina consolidada del Tribunal Supremo avalan dicho posicionamiento: sentencias de 6/10/2011, 17/11/2011, 21/03/2012, 20 Y 21/04/2012¹⁹⁶, motivo por lo que cabe rechazar la consideración presuntiva de los supuestos del art. 164.2 LC, para considerarlos una relación de *numerus clausus* de conductas¹⁹⁷ que implican la declaración culpable del concurso.

Así como en lo referido a los supuestos del art. 165 LC, éstos admiten prueba que desvirtúe la fundamentación de la calificación culpable del concurso, en lo relativo a

¹⁹³ Sostienen la tesis de la presunción *iuris et de iure*: GARCÍA-CRUCES, JOSÉ ANTONIO en *La calificación del Concurso*, Editorial Aranzadi, S.A. 2004 p. 41.; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, RICARDO Y HERNÁNDO MENDÍVIL, JAVIER en *Tratado práctico concursal, Tomo IV* (Pedro Prendes, Dir.), Editorial Aranzadi, S.A. 2009, p. 63; ROSENDE VILLAR, CECILIA, *Comentarios a la Ley Concursal, Tomo II* (Cordón Moreno, Faustino, Dir.), Editorial Aranzadi, S.A. 2010, p. 570; GARCÍA MARRERO, JAVIER, “La sección de calificación del concurso” en *Derecho Concursal* (C. Nieto, Coord.), Tirant lo Blanch 2012, p. 644; HIDALGO GARCÍA, SANTIAGO, *Comentarios a la Legislación Concursal*, Editorial LEX NOVA, S.A., 2004, p. 2734; o SANZ DE MADRID, CARLOS ROMERO. *La calificación en el concurso de acreedores*, Wolters Kluwers, S.A. 2014, p. 75 y ss.

¹⁹⁴ Pronunciamientos judiciales que atribuyen a los supuestos incluidos en el art. 164.2 LC, la consideración de presunción de dolo o culpa grave que no admiten prueba en contrario: AP de Barcelona, Auto núm. 281/2006 de 27 de septiembre; Sentencia Juzgado Mercantil núm. 1 de Oviedo, de 17 de septiembre de 2007; Sentencia Juzgado Mercantil núm. 2 de Oviedo, de 31 de enero de 2013; o Sentencia AP de Córdoba (sección 3ª), núm. 57/2008 de 28 de marzo.

¹⁹⁵ Así, ALCOVER GARAU, GUILLERMO *Comentarios a la Legislación Concursal* (J. Pulgar, A. Alonso y otros, Dir.), Editorial Dykinson, S.L. 2004 p. 1413; GUERRERO LEBRÓN, MARÍA JESÚS, *Estudios de Derecho concursal*, Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales, S.A., 2006; o BENAVIDES VELASCO, PATRICIA “La calificación jurídica de las previsiones de los artículos 164 y 164 de la Ley Concursal y sus relaciones con el concurso culpable”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* nº 13 2010 (Pulgar E., Juana Dir.), Wolters Kluwer España, S.A. 2010, p. 182 y ss.

¹⁹⁶ Criterio que venía precedido por diversos pronunciamientos de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15ª), sentencias de 19 de marzo, o de 27 de abril de 2007.

¹⁹⁷ MARTÍNEZ CAÑELLAS, ANSELMO. *Los hechos de concurso culpable (art. 164.2 LC)*, en “*La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*” (Ángel Rojo y Ana Belén Campuzano, Dir.), Editorial Aranzadi, S.A., 2013, p. 154.

los supuestos del art. 164.2 LC deben éstos de ser entendidos como supuestos de culpabilidad en sí mismos. En la medida de que quede probada la materialización del supuesto típico, nos hallaremos ante un supuesto de concurso culpable. Son tipos de mera actividad tal y como los ha calificado en ocasiones el Tribunal Supremo (STS de 6 de octubre de 2011, de 16 de enero de 2012 y la reciente núm. 492 de 17 de septiembre de 2015). Son supuestos en los que el concursado no puede oponer la falta de intencionalidad en la causación de los hechos ya que, en la apreciación del supuesto, ésta no es relevante; la culpa grave es subyacente a la mera realización de la conducta típica.

En la actualidad, como consecuencia de reiterados pronunciamientos del Tribunal Supremo en el mismo sentido, queda claramente determinada la naturaleza jurídica de los supuestos de culpabilidad previstos en el art. 164.2 LC:

“Cualquiera de las conductas descritas en dicho apartado 2 de art. 164 determina irremediabilmente la calificación de culpable para el concurso, sin que quepa exigir además los requisitos de dolo o culpa grave (sin perjuicio de la que corresponde a la propia conducta) y de haber generado la insolvencia o producido su agravación” (Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 614/2011 de 17 de noviembre, f.d. 2º).

“la calificación es ajena a la producción del referido resultado...” (generación o agravación de la insolvencia) *“... y está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma.”* (Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 644/2011 de 6 de octubre, f.d. 3º).

A pesar de la naturaleza objetiva de los supuestos del art. 164.2 LC, tal circunstancia no exime que sí que puedan platearse dudas acerca de la necesaria acreditación de la autoría de los hechos. A este respecto, determinada doctrina aboga por que resulte exigible que el juez del concurso considere acreditada la autoría de los hechos al deudor, sus administradores o sus apoderados o representantes, de tal modo que

puedan resultarle imputables los hechos. No obstante, dicha tesis no es unánime y hallamos también autores en el sentido contrario, es decir interpretando que tal circunstancia sería tanto como convertir los supuestos del art. 164.2 LC en presunciones *iuris tantum*¹⁹⁸. Tal y como se expresa en la citada sentencia del Tribunal Supremo (6/10/11), “...está condicionada a la ejecución por el sujeto agente...”, no parece dejarse lugar a dudas de que es condición necesaria que quede acreditada la autoría del hecho constitutivo de la culpabilidad concursal para poder llevarse a cabo la calificación con base en el art. 164.2 LC.

Cosa distinta es el régimen de imposición de responsabilidades por el déficit concursal, toda vez que éste no es una consecuencia necesaria de la calificación culpable, lo que nos llevaría a adentrarnos en la interpretación del artículo 172 bis LC que excede del alcance de este trabajo. Sin embargo, al respecto, simplemente resaltar en relación a la “justificación añadida” a la que hace referencia la citada STS 6/10/11, lo expresado en el Auto de 17 de septiembre de 2013 del Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra núm. 3, f.d. 6º: “Sea como fuere, no encuentro que se pueda dar “justificación añadida” en los casos en los que la condena se debe a irregularidades contables relevantes para la comprensión patrimonial. No hay manera eficaz de cuantificar qué parte del déficit resultante de la liquidación se debe a la comisión de dicha conducta, ni menos aún de motivarlo, ...”. También SAP Alicante (sección 8ª) de 24/01/2013, f.d.7º: “... a la hora de imponer responsabilidad por el déficit concursal, si la culpabilidad deriva de la producción de una conducta que en sí misma la presupone *iuris et de iure*, ningún otro factor debe atenderse. Por tanto, la imposición del déficit deriva de la propia actividad determinante de la culpabilidad, ...”

En cualquier caso, lo cierto es que en lo relativo a determinados supuestos del art. 164.2 LC, y en concreto en lo que a los incumplimientos contables se refiere, no cabe interpretaciones equívocas en cuanto a la autoría de los mismos. Tanto si el deudor insolvente es una persona física, cuya obligación contable recae en el propio

¹⁹⁸ Vid. *supra* MARTÍNEZ, A., p. 155 sobre la doctrina discrepante acerca de la necesidad de que deba quedar acreditada la autoría de los hechos.

empresario, como si de una persona jurídica se trata, cuya obligación recae en el órgano de administración, siendo indelegables dichas funciones, no cabe lugar a dudas acerca de la autoría de tales incumplimientos. En lo referido al supuesto de culpabilidad *ex art. 164.2.1º*, cabe adherirse a la tesis conforme la acreditación del hecho realizado comporta implícitamente la determinación de la autoría.

Finalmente, parece plausible hacer mención al hecho de que aun no resultando necesario a la luz de la naturaleza de los supuestos, analizar la relación de causalidad entre estos y la generación o agravación de la insolvencia, sí que resulta oportuno reseñar que dicha circunstancia no exime que el juez del concurso, a la hora de determinar la eventual culpabilidad del concurso en virtud del art. 164.2 LC, sí que deba tomar en consideración la relevancia de los hechos para resultar susceptibles de causar o agravar la insolvencia. El hecho que, en gran medida, la definición de los hechos relacionados está conformada por conceptos jurídicos indeterminados, será el juez quien deba determinar si efectivamente, el hecho es lo suficientemente relevante para causar o agravar insolvencia. Tal y como se analizará detalladamente en el apartado relativo a la jurisprudencia interpretativa del art. 164.2.1º LC, los tribunales de instancia a la hora de calificar el concurso por los hechos incluidos en el precepto, en todo caso hacen mención a la gravedad de los mismos y su idoneidad para causar o agravar la insolvencia.

3.2.- La compatibilidad del sistema de presunciones legales de culpabilidad concursal con el derecho a la presunción de inocencia *ex art. 24 CE*.

El artículo 24 de nuestra Constitución establece el derecho de todo ciudadano a la presunción de inocencia. Dicha circunstancia nos lleva a reflexionar acerca de la posible contradicción entre el sistema de presunciones concursales de conducta culpable y el mandato constitucional.

A la luz del análisis del sistema de presunciones concursales, en el que en determinados casos y bajo las particularidades ya analizadas, la carga de la prueba para enervar la presunción de dolo o culpa grave recae sobre el deudor, puede llegar a estimarse incompatible el encaje del sistema de presunciones concursales con el art. 24 CE. Sin embargo, la jurisprudencia se ha pronunciado reiteradamente rechazando tal incompatibilidad¹⁹⁹.

En relación a esta cuestión establece el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), en Sentencia de 22 de noviembre de 1985:

“la calificación de la quiebra, al haberse hecho en proceso contradictorio, con intervención en el mismo de la entidad quebrada debidamente representada y defendida, como acertadamente señala la Sala «a quo», determina la ausencia de toda posible indefensión, sin que la tal calificación operada a través de la resolución impugnada, implique atentado alguno a la denominada «presunción de inocencia» que el artículo veinticuatro, dos de la Constitución proclama, sino cumplimiento obligado de normas y preceptos legales establecidos dentro del proceso universal de quiebra, que tanto el Juzgado, como la Sala de instancia, han observado escrupulosamente, de aquí que a tal actuación procesal no sea aplicable, como la parte recurrente pretende, el citado precepto constitucional.”

En el mismo sentido, la Sentencia TS (Sala de lo Civil) de 10 de diciembre de 1985, en el f.d. 3º:

“...en razón a que la presunción de inocencia que establece el artículo veinticuatro de la vigente Constitución Española, que es consustancial al Estado de Derecho que proclama, hay que ponerlo en relación con todo el conjunto del ordenamiento jurídico en vigor, y en consecuencia no se vulnera, como en el presente caso ocurre, cuando existe una norma específica que, de por sí, establezca presunción legal de culpabilidad civil con posible proyección posterior penal, cual es la normativa de reputación de fraudulencia en la quiebra de comerciante por darse cualquiera de las causas prevenidas en el artículo ochocientos noventa del Código de Comercio, ya que precisamente esa específica presunción en manera alguna desvirtúa, en cuanto se mantiene mientras no se produzca

¹⁹⁹ Si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo analizada a tal efecto, hace referencia al sistema de presunciones de culpabilidad del deudor insolvente en relación al Derecho sobre quiebras incluido en el Libro IV del Código de Comercio de 1885, previo a la vigente Ley Concursal, los fundamentos jurídicos de las sentencias resultan extrapolables a análoga regulación del sistema de presunciones establecido en los artículos 164 y 165 LC.

sanción penal por tal motivo por el competente órgano jurisdiccional penal, en su caso, la genérica presunción de inocencia que el invocado precepto constitucional proclama, y más en cuanto que, conforme se deduce del contenido del artículo mil trescientos ochenta y seis de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la calificación de quiebra fraudulenta que se establezca en la correspondiente pieza formada al respecto es a los meros fines de este pronunciamiento en el campo exclusivamente civil, pues que las consecuencias estrictamente punitivas se desplazan, mediante la expedición de testimonio de tal calificación, al procedimiento penal a seguir posteriormente y que es en el que, en definitiva han de determinarse en su caso y de ser apreciable en tal ámbito jurisdiccional penal, la responsabilidad penal que, mediante aportación de pruebas a tal fin, incluidas las que aporte el quebrado sean deducibles de la expresada calificación, producida en el campo estrictamente civil, habida cuenta que lo que proclama el precitado artículo ochocientos noventa es una mera reputación, en el aspecto civil, de fraudulencia, pero no de responsabilidad penal por su causa, por ser éste un aspecto fáctico-jurídico de la exclusiva y privativa competencia de los Tribunales del mencionado orden jurisdiccional penal.”

3.3.- Interpretación teleológica del art. 164.2.1º LC.

En apartados anteriores hemos analizado la carga de subjetividad que conlleva la interpretación de la información económica, patrimonial y financiera mostrada a partir de los registros contables. Las distintas normas de valoración que prevé el Plan General de Contabilidad, la importancia relativa de los eventuales incumplimientos de las normas de valoración y registro, o el propio concepto de imagen fiel resultan en sí mismo términos jurídicos indeterminados que al incardinarlos en las conductas del deudor incluidas en el art. 164.2.1º LC pueden dificultar su interpretación literal.

Los supuestos de concurso culpable basados en incumplimientos contables, hemos visto que los encuadramos en aquellos supuestos que el legislador ha entendido de gravedad suficiente para que en cualquier caso conduzcan a una calificación culpable del concurso. Sin embargo, debemos de tener en cuenta que el legislador no ha dejado abierta la tipificación del incumplimiento contable a cualquier supuesto, sino aquellos que hayan podido resultar idóneos para producir la desinformación acerca de la realidad económica del deudor insolvente.

Hemos visto que son tres los supuestos que el legislador concursal ha entendido que deben suponer, *per se*, la calificación culpable del concurso por incumplimientos contables:

- a) el incumplimiento sustancial del deber de llevanza de contabilidad.
- b) la llevanza de doble contabilidad.
- c) la comisión de irregularidades relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera.

Más allá de la profundización en la interpretación acerca de los tres supuestos que realizan la doctrina y los pronunciamientos judiciales, sobre lo que se aborda en el siguiente apartado, merece una atención previa analizar la necesidad de una interpretación finalista de los mismos.

En cuanto al concepto de “doble contabilidad”, sin perjuicio de la definición que pueda dispensarse a la expresión, no parece que tenga que resultar controvertido el presupuesto material y su alcance subjetivo.

No obstante, lo que sí resulta problemático determinar, en términos de interpretación semántica, es en qué medida un incumplimiento del deber de contabilidad resulta sustancial o cuándo debe entenderse que determinada irregularidad contable es relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera. Observemos que del tenor literal del precepto se desprende que no cualquier incumplimiento o irregularidad contable debe entenderse que queda incluida en el supuesto legal: el incumplimiento del deber de contabilidad debe ser sustancial y la irregularidad debe ser de tal relevancia que sea susceptible de impedir comprender la situación patrimonial o financiera.

A la luz del acumulado de términos jurídicos indeterminados que se conjugan en el precepto, cabe concluir que, para llevar a cabo una adecuada interpretación del mismo

con la finalidad última de proteger los intereses de los acreedores del concurso, no sólo se exigirá tomar en consideración las particulares circunstancias de los elementos fácticos de cada caso, sino que requerirá anteponer la interpretación finalista de la exigencia de veracidad de la información contable. Siendo el fundamento de la culpabilidad del deudor basada en los incumplimientos contables, la privación de la información que no permita la toma de decisiones basada en datos económicos fiables, cabe entender que el elemento subjetivo del precepto quedará satisfecho en la medida que el incumplimiento contable condujese a tal resultado de opacidad informativa, tanto por el incumplimiento del deber de contabilidad como por la relevancia de las irregularidades: será necesaria la interpretación teleológica del precepto²⁰⁰.

En cualquier caso, cabe añadir determinadas matizaciones que deberán ser tomadas en consideración a la hora de proponer un criterio interpretativo de los supuestos de culpabilidad analizados. En este sentido podemos afirmar que si bien la “irregularidad contable” sí que hace directamente referencia a la opacidad de la información que emana de ella, el incumplimiento sustancial no requiere, *per se*, la opacidad referida. Se trata de un supuesto dotado de un mayor grado de abstracción cuya discrecionalidad en su interpretación se centrará en discernir si determinado incumplimiento es sustancial o no, con independencia del resultado potencial de incumplimiento.

Asimismo, resulta también necesario a la hora de valorar la interpretación del precepto, tener en cuenta la dualidad de destinatarios de la información contable a los que se hacía referencia en apartados anteriores. De este modo, para llevar a cabo una adecuada interpretación del precepto, cabe reflexionar acerca de si debe de tomarse en consideración la naturaleza del destinatario derivada del incumplimiento sustancial. Parece plausible dicha reflexión en la medida que mientras la administración concursal y el Ministerio Fiscal sí tienen acceso a la información en libros y un incumplimiento al

²⁰⁰ En este mismo sentido, GARCÍA-CRUCES, J.A., *Comentario...*, p. 2528.

respecto bien puede haber supuesto una desinformación relevante, no puede decirse lo mismo con respecto a los acreedores, pues no tienen éstos acceso a la información secreta que consta en libros. Por consiguiente, esta circunstancia redundaría en la importancia de la interpretación finalista del precepto²⁰¹.

²⁰¹ En cuanto a la prevalencia de la interpretación finalista del art. 164.2.1º LC: IBÁÑEZ GARCÍA, ISAAC *“Incumplimientos e irregularidades contables y estado de insolvencia”* en Derecho de los Negocios, núm. 249 2011, p. 5 y ss.; también TIRADO MARTÍ, IGNACIO *“Reflexiones sobre el concepto de “interés concursal”*” en Anuario de Derecho Civil tomo LXII-3 2009, Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado 2009, p. 1055-1107.

4.- Los supuestos de concurso culpable ex artículo 164.2.1º LC a la luz de la doctrina y las sentencias de los tribunales españoles.

La relación de supuestos fácticos que comportan, *per se*, la calificación culpable del concurso de acreedores, se inicia con los incumplimientos contables: art. 164.2.1º de la Ley Concursal.

La relevancia de la adecuada comprensión de la situación patrimonial o financiera de una empresa dispone de reflejo normativo en una diversidad de normas y preceptos. La Cuarta Directiva CEE, de 25 de julio de 1978 persigue, entre sus objetivos, como indica en su preámbulo, proteger a los socios y a los terceros, lograr que las informaciones contenidas en las cuentas anuales sean comparables, y conseguir que estos documentos expresen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad²⁰². El Código de Comercio establece la obligación de llevar una contabilidad ordenada (art. 25 CCo)²⁰³. Por su parte, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital dispone que las cuentas anuales deberán ser redactadas con claridad y dicta mandato expreso en cuanto al

²⁰² *“Considerando que la coordinación de las disposiciones nacionales relativas a la estructura y al contenido de las cuentas anuales y del informe de gestión, a las formas de evaluación, así como a la publicidad de estos documentos en lo que se refiere especialmente a la sociedad anónima y a la sociedad de responsabilidad limitada, reviste una importancia particular en cuanto a la protección de los socios y de los terceros;...” “Considerando que es necesario asimismo que se establezcan en la Comunidad unas condiciones jurídicas mínimas equivalentes, en cuanto a la amplitud de las informaciones financieras que se han de poner en conocimiento del público por parte de las sociedades competidoras;...” “Considerando que las cuentas anuales deberán ofrecer una imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera, así como de los resultados de la sociedad;...”* Cuarta Directiva del Consejo, de 25 de julio de 1978 (78/660/CEE), Diario Oficial de las Comunidades Europeas L-222/11 de 14/08/1978.

²⁰³ *“Art. 25. 1. Todo empresario deberá llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios. Llevará necesariamente, sin perjuicio de lo establecido en las Leyes o disposiciones especiales, un libro de Inventarios y Cuentas anuales y otro Diario.”*

objetivo de imagen fiel (art. 254.2 LSC)²⁰⁴, tal y como análogamente establece el artículo primero del Plan General de Contabilidad de 2008²⁰⁵.

La contabilidad se configura como una fuente esencial de información expresada en términos cuantitativos. Siendo así, no parece que deba ser controvertido que se lleve a cabo un escrutinio de responsabilidad del deudor insolvente cuando su contabilidad contenga incorrecciones trascendentes en relación a la capacidad de conseguir el objetivo de imagen fiel, de tal modo que las decisiones de los operadores jurídicos puedan haber sido adoptadas de forma errónea si partiesen de condicionantes fácticos inexactos. Circunstancia no exenta de consecuencias que el legislador pretende prevenir y, en su caso, sancionar²⁰⁶.

Cualquiera de las tres hipótesis de quebrantamiento del Derecho Contable que el legislador concursal ha incardinado en el artículo 164.2.1º LC, suponen la privación de información patrimonial y financiera que tanto puede haber influido en la toma de decisiones de los acreedores en cuanto a la asunción de riesgos patrimoniales se refiere, como en la correcta evaluación de la acción del concursado que deberá realizar la administración concursal y el Ministerio Fiscal una vez ya declarada judicialmente la situación de insolvencia.

La calificación culpable del concurso al amparo de estos supuestos no recae tanto en la mera omisión de aspectos formales de la gestión contable, como en las posibles consecuencias que el legislador considera propias de la desinformación económica,

²⁰⁴ "Art. 254.2. Estos documentos, que forman una unidad, deberán ser redactados con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, de conformidad con esta ley y con lo previsto en el Código de Comercio."

²⁰⁵ "1.º Cuentas anuales. Imagen fiel. .../ ... Las cuentas anuales deben redactarse con claridad, de forma que la información suministrada sea comprensible y útil para los usuarios al tomar sus decisiones económicas, debiendo mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales."

²⁰⁶ En análogos términos a los que cabe adherirse, SAP A Coruña, sección 4ª, núm. 282/2014 de 24 septiembre, fd 4º: "No es de extrañar entonces que se considere culpable el concurso, cuando tal contabilidad contenga irregularidades trascendentes o relevantes en los términos legales, pues en tal caso las decisiones de los operadores jurídicos no podrán ser adoptadas de forma correcta y adecuada, si parten de condicionantes fácticos inexactos."

patrimonial y financiera²⁰⁷. Tanto el incumplimiento sustancial, la irregularidad relevante como la llevanza de doble contabilidad, adquieren virtualidad al objeto de la calificación del concurso en la medida que puedan afectar a la comprensión de la situación económica, patrimonial y financiera.

Incardinados los incumplimientos contables del art. 164.2.1º LC en los supuestos que determinan por mera actividad la calificación culpable del concurso, el quebrantamiento de la norma contable no requiere prueba alguna de la concurrencia de resultado perjudicial. Referido al Derecho de quiebras anterior a la Ley Concursal, ya hallábamos pronunciamientos judiciales en el sentido que con independencia del cumplimiento defectuoso del deber de contabilidad, si se producía un déficit de información relevante se privaba de los mecanismos necesarios que pudiesen permitir una adecuada calificación del concurso²⁰⁸.

De este modo, en la medida que la mera concurrencia de las circunstancias tipificadas comporta la calificación culpable del concurso, con independencia de que hubiese concurrido ánimo defraudador, negligencia grave o incluso leve, o se hubiese producido perjuicio a acreedor alguno, cabe adherirse a las tesis de quienes abogan

²⁰⁷ No se ha hallado controversia doctrinal con respecto al hecho de que la relevancia concursal del deber de contabilidad la hallamos, no tanto en los aspectos formales de la misma, como en la repercusión que puede ostentar en términos de desinformación. En este sentido, GARCÍA-CRUCES, J.A. *La calificación...*, p. 41, “... ya que se entiende que conducen a una privación de la información patrimonial y financiera que, respecto del deudor común, debía satisfacerse con el cumplimiento de tales exigencias”; GÓMEZ SOLER, E. *op. cit.*, p. 60, “... la correcta llevanza de la contabilidad, ..., incidiendo en el juicio de oportunidad de las operaciones comerciales, en la medida en que el incumplimiento de la obligación y la deficiencia de información que supone puede conllevar la realización de operaciones comerciales ruinosas o agravantes de la situación de crisis.”; FERRER BARRIENDOS, AGUSTÍN. *Comentarios a la Ley Concursal*, tomo 3, Editorial Bosch, S.A. 2004, p. 1691, “La importancia de la contabilidad de comerciantes en relación al origen o agravación de la insolvencia difícilmente puede discutirse en la medida que contradice principios elementales de ordenada prudencia en la actividad comercial ya que las decisiones el comerciante las debe tomar sobre la base de conocimiento que le proporciona una contabilidad eficaz y, por otro lado, es contabilidad deviene elemento importante en la reconstrucción del activo y correcta liquidación del pasivo en situaciones concursales.”; SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, JUAN “Calificación del Concurso” en *Instituciones de Derecho Mercantil* 37ª ed., Editorial Aranzadi, S.A. 2015, p. 665, “... deberes legales esenciales para el seguimiento de su actividad o que ha realizado actos que persiguen perjudicar a sus acreedores.”

²⁰⁸ STS de 16 de marzo de 1996 y de 2 de marzo de 1974.

por el carácter sancionador de la Ley Concursal²⁰⁹, cuanto menos en lo que a los incumplimientos contables se refiere.

Al objeto de valorar la inclusión de los actos del concursado en los supuestos del art. 164.2.1º LC, en primer lugar debe acreditarse la obligación de llevanza de contabilidad por parte de éste. El precepto incardina los supuestos de incumplimientos contables como causa de culpabilidad, siempre y cuando el concursado estuviese obligado a la llevanza de ésta en los términos que establece el Código de Comercio. Siendo así, puede realizarse un primer filtro en cuanto a la aplicación del precepto, excluyendo de este modo a las personas naturales no empresarios, o aquellas que aun siéndolo no están obligadas a la llevanza de una contabilidad en los términos del Código de Comercio.

Llegado a este punto, una vez acreditada la obligatoriedad de llevanza de contabilidad, se deberá probar la concurrencia del incumplimiento sustancial del deber contable, la comisión de irregularidades relevantes o la llevanza de doble contabilidad.

Del elenco de jurisprudencia interpretativa de los tribunales de instancia²¹⁰ y la concurrida doctrina propuesta por los múltiples tratados disponibles, que en su

²⁰⁹ Así, GALLEGO SÁNCHEZ, ESPERANZA *“La culpabilidad y la inhabilitación en el concurso de sociedades: la aplicación retroactiva de la Ley Concursal (comentario a la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 7 de Madrid de 11 de abril de 2008)”*, en *Anuario de Derecho Concursal* núm. 16 2009, Editorial Aranzadi, SA. También relevante es el tratado de BELTRÁN, EMILIO *“En torno a la naturaleza de la responsabilidad concursal (Comentario de la sentencia de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de febrero de 2008)”*, en *Anuario de Derecho Concursal* núm. 14 2008, Editorial Aranzadi SA.

²¹⁰ Los posicionamientos jurisprudenciales que los tribunales de instancia han introducido en nuestra doctrina, quedan reflejados en los subsiguientes apartados, incardinados en el análisis de cada uno de los elementos que conforman el precepto analizado. Al respecto de la mención expresa a “tribunales de instancia”, ésta se debe a que es doctrina consolidada del Tribunal Supremo que los elementos fácticos quedan determinados en primera o segunda instancia, no resultando la casación una tercera vía para la determinación de los hechos. A saber, Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 889/2011 de 19 de diciembre (f.d. 3º): *“Esta Sala ha declarado de forma reiterada que los errores en la valoración de la prueba no pueden ser canalizados por la vía del artículo 469.1.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que está reservado para el examen del cumplimiento de las normas procesales reguladoras de la sentencia, .../..., las reglas y principios que deben observarse en la valoración de los distintos medios de prueba que, como función soberana y exclusiva del tribunal de instancia, no es revisable en el recurso extraordinario, salvo cuando, por ser*

conjunto han venido a dar luz interpretativa a cada una de las tres hipótesis de incumplimientos contables en situación concursal, se desprende lo siguiente²¹¹:

- Que lo relevante para la inclusión de los hechos en el precepto es que los defectos de la información contable sean tales que, o bien no pueda la administración concursal formarse una idea suficiente de la situación patrimonial del concursado y de las vicisitudes que acabaron en la insolvencia, o bien se forme una idea errónea de las mismas.
- De igual modo, que dicha desinformación sea de relevancia tal que, análogamente, haya podido impedir conocer a los agentes económicos, *ex ante* a la situación de insolvencia, la verdadera situación patrimonial del concursado.

De este modo, resultará esencial la interpretación que se dispense a los términos “incumpliera sustancialmente” e “irregularidad relevante” del art. 164.2.1º LC, en tanto que conceptos jurídicos indeterminados, siendo la sustancialidad y la relevancia

manifiestamente arbitraria o ilógica, no supere el control de racionalidad constitucionalmente exigible...”. También, sentencia núm. 138/2012 de 20 de marzo (f.d. 4º): “...ello impone someter los hechos declarados probados, intocables como tales en casación, a determinados juicios de valor, los cuales aportan criterios para su subsunción bajo el supuesto de la norma de que se trata y cuyo control no queda fuera de la casación.”. También, sentencia núm. 357/2012 de 13 de junio (f.d. 3º): “Es función del recurso de casación permitir la comprobación de si ha sido correcta la aplicación del ordenamiento sustantivo a los hechos que integran el supuesto litigioso, ...que hubiera declarado probado la sentencia recurrida como resultado de la valoración, .../... Dicha valoración, función soberana y exclusiva de los Tribunales de las instancias, no es revisable ni siquiera por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, salvo cuando, por ser manifiestamente arbitraria ”.

²¹¹ En análogos términos, ALCOVER, G. *op. cit.*, p. 1413, “... lo esencial será en todo caso que los defectos en la información contable, ..., sean tales que o bien no pueda la administración concursal formarse una idea suficiente del patrimonio del concursado y de las vicisitudes que acabaron en la insolvencia o bien se forme una idea errónea del mismo y de las mismas.”. También, CÁMARA, M^ª P., *op. cit.*, p. 1757, “Los incumplimientos contables que determinan la calificación culpable del concurso son aquellos que, por su relevancia, impiden conocer la situación patrimonial del deudor.”; GARCÍA-CRUCES, JOSÉ ANTONIO “El problema de la represión de la conducta del deudor” en *La reforma de la legislación concursal* (A. Rojo, dir.) Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales SA 2003, p. 263, “... parece razonable considerar que, si el fundamento a que ha de responder esta sanción no es otro que el resultado de privación de la información que permita valorar la conducta del deudor común respecto del concurso, ...”; SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO, J., *op. cit.*, p. 665, “... la infracción de aspectos adjetivos o formales de la contabilidad no tiene que determinar necesariamente la culpabilidad concursal.”

lo que determinará que los incumplimientos contables sean susceptibles de ser incardinados en el precepto concursal.

En este mismo sentido se expresa la AP de Barcelona (sección 15ª), Auto de 30 de marzo de 2006, f.d.2º *in fine*:

“...aunque no es necesario en esta fase cautelar la acreditación de la relación de causalidad entre la conducta imputada al administrador de la sociedad – tipificada en los arts. 164.2 o 165- y la generación o agravación de la insolvencia, sí es imprescindible que por las características de dicha conducta sea susceptible de haber generado o agravado la insolvencia, de modo que en supuestos en los que no lo sea cabrá apreciar la ausencia de fumus boni iuris.”

Como paso previo a analizar diferentes supuestos fácticos, resulta oportuno realizar un deslinde entre ambas figuras: el incumplimiento sustancial y la irregularidad relevante. Al respecto, la doctrina analizada conviene en determinar que mientras los incumplimientos son los referidos a defectos de llevanza puramente formales, las irregularidades serían apreciables como consecuencia de los incumplimientos materiales o de fondo en materia contable²¹³.

4.1.- El incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de contabilidad.

Hemos visto en apartados anteriores el elenco de obligaciones contables a las que quedan sometidas las organizaciones empresariales y cuya inobservancia es susceptible de determinar la culpabilidad del concurso en virtud del art. 164.2.1º LC.

²¹³ Una disertación sobre el deslinde entre el concepto de incumplimiento e irregularidad contable, en cuanto a que el primero hace referencia a quebrantamiento de obligaciones de carácter formal, y que la irregularidad se aprecia en la medida que afecte a cuestiones de orden sustantivo, la hallamos en diversos autores. A saber, de entre otros, MUÑOZ, A. *op. cit.*, p. 612; NIETO, C., *op. cit.*, p. 903; FERRER, A. *op. cit.*, p. 1692; GARCÍA-CRUCES, J.A. *La calificación...*, p. 43 y ss.

Obviando volver a relacionar y exponer el conjunto de obligaciones contables, para facilitar su tratamiento en este apartado, sí que de forma esquemática se reproducen a continuación el conjunto de deberes de carácter formal que podríamos segmentar en cuatro grupos:

- La formulación de cuentas anuales, cuyo incumplimiento puede venir determinado por la no formulación de las mismas, su formulación deficiente, la falta de verificación, su no publicación o la publicación extemporánea.
- La llevanza de libros oficiales, cuyo incumplimiento puede consistir en la no llevanza en sí mismo, la llevanza deficiente, la no legalización de los libros o la legalización tardía.
- El mantenimiento de los registros documentales que justifiquen las anotaciones contables.
- La llevanza de registros contables auxiliares que amparen anotaciones en los libros oficiales.

4.1.1.- Formulación, verificación, aprobación y depósito de las cuentas anuales.

En relación con los incumplimientos relacionados con la formulación, verificación, aprobación y depósito de las cuentas anuales²¹⁴, el legislador concursal entiende que se trata de un supuesto menos gravoso que los expresados en el art. 164.2.1º LC. Dicha circunstancia cabe justificarla en el hecho de que la falta de formulación y depósito no pueden llevar a equívoco en la toma de decisiones patrimoniales que puedan basarse en la información contable. En este caso, el destinatario de la información contable conoce la inexistencia de la información a la hora de la toma de decisiones de

²¹⁴ Una amplia disertación sobre el régimen legal de la formulación, verificación, aprobación y depósito de las cuentas anuales, la hallamos en VICENT, F. *“Las cuentas anuales...”*; o en ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL. *“Auditoría, aprobación...”*.

inversión o financiación; por lo que se trata de un supuesto menos gravoso que aquel en que la información pueda ser incorrecta sin que dicha circunstancia sea percibida.

De este modo, la no publicación de las cuentas anuales resulta una presunción de dolo o culpa grave que admite prueba en contrario en cuanto a que resulte tal circunstancia causante o agravante de la insolvencia: supuesto del art. 165.1.3º LC. Por consiguiente, quedando especificados estos supuestos de incumplimiento como causas presuntivas *iusuris tantum* de culpabilidad, no cabe incluirlos como causa de culpabilidad del art. 164.2.1º LC²¹⁵. En cuanto a la formulación defectuosa de las cuentas anuales, debe de diferenciarse entre incumplimientos de carácter formal e incumplimientos que afecten a la materialidad de la información contable.

En lo que se refiere a los incumplimientos de índole formal, deberíamos someter su escrutinio al análisis de la sustancialidad del incumplimiento. No obstante, al respecto cabe decir que cuando ha resultado posible el preceptivo depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil, difícilmente cabe imputar incumplimiento formal sustancial, ya que tal filtro de relevancia se lleva a cabo por el propio Registro, procediéndose, llegado el caso, a la calificación negativa de la solicitud de depósito²¹⁶. Por consiguiente, habiéndose producido el depósito de cuentas, cabe centrar el incumplimiento en lo referido a las incorrecciones que afectan al derecho sustantivo: las "irregularidades relevantes", analizado en el siguiente apartado.

²¹⁵ En este mismo sentido FERRER, A. *op. cit.*, p. 1694: "*ilícito civil sería no llevar contabilidad de ninguna clase, y mera presunción el no haber formulado cuentas*", "*... el hecho de no haber formulado cuentas anuales durante los tres últimos ejercicios constituye solamente presunción de culpabilidad, ...*"

²¹⁶ "Artículo 368. Calificación e inscripción del depósito. 1. Dentro del plazo establecido en este Reglamento, el Registrador calificará exclusivamente, bajo su responsabilidad, si los documentos presentados son los exigidos por la Ley, si están debidamente aprobados por la Junta general o por los socios, así como si constan las preceptivas firmas de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 2.º del apartado 1 del artículo 366. 2. Verificado el cumplimiento de los requisitos a que se refiere el artículo anterior, el Registrador tendrá por efectuado el depósito, practicando el correspondiente asiento en el Libro de depósito de cuentas y en la hoja abierta a la sociedad. El Registrador hará constar también esta circunstancia al pie de la solicitud, que quedará a disposición de los interesados." Real Decreto núm. 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

Cuentas anuales consolidadas.

Hemos visto que la no formulación, la falta de verificación por parte de auditor independiente o no depositar las cuentas anuales en el Registro Mercantil, son supuestos determinantes de la presunción de dolo o culpa grave que admite prueba en contrario *ex art. 165 LC*, alejándose dicha circunstancia del supuesto objetivo de dolo o culpa grave en los términos del *art. 164 LC*. Situados en la obligatoriedad de formulación y depósito de cuentas consolidadas, cabe cuestionarnos si el quebrantamiento de dicho deber lo debemos incardinar en el *art. 165 LC* o si de lo contrario podemos entender que se trataría de un incumplimiento sustancial del deber de contabilidad que impide conocer la verdadera situación del concursado *ex art. 164 LC*.

Para dilucidar acerca del eventual incumplimiento del deber de consolidación y su incardinación concursal, no es determinante si la declaración de concurso la ha solicitado una única sociedad del grupo o si se ha solicitado la declaración conjunta para todas las empresas que lo conforman. Lo relevante será la determinación acerca de si un acreedor concursal, por el incumplimiento del deber de consolidación, haya podido disponer de información equívoca relativa a la situación patrimonial o financiera del concursado. Habida cuenta que no disponemos en la Ley Concursal, una referencia explícita en los supuestos de calificación referida a los grupos de sociedades y las obligaciones contables inherentes a la consolidación de cuentas, el encuadramiento concursal de tales incumplimientos contables debemos de establecerlo fruto de una interpretación extensiva del literal del precepto.

Con tal finalidad interpretativa cabe diferenciarse entre dos supuestos distintos. En primer lugar, aquel en el que no solamente no se han formulado y/o depositado cuentas anuales consolidadas, sino que tampoco se ha realizado lo propio en relación a las cuentas individuales de la sociedad deudora. En este caso parece plausible interpretar que nos hallaríamos ante el supuesto del *art. 165.1.3º LC* en tanto que la

falta absoluta de publicidad de la información contable, tanto de la sociedad individual como del grupo consolidado, sería un supuesto análogo de presunción *iuris tantum* de dolo o culpa grave. Sin embargo, puede resultar controvertido el encuadramiento a dispensar a un segundo supuesto por el que sí se hubiesen depositado las cuentas anuales de la sociedad deudora pero que no se hubiese formulado y/o depositado las consolidadas del grupo. En este caso no podría apelarse al hecho de que no ha habido publicidad alguna de información contable del deudor para subsumir el incumplimiento ex art. 165 LC.

Tengamos en cuenta que la consideración finalista que cabe dispensar a la diferencia entre el supuesto del art. 165.1.3º LC y los del art. 164.2.1º LC se basa en el hecho de que mientras el presupuesto del art. 165.1.3º LC supone la falta absoluta de información que haya podido recibir el acreedor por la ausencia de publicidad de dato contable alguno, los supuestos del art. 164.2.1º LC presuponen el riesgo que la información, si publicada parcialmente, en tanto que se obvia la información consolidada del grupo, si haya podido inducir a error en el acreedor. Al respecto, determinada doctrina interpreta que el supuesto de falta de formulación de los documentos contables consolidados cuando se está obligado a ello, puede entenderse como un hecho determinante de la calificación del concurso de la sociedad como culpable ex art. 164.2.1º LC²¹⁷. En el capítulo destinado a la proposición de criterios interpretativos, se analiza la tesis planteada.

4.1.2.- Llevanza de libros oficiales.

El supuesto de incumplimientos contables más recurrente y que representa la práctica totalidad de los pronunciamientos judiciales y la doctrina que aborda esta

²¹⁷ SARAZÁ, RAFAEL *“Responsabilidad concursal y grupo de sociedades”*, en *Anuario de Derecho Concursal* núm. 10, Editorial Aranzadi SA, 2007, p. 255: *“... podría entenderse que la falta de formulación de dichos documentos contables, la comisión de irregularidades relevantes en los mismos o la llevanza de doble contabilidad consolidada es un hecho determinante de la calificación del concurso de la sociedad como culpable cuando se trata de una sociedad obligada legalmente no sólo a llevar la contabilidad de la sociedad en sí, sino también la contabilidad consolidada del grupo societario”*.

hipótesis de culpabilidad, es el relativo a los incumplimientos sustanciales en la llevanza de libros contables. Es la que ha despertado mayor interés de la doctrina, en gran medida por ser el supuesto más abordado por los tribunales tanto por la cuantía de procesos concursales abocados a una valoración de la conducta contable del concursado, como por la indeterminación de los términos. El concepto de sustancialidad en el incumplimiento o si aspectos formales como si la legalización de los libros debe subsumirse en el precepto, merecen un análisis pormenorizado.

Recordemos que lo primero a tener en cuenta es que el art. 164.2.1º LC no incluye cualquier omisión del deber de llevanza de contabilidad, sino solamente aquellos incumplimientos que resulten sustanciales: *“Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación”*. Diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo ilustran el concepto de sustancialidad en cuanto a la llevanza de libros contables se refiere, considerando que tanto si la ausencia de libros es total como si lo es parcial cabe subsumir el supuesto en el precepto concursal. Así²¹⁸:

Tribunal Supremo (Sala de lo civil), sentencia de 22 noviembre de 1985:

“Es reiterada doctrina de esta Sala la que proclama que el Código de Comercio concede tanta trascendencia a los libros de comercio, que en su artículo treinta y tres ordena llevar a los comerciantes, que utiliza el adverbio de modo «necesariamente», de aquí que la ausencia, bien total o parcial, en dicha llevanza, determina que la quiebra por el mismo provocada, haya de ser calificada como de fraudulenta, conforme dispone el párrafo tercero del artículo ochocientos noventa de dicho Cuerpo legal”;

y en el mismo sentido, sentencia de 18 abril 1990.

²¹⁸ Si bien algunos de los pronunciamientos citados hacen referencia al derecho aplicable anterior a la vigente Ley Concursal, resulta su interpretación extrapolable a la del art. 164.2.1º LC

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 522/2012 de 10 de septiembre, f.d. 3º:

“...el 164, apartado 2, ordinal primero, de la Ley 22/2003, no exigen para la calificación más que el incumplimiento del omitido deber”.

No resulta controvertido que la ausencia absoluta de contabilidad determina, en todo caso, la culpabilidad del concurso por incumplimiento sustancial. Es ilustrativa de la propuesta axiomática: *“la total ausencia de contabilidad supone en sí mismo, uno de los supuestos de culpabilidad intrínseca en el concurso ex art. 164.2.1 que exige según reiterada jurisprudencia del TS, sentencias de 21 de mayo , 20 de junio y 16 de julio de 2012 , entre otras, de la prueba tanto de la relación de causalidad y el daño, por estimarse que tal conducta lleva implícita la existencia de los requisitos del art. 164.1 de la LC”*²¹⁹.

A pesar del taxativo pronunciamiento del Tribunal Supremo, en cuanto a que la omisión, incluso parcial, de los libros de comercio es motivo suficiente para la calificación culpable del concurso, cabe entender que la requerida sustancialidad a la que hace referencia el precepto concursal, deberá ser atendida considerando las particularidades de cada caso y añadiendo a la interpretación sistemática del precepto, la teleológica²²⁰. Una interpretación exclusivamente literal del precepto nos impide determinar qué supuestos de incumplimientos debemos de considerar sustanciales mientras que la interpretación finalista nos permite llegar a considerar incumplimiento sustancial, y por consiguiente corresponder una calificación culpable del concurso, el incumplimiento del que se desprenda privación de la información que no permita valorar la conducta del deudor respecto del concurso²²¹. En cualquier caso, el deslinde

²¹⁹ Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª), sentencia núm. 657/2012 de 20 diciembre, f.d.2º.

²²⁰ En este sentido, GARCÍA-CRUCES, J.A., *La Calificación...*, p. 43 y ss.

²²¹ Son diversos los tratadistas que abogan por esta interpretación doctrinal. A saber, GARCÍA-CRUCES, J.A., *Comentario...*, p. 2528; o GARCÍA MARREO, JAVIER. *Derecho Concursal*, Tirant lo Blanch 2012, p. 648: *“Por sustancial debemos entender –lo esencial y más importen de una cosa-, ... Si tenemos en cuenta que la finalidad de la contabilidad es permitir conocer la situación patrimonial y financiera del*

entre la prevalencia de la interpretación teleológica sobre la aplicación del literal de la norma no queda determinada por la jurisprudencia, analizándose la sustancialidad en cada caso particular.

Al respecto de la interpretación finalista del precepto, la corriente jurisprudencial de los juzgados de instancia, actualmente, matiza los pronunciamientos que sobre los análogos derogados preceptos del CCo 1885 se habían ido introduciendo en nuestro ordenamiento, abogando por limitar el incumplimiento sustancial a aquellos que supongan alguna omisión esencial para la comprensión de la situación de la empresa. Los pronunciamientos judiciales han ido avanzando en lo que se ha venido a denominar *“la doctrina del incumplimiento material sustancial de la llevanza de contabilidad”*²²². En este sentido resulta relevante e ilustrativa la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (sección 4ª) núm. 821/2008 de 26 diciembre, f.j.3º, que, por su significación en ulteriores interpretaciones, se reproduce literalmente. Por medido de este pronunciamiento el Tribunal excluye del supuesto de culpabilidad, aquellos incumplimientos que, aun habiendo significado una omisión de obligaciones debidas, el “conjunto contable examinado” permita conocer la realidad económica, patrimonial y financiera de la empresa:

“...el precepto citado de la Ley Concursal exige para calificar la quiebra como culpable, que el deudor incumpla sustancialmente su obligación en cuanto a la llevanza de la contabilidad, de forma que sea relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera.

concurado, solo cuando el incumplimiento de esa obligación impida conocer la situación real patrimonial y financiera, podremos calificar de sustancial ese incumplimiento. Por lo tanto, cuando a través de los libros contables no se permita conocer la situación patrimonial y financiera del concursado, lo que implica que la auténtica situación de la empresa no pueda deducirse de sus libros, entrará en juego la presunción del artículo 164.2 de la LC. Además, se aplicará la presunción tanto si no se lleva contabilidad como si la que se lleva no permite conocer la situación económico-patrimonial del deudor, ...”; también SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO y SÁNCHEZ-CALERO, J. op. cit, p. 665: “tal incumplimiento del deber de contabilidad debe ser de una naturaleza y efectos suficientes para concluir que del mismo hubiera resultado imposible para los acreedores y terceros en general, deducir cuál era el estado del patrimonio y de los resultados del deudor. Por la misma razón, la infracción de aspectos adjetivos o formales de la contabilidad no tiene que determinar necesariamente la culpabilidad concursal”.

²²² Expresión acuñada por FERRER, A. op. cit., p. 1692.

Se recoge de esa forma, la interpretación doctrinal y jurisprudencial.../...que condicionaba su aplicación a que la llevanza irregular de la contabilidad, provocara desinformación sobre el estado patrimonial y financiero de la sociedad a los terceros que, por cualquier motivo, se relacionaran con la empresa quebrada, con los consiguientes eventuales perjuicios; mas, si ese peligro no concurre, no hay razón para una calificación de culpabilidad...

Pues bien las infracciones contables que se recogen en la resolución recurrida como sustento de la aplicación del art. 164.2.1ª, no pueden reputarse sustanciales, pues no resultan relevantes para la comprensión de la situación patrimonial de la sociedad quebrada; y ello en razón a lo siguiente: .../... tras la diligencia de ocupación de los libros contables de la sociedad y de su examen, incluyendo los depósitos anuales de cuentas y sus respectivos soportes documentales, que concluye que el conjunto contable examinado cumple, en general, lo exigido en el Título III del Libro Primero del Código de comercio...”.

En definitiva, las cuentas depositadas, los libros intervenidos y los documentos ocupados han sido suficientes para reflejar la situación real...aunque no se completara la totalidad de los requisitos que el Código de Comercio exige de manera simplemente formal;...cuando su ausencia no ha sido impedimento para conocer la situación financiera y de resultados de la entidad quebrada, debiéndose de entender que tampoco lo sería para los terceros que hubiesen contratado con la quebrada, sufriendo perjuicios concretos por esa ausencia de contabilidad formal, que no efectiva o práctica;...”²²³

En cualquier caso, a pesar de cierto consenso actual en excluir del precepto aquellos incumplimientos meramente formales, no deja de existir determinada pluralidad interpretativa en cuanto a qué debe de entenderse por mero formalismo. El estudio de la jurisprudencia de instancia nos permite discernir acerca de qué casos concretos cabe subsumir en el supuesto de incumplimiento sustancial.

A continuación, se relacionan los diferentes supuestos de incumplimientos relacionados con la llevanza de libros oficiales sobre los que ha incidido la jurisprudencia de la que se desprende determinada corriente interpretativa. Doctrina

²²³ También hallamos cierta corriente doctrinal que se postula favorable a la interpretación finalista del incumplimiento de las obligaciones contables. A saber: GARCÍA-CRUCES, J. A. “*El problema de la represión...*”, p. 263 y ss.; GARCÍA, J., *op. cit.*, p. 648; GÓMEZ, E., *op. cit.*, p. 61; ETXARANDIO, J., *op. cit.* p. 856 y ss.; ALCOVER, G. *op. cit.*, p. 1413.

que en ocasiones puede entrar en contradicción con la que acabamos de reproducir y cuya fundamentación sólo hallaría justificación mediante el análisis económico del eventual déficit de información que el incumplimiento contable pudiese comportar en cada caso concreto.

- En lo referido a que falte alguno de los libros obligatorios, debe entenderse que queda incumplido el mandato de llevanza de libros contables: *“... es aplicable al caso de que dejase de llevar cualquiera de los que con el predicado de necesario se expresan en el artículo 33, porque es cada uno de esos libros parte integrante de un solo todo o de un sistema de contabilidad preestablecido y la falta de uno solo afectaría a todo el sistema...”* (SAP Madrid (sección 10ª), núm. 507/2005 de 4 de julio).
- Fue determinado por la AP Madrid (sección 28ª), sentencia núm. 148/2006 de 19 octubre, la consideración como incumplimiento sustancial, la no incorporación de la memoria en el libro de Inventarios y Cuentas anuales.
- En lo relativo al indebido cumplimiento en la confección de los balances e inventarios previstos para el Libro de Inventarios y Cuentas anuales, determina la sustancialidad del incumplimiento, la SAP Barcelona (sección 15ª), núm. 78/2014 de 12 de marzo.
- En cuanto a la no llevanza de libros contables a pesar de haberse formulado cuentas anuales: *“unas cuentas elaboradas sobre una contabilidad respecto de la que no existe una mínima garantía de que se hubiera llevado como exige la normativa contable carecen de valor alguno a efectos de considerar que la llevanza de la contabilidad obligatoria se hacía conforme exige la normativa vigente”* (SAP Madrid, núm. 83/2007 de 12 abril, f.d.3º *in fine*).
- En lo relativo a la falta de legalización de los libros o la legalización extemporánea, la jurisprudencia no es pacífica en cuanto a si debe subsumirse esta circunstancia

en el precepto o si debe considerarse como meras omisiones de formalidades que no afectan a la calidad informativa de la contabilidad. Al respecto, resulta ilustrativa la SAP Madrid (sección 28ª), de 9 de marzo de 2012, f.d.3º, por la que se establece que cabe descartar del art. 164.2.1º LC la falta de legalización de algunos libros cuando la administración concursal considere que dicha circunstancia no impide comprender la situación patrimonial o financiera de la concursada²²⁴. En análogo sentido, la SAP Madrid de 11 de abril de 2011, f.d.5º.²²⁵ o la SAP Barcelona núm. 78 de 12 de marzo de 2014, f.j. 5º. Igualmente ilustrativo resulta el pronunciamiento judicial por el que se considera fuera del alcance del art. 164.2.1º LC la legalización tardía de la contabilidad si la suministrada se corresponde con la declarada en relación a las obligaciones tributarias²²⁶. Son diversos los posicionamientos que sostienen tesis matizadas por las que se entiende que tal incumplimiento es una irregularidad formal y que no necesariamente deba de ser relevante para la comprensión de la situación patrimonial y financiera de la empresa, requiriéndose, de este modo, una justificación añadida que relacione la falta de legalización con la generación o agravación de la insolvencia, para subsumir el supuesto al incumplimiento sustancial²²⁷. Sin embargo, también hallamos pronunciamientos en sentido

²²⁴ “Es más, la administración concursal señaló que los libros de contabilidad cuadraban con los soportes contables y descartó de modo explícito que determinados defectos formales (en concreto, la falta de legalización de algunos libros o la presentación de cuentas fuera de plazo) impidieran comprender la situación patrimonial o financiera de la concursada (que es lo trascendente para integrar el motivo de calificación culpable previsto en el artículo 164.2.1º de la LC).”

²²⁵ “El incumplimiento de las formalidades a que alude la sentencia apelada respecto de la llevanza de la contabilidad no permiten declarar culpable el concurso de la deudora en tanto que la falta de llevanza del libro registro de socios o la extemporánea legalización de los libros de contabilidad no encajan ni en la cláusula general -dado que no son susceptibles de generar ni agravar el estado de insolvencia- ni integran ninguna de las presunciones iuris et de iure de concurso culpable y, concretamente, la contemplada en el artículo 164.2.1º de la Ley Concursal , pues ni siquiera se vincula tal circunstancia con el incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de la contabilidad la existencia de doble contabilidad, o de irregularidad relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad.”

²²⁶ J. Mercantil Alicante, núm. 1, sentencia núm. 11/2011 de 13 de enero, f.d.4º: “...Prescindiendo del dato de la legalización tardía de la contabilidad al no ser objeto de calificación tal extremo por considerar que la suministrada corresponde con la declarada fiscalmente, lo que imputa es el supuesto c), es decir las irregularidades contables relevantes ...”.

²²⁷ Sentencias que abogan por matizar la repercusión en el concurso, de la omisión de legalizar de libros contables: J. Mercantil núm. 3 de Madrid, sentencia núm. 174/2013 de 16 de julio, f.d. I “A nuestro juicio, la omisión de legalización no es suficiente por sí sola para que el incumplimiento se

contrario, es decir de los que se deriva determinado automatismo a la hora de considerar la falta de legalización como un incumplimiento sustancial²²⁸.

- En lo relativo a la imposibilidad de aportar la contabilidad en su conjunto por parte del deudor concursado, sin haber mediado alegación bastante que acredite una invencible imposibilidad, no halla amparo tal justificación por parte de la jurisprudencia para desvirtuar el incumplimiento sustancial. Así, SAP Barcelona

repute sustancial. Ciertamente, hubiera bastado que en los informes de calificación se afirmara que no se ha podido comprender la situación patrimonial de la sociedad por esta causa, desplazándose entonces la carga de la prueba a quien no llevara los libros en debida forma.”. También en este sentido, AP de Barcelona (sección 15ª), sentencia 250/2009, de 17 de junio, por la que se consideró que el incumplimiento era sustancial porque la falta de legalización de los libros restaba autenticidad a la contabilidad por la falta de resortes que acreditasen que ésta no había sido manipulada. En el mismo sentido, SAP Barcelona (sección 15ª), núm. 478/2008, de 18 de diciembre, f.d. 3º *“...De acuerdo con la dicción legal, tan sólo tiene relevancia el incumplimiento sustancial del deber de llevanza de la contabilidad, sin que la falta de legalización de los libros pueda conceptuarse así, máxime cuando no se ha demostrado ni siquiera alegado que ello haya dado lugar a un perjuicio claro para terceros.*”. La reciente SAP Barcelona (sección 15ª), núm. 17/2016, de 27 de enero, confirma sentencia que declara culpable el concurso por la falta de legalización de libros, si bien se hace hincapié en la justificación añadida relativa a que no se había legalizado libro alguno en los últimos cuatro años y que todos ellos fueron presentados para su diligenciado una vez ya declarada la situación de concurso (f.d. 3º).

²²⁸ Sentencias que amparan la tesis de considerar la omisión de la obligación de legalizar los libros contables, *per se*, un incumplimiento sustancial: J. Mercantil núm. 3 de Pontevedra, sentencia de 15 julio 2011, f.d. 3º *in fine* *“...la legalización es imprescindible en el proceso de llevanza de una contabilidad ordenada, porque impide la alteración de los asientos después del cierre contable;.../...puede concluirse que son perfectamente asimilables la no llevanza de libros obligatorios y el incumplimiento de la obligación de legalización de éstos;...”*. También J. Mercantil núm. 2 de Barcelona, sentencia de 19 enero 2007, f.d. 2º *“La parte demandada no cuestiona que los libros de contabilidad de los tres últimos ejercicios (2002 a 2004) se legalizaran después de declarado el concurso, lo que implica un incumplimiento sustancial del deber contemplado en el artículo 25 del Código de Comercio que, por sí mismo, permite calificar el concurso como culpable.*”. En el mismo sentido diversos pronunciamientos en segunda instancia, a saber, AP de Alicante (Sección 8ª), sentencia núm. 37/2009 de 27 enero, f.d. 2º *“Como ya habíamos recordado en nuestra Sentencia de 23 de diciembre de 2008 , la jurisprudencia no ha dudado en afirmar la importancia de los libros contables, que su falta produce voluntariamente y forma ilícita, una muy grave perturbación al hacer imposible la comprobación de las operaciones mercantiles de una empresa y es esta desinformación, voluntaria y generada sobre el incumplimiento de una obligación legal, la que justifica la presunción legal de culpabilidad que no admite prueba en contra.”*; sentencia 74/2009 de la misma Audiencia, o Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1ª), sentencia núm. 189/2009 de 25 septiembre, f.d. 2º *“nos encontramos ante un concurso culpable por concurrir uno de los supuestos que se recogen en el artículo 164.2.1º de la Ley Concursal ; supuesto de carácter objetivo configurado como censurable, con independencia de que haya contribuido o no a generar o agravar la insolvencia y con independencia también de la intencionalidad con que la haya causado su agente*”. También SAP Córdoba (sección 3ª), núm. 42/2013 de 5 marzo: *“... la concursada no tenía diligenciados los libros de contabilidad obligatorios, lo que equivale a su falta de llevanza, puesto que unos libros no diligenciados en el Registro Mercantil no ofrecen fiabilidad alguna, al vulnerar flagrantemente las cautelas impuestas por el artículo 27 del Código de Comercio.”*

(sección 15ª), núm. 218/2015 de 22 de septiembre, f.j. 4º: “... se limitó a justificar la falta de aportación por las diferencias entre los dos administradores. ... Por tanto, si no se ha aportado debemos partir de que la misma es inexistente, al menos para el concurso”. De igual modo, cuando se alega la sustracción de los libros contables, tampoco halla amparo la alegación, estableciéndose que, cuanto menos, cabe considerar que “el administrador debería haber adoptado las medidas necesarias para evitar la pérdida de la contabilidad o, en su caso, para permitir su reconstrucción a partir de copias de seguridad o por otras vías.” Así, SAP Barcelona (sección 15ª) núm. 227/2015 de 1 de octubre, f.j. 2º. En cualquier caso, la imposibilidad de aportar los libros contables alegando causa invencible, no halla acogimiento pacífico en nuestra doctrina: *vid.* sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1985, ya citada anteriormente, por la que se consideraba que la calificación de la quiebra no había de ser fraudulenta cuando la desaparición de los libros era por motivo no imputable al quebrado²²⁹.

- Finalmente, para concluir el apartado relativo a la llevanza de libros, resulta oportuno reseñar la opinión jurisprudencial relativa a lo relacionado con el libro de actas o el libro registro de socios. Resulta ilustrativa la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15), de 13 de junio de 2001, f.d.2º: “de donde se desprende que el incumplimiento de la obligación de llevanza que determina el resultado pretendido por el 890.30, no puede extenderse a todos los libros a que se refieren los artículos 25 y 26 del mismo texto legal, sino solamente de aquellos que tengan por función incorporar partidas contables, cosa que no ocurre con los libros de actas de las sociedades mercantiles.”, de tal modo que se excluye del precepto el hecho de incumplir aquellas obligaciones que no comportan la ilustración de la imagen fiel de la situación económica, patrimonial y financiera de la empresa²³⁰.

²²⁹ Esta interpretación no es pacífica: a favor GURREA, A. *La calificación ...*, p. 148; en contra RAMÍREZ, JOSÉ A. *La quiebra. Derecho Concursal español*, Tomo III, 2ª edición. Bosch, Casa Editorial, S.A., 1998, p. 2078.

²³⁰ No es tan taxativa en este mismo sentido la AP Madrid (sentencia de 5 de junio de 2000), en la que incluye como un motivo más de incumplimiento sustancial, la falta del libro de actas (f.d. 2º, *in fine*):

A la luz de la diversidad de pronunciamientos judiciales al respecto de la omisión de legalizar los libros de contabilidad y la pluralidad referida al incumplimiento, en sí mismo, en la llevanza de libros, puede afirmarse que la utilización de una interpretación sistemática del precepto, habida cuenta la indeterminación del término “sustancial”, no resulta eficaz al objeto de establecer un criterio interpretativo pacífico. De este modo, al objeto de ahondar en la interpretación del precepto, resulta oportuno traer a colación una vez más la dualidad de destinatarios de la información consignada en libros. Dicotomía cuya finalidad es la de diferenciar entre el grupo de destinatarios que tienen acceso a toda la información contable sea privada o pública, y aquellos que sólo tienen acceso a la información pública.

En el apartado relativo al secreto de la contabilidad, se hacía mención al hecho que la información contable no alcanza en igual medida a todos los destinatarios. Mientras que la administración concursal, destinatario instrumental de la información contable, tiene acceso tanto a los datos que se desprenden de las cuentas anuales, públicas, como a la información consignada en los libros contables, privada; los agentes económicos que hayan podido tomar sus decisiones patrimoniales a la luz de la información contable publicada por la empresa, no tienen acceso a la información consignada en libros. Siendo así, parece plausible considerar que a la hora de calificar el concurso por incumplimientos contables, debería relacionarse el incumplimiento contable llevado a cabo con el destinatario que haya podido verse afectado. En relación a la doble faz del incumplimiento en materia contable consecuencia de la pluralidad de destinatarios, resulta clarificadora la disertación en *“Tratado Judicial de la Insolvencia”*²³¹, que se reproduce para su ilustración:

“... y como colofón, la falta del libro de actas que recoja las celebradas desde la constitución de la sociedad quebrada...”

²³¹ MUÑOZ, A. *op. cit.*, p. 627. También hallamos jurisprudencia por la que se toma en consideración, a los efectos de calificación del concurso, la dualidad de destinatarios de la contabilidad. Vid. SAP de Madrid, sec. 28ª de enero de 2009, SJM núm. 1 de Oviedo de 29 de julio de 2011, SJM núm. 5 de Madrid de 2 de febrero de 2010, o SAP de Madrid, sec. 28ª de 5 de febrero de 2008.

“Luego, si la contabilidad presenta irregularidades y éstas se trasladan a las cuentas anuales la presunción opera en su versión más amplia; si la irregularidad se comete en la contabilidad pero no en las cuentas, bien porque son correctas, bien porque ni siquiera se han formulado o depositado o, aun siéndolo, por el tiempo del depósito no han trascendido al conocimiento de terceros, la administración concursal sólo podrá fundar con perspectivas de éxito la culpabilidad del concurso en el déficit de información que ello le ha supuesto, no en el perjuicio, abstracto o concreto, que haya podido causar a unos acreedores que no llegaron a ser conocedores de tal información y cuyo juicio no pudo verse afectado; finalmente, si la irregularidad aparece por vez primera en la formulación de las cuentas, podrá afectar tanto a la administración concursal (por cuanto la discordancia entre las mismas y su soporte contable creará no poca confusión), como a los acreedores. Faltando cualquiera de estos perjudicados podrá existir irregularidad, pero en ningún caso será relevante.”

A este respecto cabe preguntarse si el hecho de haberse legalizado tardíamente los libros, ha podido afectar de algún modo a la toma de decisiones de los agentes económicos en relación al finalmente concursado o si dicha circunstancia impide a la administración concursal conocer las causas del origen o agravación de la insolvencia. O si determinadas ausencias de información relevante en libros, tal como la memoria, que hayan podido verse subsanadas por su correcta inclusión en las cuentas anuales debidamente formuladas y depositadas, han podido impedir a la administración concursal valorar la conducta del deudor. De este modo, apreciando la escasa o nula trascendencia informativa de los incumplimientos indicados, se observa que la interpretación finalista del precepto podría llegar a entrar en contradicción con la interpretación literal del mismo.

A modo de síntesis, el cumplimiento de las obligaciones contables consiste en permitir que un tercero pueda examinar con relativa facilidad si las cuentas ofrecen la imagen fiel de la situación patrimonial de la sociedad, de manera que se incumple esa obligación cuando no se ha situado a la administración concursal en condiciones de

poder informar de manera justificada sobre la situación patrimonial del concursado y sobre las razones que han conducido a la situación de insolvencia²³².

4.1.3.- Mantenimiento de registros documentales.

En cuanto a los incumplimientos relativos al mantenimiento de registros documentales que amparen las anotaciones contables (art. 30 CCo), hallamos en el repertorio de jurisprudencia determinados pronunciamientos al respecto. La Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15ª), en sentencia de 8 de julio de 1998, f.d. 6º, establece como incumplimiento sustancial la falta de custodia de la documentación y justificantes concernientes al negocio:

“el deber de contabilidad comporta no sólo la llevanza de los libros mediante la inclusión sistemática y ordenada de los apuntes contables correspondientes a las operaciones realizadas por el empresario, sino también la custodia de la documentación y justificantes concernientes a su negocio”, ...,”no cabe disgregar las dos facetas de una sola obligación. Inobservada la segunda, la llevanza formal de libros, ..., se revela una simple apariencia...”²³³.

²³² A los efectos de delimitar el concepto de “incumplimiento sustancial”, resulta muy ilustrativa la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15ª), en sentencia núm. 19/2015 de 28 de enero, f.j. 2º: *“El incumplimiento del deber de llevar la contabilidad, como expresa la propia norma, ha de ser sustancial, esto es, ha de tener entidad suficiente como para impedir que la contabilidad que, en su caso, se pudiera llevar, permita conocer la situación económica y patrimonial del deudor concursado. Por consiguiente, no cualquier incumplimiento de las obligaciones contables comporta que se pueda aplicar la presunción de culpabilidad del artículo 164.2.1º LC sino tan solo aquellos que tengan cierta relevancia, esto es, impidan que la contabilidad cumpla con la finalidad que le es propia, ofrecer la imagen fiel de las cuentas anuales. El problema está en determinar cuándo el incumplimiento es sustancial y cuándo carece de tal carácter.”...* creemos que consiste el cumplimiento de las obligaciones contables, en permitir que un tercero pueda examinar con relativa facilidad si las cuentas ofrecen la imagen fiel..., de manera que se incumpla esa obligación cuando no se ha situado a la AC en condiciones de poder informar de manera justificada (es decir, comprobada y comprobable) sobre la situación patrimonial del concursado y sobre las razones que han conducido a ella”.

²³³ En análogos términos: SAP Madrid (sección 14ª), de 5 junio 2000, f.d. 2º, SAP Barcelona (sección 15ª), de 28 enero 2004), f.d.2º.

4.1.4.- Mantenimiento de registros contables auxiliares.

En lo referido al incumplimiento en la llevanza y mantenimiento de registros contables auxiliares que complementen las anotaciones en los libros oficiales, el art. 28.2 CCo 1885 establece en relación a las anotaciones en el Libro Diario, que “... *Será válida, sin embargo, la anotación conjunta de los totales de las operaciones por períodos no superiores al trimestre, a condición de que su detalle aparezca en otros libros o registros concordantes, de acuerdo con la naturaleza de la actividad de que trate*”. Del literal del precepto se desprende que la validez de las anotaciones conjuntas queda condicionada a la posibilidad de mostrar, en registros concordantes no necesariamente oficiales, el detalle de las mismas. Por consiguiente, el incumplimiento en el deber de la llevanza de tales registros auxiliares, comporta que la falta de anotaciones diarias, habiéndolas consignado agrupadamente, resultaría ser un incumplimiento en la llevanza adecuada de, en este caso, el Libro Diario.

En el capítulo correspondiente se plantea la tesis interpretativa acerca de los diferentes supuestos de incumplimientos contables.

4.2.- La comisión de irregularidades relevantes.

A la luz de los pronunciamientos judiciales analizados, puede afirmarse que el supuesto de calificación concursal por la comisión de irregularidades contables relevantes, ha sobrevenido el supuesto sobre el que más se ha discernido y sobre el que más ha ahondado la doctrina. Dicha circunstancia puede obedecer a una doble circunstancia: el hecho, en sí mismo, de que sean cuantiosos los concursos en los que se detecta la comisión de esta naturaleza de irregularidades y en segundo término el hecho de que en el propio literal del supuesto hallamos una serie de conceptos de significado indeterminado idóneos para suscitar controversia. Conceptos como el de la propia “irregularidad”, la “relevancia”, o la “comprensión” de la situación económica del concursado, nos llevan inevitablemente al necesario solapamiento de la

interpretación teleológica de los términos con el análisis económico y financiero de los estados contables. Habida cuenta que no es objeto de este trabajo analizar las causas ni cuantificar la razón de ser de la abundante detección de irregularidades contables en sede concursal, en este apartado el análisis se centrará en la interpretación que de los términos ha venido introduciendo en nuestra práctica jurídica, la jurisprudencia y la doctrina.

El concepto “irregularidad relevante” incluye cuatro presupuestos:

- El material: una falta de información contable o que ésta no se corresponda con la realidad de un hecho de trascendencia económica llevado a cabo por el deudor.
- El cuantitativo: que la discordancia entre la información contable y la realidad económica se traduzca en diferencias económicas importantes; de tal modo que se excluirán las diferencias de escasa cuantía en términos relativos.
- El cualitativo: que la discordancia afecte a elementos determinantes para conocer la verdadera situación patrimonial o financiera del concursado, por lo que se excluirán las irregularidades que no alteran de forma determinante la información.
- El subjetivo: que la irregularidad revele cierta intencionalidad o el incumplimiento de las más elementales reglas de la diligencia exigible al concursado²³⁴.

Con base en los indicados presupuestos que conforman el precepto, analizaremos acto seguido en qué modo la jurisprudencia y la doctrina, con finalidades interpretativas, han venido a relacionarlos con los términos indeterminados del precepto concursal: haberse producido una irregularidad contable, que ésta sea

²³⁴ Análisis basado en análoga disertación que al respecto se muestra en la sentencia de la AP de Alicante (Sección 8ª) núm. 282/2011 de 30 junio, f.d. 3º.

relevante y que lo sea en relación a la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor²³⁵.

En relación al concepto de irregularidad, debe entenderse referido al quebrantamiento de una norma contable establecida, tanto por una alteración activa de los estados financieros: haber incluido registros contables que desvirtúan la imagen fiel, como por omisión: no dejar constancia de hechos con trascendencia económica o financiera.

Ya hemos visto en el apartado dedicado a comparar los términos “error” e “irregularidad”, en que a pesar de determinada controversia doctrinal que haya podido suscitar la comparación de los términos, el TS se ha pronunciado abogando por una interpretación finalista en el sentido de que no fuese determinante la intencionalidad, por lo que el mero error debe asimilarse al concepto irregularidad²³⁶. En virtud de esta tesis, el concepto de “irregularidad” en este contexto incluye no solamente los casos de falsedad de lo consignado en la contabilidad, sino también aquellos supuestos que, por infracción de la diligencia debida, la falta de información sea consecuencia de una vulneración no intencionada de la norma contable.

En cuanto a la autoría de la irregularidad, no existe controversia alguna en determinar que el único obligado y facultado para la formulación de las cuentas anuales y la llevanza de contabilidad en su conjunto y por consiguiente responsable del contenido de la misma, es el órgano de administración en el caso de sociedades de

²³⁵ Son numerosos los estudios que realizan un análisis de los tres elementos. A saber, QUIJANO GONZÁLEZ, JESÚS “*Las irregularidades relevantes en la contabilidad como hecho de concurso culpable (STS 16.1.2012)*” en *Anuario de Derecho Concursal* nº 27, Editorial Aranzadi, S.A. 2012, p. 365 y ss.; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, RICARDO Y HERNÁNDO MENDÍVIL, JAVIER *op. cit.* p. 75 y ss.; MUÑOZ, A. *op. cit.* p. 615 y ss.; GARCÍA MARRERO, J. *op. cit.*, p. 649 y ss.; ALCOVER, G. *op. cit.*, p. 1413 y ss.; GARCÍA-CRUCES, J.A., *La Calificación...*, p. 46 y ss.

²³⁶ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), núm. 994/2012 de 16 de enero, f.d. 9º. Pronunciamiento reproducido en el apartado dedicado a los “errores e irregularidades”. Si bien, tal y como se ha expuesto en el capítulo que se estudia el deslinde conceptual entre error e irregularidad contable, la doctrina contemporánea aboga mayoritariamente, que no unánimemente, por dicho posicionamiento, lo cierto es que no hallamos una corriente análoga en el Derecho Comparado que se ha analizado, en el que se toma en consideración el elemento subjetivo al objeto de llevar a cabo un escrutinio de responsabilidad.

capital o el propio deudor para los supuestos de empresarios personas físicas. Se rechaza de pleno la exoneración de responsabilidad por el hecho de haberse delegado en terceros la gestión contable. En este sentido resulta ilustrativa la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15ª), sentencia núm. 231/2007 de 27 abril, f.d. 2º in fine: *“Del mismo modo, el administrador no puede excusar su responsabilidad por el hecho de haber sido mal asesorado contablemente por la gestoría que le llevaba la contabilidad, pues en última instancia es responsabilidad del administrador la elección de las personas a quienes delega las funciones que le corresponde a él realizar o supervisar, de modo que cuando menos existe una negligencia o culpa in eligendo, al encargar la tarea contable a quien no debió.”*

El segundo elemento a considerar es el de la relevancia. En congruencia con el presupuesto cuantitativo, no basta con cualquier irregularidad para que el concurso sea calificado como culpable. La irregularidad tiene que ser relevante. Conjugados los dos términos: “irregularidad relevante”, nos hallamos ante un concepto jurídico indeterminado, el cual, a la luz de la doctrina y la jurisprudencia analizada, es el término que más controversia interpretativa ha suscitado. Determinar qué irregularidades alcanzan el umbral de relevancia no puede determinarse de una mera interpretación sistemática del precepto.

La relevancia tendrá que ser de suficiente entidad, cuantitativa o cualitativa, como para influir en la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor, de tal modo que la irregularidad la desvirtúe: que impida disponer de la información pertinente para valorar la conducta del deudor en relación al origen o agravamiento de la insolvencia²³⁷ o que haya podido causar desinformación en el lector de los estados

²³⁷ No se ha hallado en la doctrina, controversia acerca de dicha circunstancia. La preceptiva relevancia de la irregularidad no es una cuestión litigiosa a la luz de los autores consultados. Así, GARCÍA-CRUCES, J.A., *La Calificación...*, p. 47: *“... si es posible advertir un criterio orientativo a fin de comprobar si se satisface tal requisito, pues éste no será otro que el de atender a si la falsedad o el error permiten o evitan disponer de la información necesaria para valorar la conducta del deudor...”*; DE ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO Y HERNÁNDO MENDÍVIL, JAVIER *op. cit.* p. 77: *“... tendrá que ser de suficiente entidad como para incidir en la comprensión de su real situación patrimonial o financiera”*; SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO Y SÁNCHEZ-CALERO, J. *op. cit.* p. 665: *“... por la misma razón, la infracción de aspectos adjetivos o*

financieros. De tal modo que como consecuencia de la irregularidad relevante se haya adquirido una visión errónea de la situación económica, patrimonial y financiera. En cualquier caso, estas premisas interpretativas no solucionan por sí mismas la cuestión acerca de qué irregularidades debemos considerar relevantes a los efectos de la calificación del concurso; será ésta, una cuestión de hecho que tendrá que apreciar el juez en cada caso²³⁸.

Al respecto de la apreciación por parte del juez de los hechos en que se fundamente la calificación culpable del concurso, cabe añadir que éstos no pueden ser apreciados de oficio, debiendo de haber sido invocados y probados por los legitimados para instar la calificación por exigencias del principio de congruencia y de defensa²³⁹.

Será el juez del concurso quien deba concluir si determinada irregularidad alcanza el umbral de relevancia necesario para la calificación del concurso. Siendo así, en cumplimiento con el principio de interdicción de la arbitrariedad, resulta necesario cierto grado de objetivación de la relevancia, tarea nada sencilla habida cuenta la carga de subjetividad que la propia expresión conlleva. Hemos visto en el capítulo anterior que el legislador, al objeto de facilitar herramientas interpretativas en el escrutinio de corrección contable, aborda la problemática de determinación de la importancia relativa por medio de la NIA-ES 320. Sin embargo, la aplicación de dicha norma contable, definitoria de la relevancia de las incorrecciones contables, no es siempre invocada en las sentencias de calificación concursal basada en “irregularidad relevante”²⁴⁰.

formales de la contabilidad no tiene que determinar necesariamente la culpabilidad concursal”; o vid. GURREA, A. “El perjuicio informativo como fundamento para la represión concursal de las irregularidades contables relevantes”, en La calificación culpable ..., p. 119 y ss.

²³⁸ A análogas conclusiones hace referencia la doctrina consultada. Vid. CÁMARA, M^a P., *op. cit.*, p. 1757; o GARCÍA-CRUCES, J.A., *La Calificación...*, p. 47.

²³⁹ J. Mercantil núm. 1 de Alicante, Sentencia núm. 211/2007 de 21 noviembre, f.j. 3^o.

²⁴⁰ Vid. Audiencia Provincial de A Coruña, sentencia núm. 226/2015 de 6 de julio, f.d. 4^o en cuanto a la remisión al concepto de importancia relativa para determinar la relevancia de la irregularidad contable a efectos concursales. *A sensu contrario*, Vid. Audiencia Provincial de Alicante (Sección Tribunal de Marca Comunitaria), Sentencia núm. 148/2015 de 9 de julio, o Audiencia Provincial de Pontevedra (sección 1^a), Sentencia núm. 277/2015 de 17 de julio, en cuanto a la omisión de mención alguna al principio de importancia relativa para determinar que cierta irregularidad resulta

El elenco de normas de Derecho Contable dirigidas a la determinación y contrastación del cumplimiento con el objetivo de imagen fiel, no siempre hallan acogimiento en los pronunciamientos judiciales concursales. Si bien es cierto que las sentencias que amparan una calificación culpable en la existencia de irregularidades contables, en numerosas ocasiones apelan a la relevancia de éstas al amparo del concepto de “importancia relativa”, lo cierto es que no prolifera en las mismas, el análisis económico relativo a los supuestos de hecho concretos. La apreciación subjetiva por parte del juzgador está exenta, a menudo, de parámetros cuantitativos analizados con base a las técnicas generalmente aceptadas de análisis económico-financieros de estados contables. Modelos de análisis que, a la postre, permiten mostrar de forma objetiva la distorsión informativa que una eventual incorrección contable sustantiva pueda haber comportado. Al respecto, resulta destacable la profundización que realiza el J. Mercantil nº 3 de Barcelona, sentencia de 18 de febrero de 2008, f.d.7º, en el que se apela a la introducción de criterios interpretativos que otorguen seguridad jurídica: *“hay que utilizar algún criterio que otorgue seguridad jurídica y evite que cualquier error, omisión o irregularidad determine la grave consecuencia de calificar el concurso como culpable”*. En relación con la relevancia, continúa la sentencia, profundizando en las resoluciones del ICAC por las que se establecen métodos cuantitativos para determinar los límites de la “importancia relativa”²⁴¹; norma actualmente derogada substituida por la NIA-ES 320.

El tercer y último elemento que comprende este supuesto de culpabilidad concursal hace referencia al hecho de que tal relevancia tiene que estar relacionada con la capacidad de comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor. Este elemento es una conexión más con una interpretación finalista del precepto. Tal es así que, ante una irregularidad de cierta entidad, pero que no impida comprender correctamente la situación patrimonial y financiera del deudor, no alcanzaría la

relevante; también se omite mención alguna a la valoración de la importancia relativa en sentencia del Tribunal Supremo, núm. 343/2015 de 5 junio.

²⁴¹ Resolución de 14 de junio de 1999 por la que se publica la norma técnica de auditoría sobre el concepto de importancia relativa.

relevancia que determinaría la calificación del concurso como culpable; y, sin embargo, una irregularidad de menor entidad pero que impida tal comprensión, se convertiría en relevante en términos concursales.

Esta interpretación del precepto puede resultar útil al objeto de delimitar el elemento cualitativo. En cualquier caso, esta delimitación deja pendiente de resolver el modo en el que el juez del concurso delimita si la incidencia de la irregularidad en la comprensión ha sido de suficiente envergadura. Claro está que la capacidad de comprensión de los estados financieros depende también de las capacidades técnicas del destinatario de la información contable.²⁴³

Así como al referirnos a los “incumplimientos sustanciales”, decíamos que su invocación mayoritaria era la referida a la llevanza de libros oficiales en lo que a las cuestiones formales se refiere; la “irregularidad relevante” hará referencia esencialmente al quebrantamiento de normas materiales en la formulación de las cuentas anuales. En especial, hallamos pronunciamientos judiciales en relación a los tres documentos principales: el balance de situación, la cuenta de pérdidas y ganancias y en menor medida la memoria. No habiéndose hallado en los pronunciamientos judiciales analizados mención alguna a irregularidades en el estado de cambios del patrimonio neto o el estado de flujos de efectivo, también documentos de obligada formulación para las empresas de mayor tamaño. Esta última circunstancia puede estar justificada por el hecho de que estos dos últimos documentos no se entiendan como estados financieros esenciales para la comprensión de la situación del concursado, quedando relegados a un plano de complementariedad respecto a los tres documentos principales; o incluso, puede estar justificada su ausencia en el análisis

²⁴³ En este sentido, *Supra QUIJANO, J. op. cit.*, p. 367 *in fine*. “...la comprensión a la que se refiere el precepto debe entenderse como un reflejo natural de los documentos contables, que no exige un juicio de valor altamente especializado; quizá un consumado especialista contable pudiera deducir la situación patrimonial o financiera del deudor de tales documentos a pesar de que la irregularidad les haga objetivamente incomprensibles; bastaría esta constatación a los efectos de la calificación del concurso como culpable.”

concurzal, por su reciente incorporación como documento de obligada formulación e inclusión en las cuentas anuales.

Sin embargo, puede afirmarse que, en lo relativo al estado de flujos de efectivo, un adecuado análisis de la información que se desprende del mismo, sí permite obtener determinada información económica, patrimonial y financiera relevante para valorar la solvencia de una empresa. Un estudio más detallado de la relevancia informativa del estado de flujos de efectivo se relega al apartado de propuestas interpretativas.

Centrados en las irregularidades en los tres documentos esenciales que conforman la información contable, resulta desmesurado pretender relacionar exhaustivamente los diferentes casos que pueden resultar objeto de irregularidad. Dicho cometido supondría llegar a discernir sobre tantas irregularidades como supuestos contables puedan existir. Por consiguiente, el análisis se realizará diferenciando en relación a los tres documentos y llevando a cabo una síntesis abarcadora que englobe la diferente casuística contable.

Limitación temporal

Como paso previo a adentrarnos en los diferentes estados financieros, resulta pertinente hacer mención a la limitación temporal a considerar para la determinación de los actos o conductas susceptibles de comportar la calificación de culpabilidad del concurso por los incumplimientos ex art. 164.2.1º LC²⁴⁴. Si bien la LC establece determinadas limitaciones temporales en una pluralidad de supuestos fácticos, no es así en lo referido a los elementos del precepto analizado. Por consiguiente, no hallando cabida en el tenor literal del precepto, cabe someter a interpretación la

²⁴⁴ Resulta oportuno recordar, tal y como se ha expresado en el apartado en que se abordan los trabajos prelegislativos de la Ley Concursal, que antes de la aprobación del texto definitivo del precepto, ya se plantearon dudas acerca del límite temporal: "... tras un lardo debate sobre lo que debe entenderse por no llevar contabilidad de ninguna clase y sobre el lapso de tiempo al que cabría referir las actuaciones que fundarían la calificación del concurso..." (acta de la sesión del día 18 de enero de 2000 de la Sección Especial para la reforma concursal).

aplicación del límite temporal. Más allá de la proposición interpretativa que se expondrá en el capítulo oportuno, resulta pertinente mostrar el reciente posicionamiento jurisprudencial al respecto. La SAP A Coruña (sección 4ª) núm. 14/2015 de 26 de enero introduce una disertación doctrinal por la que se concluye en el f.d. 5º *in fine*: “... pueden investigarse conductas cometidas con anterioridad al plazo de los dos años anteriores al concurso siempre que tales conductas hayan tenido incidencia en la declaración de insolvencia del deudor, con independencia de su comisión en un momento temporal anterior.”²⁴⁵

4.2.1.- La cuenta de pérdidas y ganancias.

En relación a la cuenta de pérdidas y ganancias sólo hallamos tres supuestos abarcadores en los que se puede materializar la irregularidad y que puedan resultar trascendentes para la comprensión de la situación económica del concursado: aquellos que desvirtúen la preceptiva determinación del resultado contable, los que lleven a mostrar una incorrecta clasificación de los ingresos y gastos atendiendo a su naturaleza, y aquellos que induzcan a una proyección temporal errónea de los mismos.

246

Bien se trate de una irregularidad consistente en el reflejo equívoco de la cifra de ingresos o análogamente desde el punto de vista del reflejo de los gastos, nos hallamos en cualquier caso ante el supuesto abarcador de mostrar un resultado

²⁴⁵ De igual modo, resulta oportuna la reflexión vertida al respecto por GURREA, A. *La calificación...*, p. 138, donde se plantea ampliar el plazo del límite temporal a los seis años establecidos en el Código de Comercio.

²⁴⁶ Resulta pertinente reseñar que no hallamos posicionamientos explícitos de la doctrina acerca de la incardinación en el precepto concursal, de las irregularidades en la cuenta de pérdidas y ganancias. Dicha circunstancia la podemos deber, en gran medida, al hecho de que las incorrecciones en este documento que puedan afectar al resultado contable, las hallamos asimismo reflejadas en el balance de situación al quedar el resultado integrado en la valoración del Patrimonio Neto. Siendo así, lo cierto es que la doctrina viene a abordar la casuística de irregularidades contables, en lo que a su repercusión en el balance de situación se refiere. No obstante, cabe reseñar como excepción a lo antedicho, la obra de GURREA, A., *La calificación*, en la que sí se detalla análogamente a lo expuesto en este trabajo, acerca de la incardinación de la cuenta de pérdidas y ganancias en el supuesto de irregularidad relevante.

distinto al que verdaderamente se haya producido. Circunstancia que, contrastada la relevancia cuantitativa, cabría incardinarla en el supuesto de irregularidad relevante.

En lo que se refiere a la adecuada clasificación de los ingresos y gastos, por su naturaleza, de los pronunciamientos analizados no se desprende que dicha circunstancia sea relevante para la comprensión de la situación económica o financiera del concursado. Lo cierto es que escasa relevancia concursal puede llegar a tener, que determinadas partidas de gastos hayan sido contabilizadas por un concepto u otro en la medida que consten como tales, análogamente a lo que ocurre en relación a las partidas de ingresos. No obstante, llegado a este punto cabe la reflexión acerca de si cualquier clasificación errónea debe de considerarse irrelevante, lo que enlazaría con el tercer supuesto de incorrección en la cuenta de pérdidas y ganancias.

Tal vez pueda resultar relevante desde un punto de vista cualitativo, haber registrado como parte de la cifra de negocio, por ejemplo, partidas de ingresos que debiesen tener la consideración de ingresos extraordinarios, con la finalidad de mostrar una imagen de ingresos corrientes superior a la real despertando falsas expectativas de proyección económica. Dicha situación que en sí mismo no alteraría el resultado neto de la empresa, podría interpretarse como una irregularidad relevante desde un punto de vista cualitativo. Análogamente a haber registrado en cuentas contables de gastos extraordinarios, importes que por su naturaleza deben considerarse costes recurrentes.

En cualquier caso, a la luz de los pronunciamientos judiciales analizados, en lo que a la cuenta de pérdidas y ganancias hace referencia, la irregularidad a los efectos concursales se centra exclusivamente en la adecuada determinación del resultado final del periodo a que hagan referencia las cuentas anuales. Al respecto resulta oportuno reseñar el hecho que, aunque el resultado contable forme parte de la composición del patrimonio neto del balance de situación, no resulta suficiente subsanar un eventual déficit de información de la cuenta de pérdidas y ganancias, ajustando la diferencia

directamente en la partida del patrimonio neto sobre la que se aplique el resultado (reservas voluntarias, ...). A saber, SAP Salamanca (sección 1ª), núm. 430/2012 de 23 julio, en cuanto al cargo contra reservas voluntarias de errores contables de ejercicios precedentes por gastos no registrados en el ejercicio que correspondía; situación que se traduce en una irregularidad no en el ejercicio de la corrección contable contra reservas, sino en el que se produjo el gasto no registrado; pues aunque la valoración acumulada del patrimonio neto resultase la misma, la depreciación del mismo debería haberse reflejado en el ejercicio cuando se devengó.

La relevancia del resultado contable es indiscutible ya que no sólo forma parte la cifra resultante de la cuantificación del patrimonio neto de la sociedad, sino que en sí mismo, es el parámetro que muestra de forma más evidente, la capacidad de generar recursos económicos por parte de la empresa. La inadecuación del cálculo del resultado contable es, sin lugar a dudas, un supuesto de irregularidad importante y que en función de las circunstancias ya descritas que conforman la definición del precepto concursal, puede resultar relevante para la comprensión de la situación económica, patrimonial y financiera del concursado.

4.2.2.- El balance de situación.

Más importante aún si cabe, que la información que emana de la cuenta de pérdidas y ganancias, es la información que se desprende del balance de situación. Las irregularidades en el balance pueden también tener su origen en causas cuantitativas o cualitativas. Por motivos cuantitativos debemos entender la consignación de importes en exceso o la falta de consignación de los que deberían constar, tanto en el activo, en el pasivo exigible o en el patrimonio neto. Es decir, partidas que se incluyan indebidamente o que se omita su registro a la luz de los hechos de trascendencia

económica relativos al concursado y siguiendo las pautas de carácter obligatorio determinadas por las normas contables de valoración y registro²⁴⁷.

En lo referido a las causas cualitativas, debemos incluir aquellas irregularidades consistentes en consignar en lugar inadecuado determinados importes; bien, por ejemplo, por consignar determinada partida como activo corriente cuando a la luz de la norma contable debería quedar comprendida como activo no corriente, consignaciones como pasivo a corto plazo cuando deberían constar en las deudas a largo plazo, o inclusión de importes como patrimonio neto cuando deberían constar como pasivo exigible. Todo ello, de entre otras múltiples y diversas modalidades de incumplimientos referidos a la correcta consignación y clasificación del activo, el pasivo exigible y el patrimonio neto. En esencia, se tratará de incorrecciones que no permitan mostrar una imagen fiel de la valoración patrimonial del concursado o de su estructura de financiación. Tal es la diversidad de supuestos en cuantía y naturaleza, como diversas son las circunstancias contables que envuelven a cada uno de los procesos concursales.

Seguidamente se enumeran una serie de supuestos de hecho que han sido considerados por la jurisprudencia, irregularidades que influyen en la comprensión de la situación del deudor, sin perjuicio de que resulte necesaria la acreditación de su relevancia cuantitativa. Esta relación de supuestos no pretende ser una relación cerrada de irregularidades que atañan al balance de situación, sino que se trata de, o bien diversos grupos de casos que a la luz de la jurisprudencia resultan recurrentes, o bien determinados supuestos que por su especificidad se ha creído oportuno reseñar. Todos ellos coincidiendo en consistir en irregularidades que en sí mismo, en caso de

²⁴⁷ Hallamos una relación de supuestos de irregularidades que resulta ilustrativa en ASENSI, ALTEA en *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, (Ángel Rojo y Ana Belén Campuzano, Dir.). Editorial Aranzadi, S.A. 2013, p. 216. También en GARCÍA-CRUCES, J. A. "El problema de la represión ...", p. 265 y ss.

resultar relevantes en términos relativos, supondrían una alteración del objetivo de imagen fiel²⁴⁹.

Análogamente a lo que hacíamos referencia en cuanto a la cuenta de pérdidas y ganancias, algunos de los supuestos que seguidamente se enuncian podrían, en aplicación de la técnica contable de partida doble, tanto incluirse como incorrecciones del balance de situación, como de la cuenta de pérdidas y ganancias²⁵⁰.

- Por la falta de dotación de provisiones de diversa naturaleza²⁵¹:

SAP Madrid (sección 28ª) núm. 63/2009, de 17 marzo. SAP Zaragoza (sección 5ª), núm. 502/2013 de 3 diciembre: en cuanto a la omisión de la debida provisión por créditos comerciales incobrables.

²⁴⁹ ASENSI, A., *op. cit.*, en p. 216 sintetiza, a partir de los posicionamientos jurisprudenciales, la casuística relativa a la irregularidad relevante en el balance de situación: *“es relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor en los casos, entre otros, de falta de dotación de provisiones, incorrecta valoración de las existencias; no inclusión en las cuentas anuales de las garantías relevantes prestadas a otras sociedades del grupo; variaciones relevantes en el activo y pasivo en la contabilidad de la deudora que se encuentra inactiva y sin que se proponga adecuada justificación; falta de provisión de los avales prestados para garantizar saldos a terceros cuando no han sido atendidos a su vencimiento; la falta de dotación de provisiones de saldos de acreedores cuando el deudor tiene fondos propios negativo o ha cesado en su actividad.”* Análogamente, si bien de forma más genérica GARCÍA-CRUCES, J.A. *op. cit.* p. 265, también relaciona supuestos fácticos que entiende cabe subsumir en la irregularidad relevante del balance de situación: *“supuestos en que se ocultaran o no constaran activos reales”, “constancia contable de activo ficticio”, constancia de un fondo de comercio inexistente...o de un crédito supuesto”, “giro y constancia contable de letras de cambio vacías o de colusión”*.

²⁵⁰ No se ha hallado en la doctrina consultada, más allá de los autores ya referenciados, análisis casuístico que incardine en el precepto concursal los posibles supuestos de incorrecciones contables de carácter sustantivo. Por el carácter indeterminado de los términos del precepto, serán los tribunales de instancia, a partir de los antecedentes fácticos de cada caso, los que han ido hilvanando un marco interpretativo de aplicación de la irregularidad contable relevante. Los pronunciamientos judiciales que seguidamente se relacionan, permiten ilustrar acerca del posicionamiento generalizado en lo que se refiere al encuadramiento jurídico concursal de los antecedentes fácticos más recurrentes.

²⁵¹ Las irregularidades contables consistentes en la falta de registro de preceptivas provisiones, supone tanto un quebrantamiento de las normas para la determinación del resultado contable como para consecución del objetivo de imagen fiel en la cuantificación del valor del activo de la empresa. Por consiguiente, las diferentes manifestaciones de esta naturaleza de incorrección, en la medida que resulten relevantes, cabe incluidas en la aplicación del precepto concursal. Los innumerables supuestos de hecho de esta naturaleza que pueden llegar a producirse, no permiten una relación exhaustiva de los mismos. Sin embargo, los presupuestos abordados en el elenco de sentencias citadas, viene a resumir de forma aglutinadora la casuística más recurrente.

SAP Madrid (sección 28ª) núm. 138/2012 de 7 mayo: en cuanto a la omisión de la debida provisión, por sentencia judicial condenatoria al pago de cantidad pecuniaria determinada.

J. Mercantil Pontevedra núm. 1, sentencia núm. 80/2011 de 30 de junio: en cuanto a la falta de provisión en relación con actas de la Agencia Tributaria.

J. Mercantil Madrid núm. 5, sentencia núm. 8/2011, de 14 enero: en cuanto a la falta de provisión por avales prestados para garantizar saldos de terceros cuando no han sido atendidos los pagos a su vencimiento.

SAP Madrid (sección 28ª), núm. 203/2011, de 17 junio: en cuanto a la falta de dotación de provisiones cuando el deudor tiene fondos propios negativos o ha cesado en su actividad.

- Por la incorrecta valoración de las existencias²⁵²:

SAP Madrid (sección 28ª), núm. 298/2009, de 4 diciembre

SAP León (sección 1ª) núm. 43/2012 de 13 febrero

SAP Ourense (sección 1ª), núm. 293/2012 de 29 junio

SAP A Coruña (sección 4ª), núm. 226/2015, de 6 de julio

- Por la constatación de activos ficticios²⁵³:

²⁵² Análogamente a lo expresado en relación a la falta de preceptivas provisiones, la incorrecta valoración de existencias puede impedir conocer correctamente tanto el resultado económico como al valor del activo y, por extensión, del valor del patrimonio neto de la empresa. Su toma en consideración por parte de la jurisprudencia, no ha pasado desapercibida.

²⁵³ La constatación de activos en el balance de situación no es dimanante de un criterio discrecional de registros contables; La activación de hechos económicos responde a la aplicación de determinadas normas contables cuyo quebrantamiento cabe entender como una irregularidad susceptible de impedir comprender adecuadamente la valoración patrimonial del deudor concursado.

SAP Madrid (sección 28ª), núm. 62/2009, de 24 marzo: en cuanto a la constatación de un fondo de comercio inexistente o su equívoca cuantificación.

SAP Valladolid (sección 3ª), núm. 398/2011, de 21 noviembre: en cuanto al registro contable en el activo, de un crédito frente terceros que resultó ser inexistente.

J. Mercantil Barcelona núm. 4, sentencia núm. 137/2006 de 31 mayo, o la ya citada SAP A Coruña (sección 4ª) núm. 226/2015 de 6 de julio, en cuanto a la activación de un crédito fiscal correspondiente a las bases imponibles negativas del Impuesto sobre sociedades por las pérdidas de los últimos ejercicios, no resultando procedente su inclusión en el activo en virtud de la resolución del ICAC de 9 de octubre de 1997.

J. Mercantil Barcelona núm. 2, sentencia de 9 de mayo de 2006: en cuanto a la activación de gastos de explotación que alteran la situación de fondos propios.

- Por el giro y constancia contable de letras de cambio vacías o “de colusión”²⁵⁴.: STS de 19 de noviembre de 1993.
- Por la alteración directa indebida del valor del patrimonio neto²⁵⁵:

²⁵⁴ El giro de letras de cambio vacías o de “colusión” lo entendemos como un mecanismo fraudulento de obtener financiación mediante el uso de letras de cambio que no responden a operaciones reales, procediendo al descuento bancario de las mismas. Al respecto, aunque en referencia a la regulación de la quiebra previa a la Ley Concursal, el Tribunal Supremo se pronunció acerca del carácter fraudulento de la quiebra al concurrir esta actividad. *Vid.* Tribunal Supremo, sentencia 5/1993, de 19 de noviembre: “Considerar, en efecto, como hizo aquella Sala, que en la expresión «incluir en el balance memorias, libros u otros documentos relativos a su giro o negociaciones, bienes, créditos, deudas, pérdidas o gastos supuestos», utilizada en el mencionado precepto del CCom para caracterizar una de las circunstancias que convierten a la quiebra en fraudulenta, se puede y debe subsumir una conducta como la de la entidad demandante, consiste en financiarse mediante el giro de letras de cambio vacías o «de colusión», que no respondían a operaciones reales, por lo que indefectiblemente su obligada devolución no podía sino ocasionar un endeudamiento cada vez mayor, no parece ser, en modo alguno, una interpretación irracional y desviada de la norma en cuestión ni una aplicación de la misma a supuestos absolutamente distintos de los que en su letra y espíritu están contenidos”.

SAP Barcelona (sección 15ª), sentencia núm. 18/2012, de 25 enero: en cuanto al registro contable de “operaciones acordeón”, esto es, operaciones de reducción de capital social a cero con simultánea ampliación de capital, sin haber mediado escritura pública de las mismas.

SAP Alicante (sección 8ª), núm. 26/2013 de 24 enero: en cuanto a la consignación en el patrimonio neto de cuantías en concepto de “otras aportaciones de socios” cuando no quedaba acreditado documentalmente el carácter de permanente de la aportación recibida.

SAP Madrid (sección 28ª), núm. 31/2008 de 5 febrero: en cuanto al registro contable de un aumento de capital por el que nunca se adoptó un acuerdo al efecto, de modo que lo que existió fue un préstamo de accionista.

A sensu contrario, la concurrencia de determinadas circunstancias relacionadas con irregularidades contables, puede llegar a matizar su incardinación en el precepto concursal, aunque *per se* pudiesen suponer, por su naturaleza, una calificación culpable del concurso. Una interpretación finalista las alejaría de los elementos que conforman el presupuesto legal. Así:

SAP Alicante (sección 8ª), núm. 282/2011, de 30 junio, f.d. 3º: “..., *no puede afirmarse en 2008 que la partida de existencias de los ejercicios anteriores sea ficticia pues ello exige comprobarlo físicamente al final de cada ejercicio en el momento de realizar el inventario.*” En relación a saldos de dudoso cobro, “...*no consta que la Administración Concursal haya hecho la correspondiente gestión con cada uno de los deudores a fin de comprobar la viabilidad del cobro del crédito, por lo que sin esa información no puede asegurarse que se están*

²⁵⁵ Por la relevancia que ostenta la valoración del patrimonio neto de una sociedad mercantil, las incorrecciones aplicadas directamente sobre las partidas que componen este epígrafe del balance, cabe también entenderlas como relevantes en términos cualitativos.

computando irregularmente como activo créditos incobrables.” En relación a saldos acreedores por préstamos recibidos que constan en la fecha de cierre del ejercicio económico y que cuyo saldo no aparece en la apertura del siguiente ejercicio, “Se ha comprobado que es cierta la referida irregularidad contable, pero al comparar los asientos de cierre de 2007 y los de apertura de 2008 se comprueba una disminución de activos y pasivos por el mismo importe que no afecta a la situación patrimonial de la empresa.”

También en SAP Barcelona (sección 15ª), núm. 173/2007, de 19 marzo, f.d. 7º, en relación a la eventual indebida activación de créditos fiscales: “...La Sala comparte el criterio de la Administración Concursal y del Juzgado de lo Mercantil de que en este caso, en que la inclusión de esta partida del activo en el balance correspondiente a las cuentas del ejercicio 2003, formuladas y aprobadas unos meses antes de que se pidiera el concurso voluntario, la situación próxima a la insolvencia debía desaconsejar tal inclusión. Pero ello no permite calificar taxativamente esta conducta de irregularidad clara pues, dependiendo de la solución que pudiera alcanzarse dentro del concurso, sobre todo si se acude a un convenio, no podemos negar que este crédito fiscal pudiera hacerse efectivo, si la recuperación económica de la sociedad da lugar a la generación de bases impositivas positivas en los próximos años, dentro de los que se permita la compensación. De hecho, la salvedad contenida en el informe de auditoría que acompaña las cuentas el ejercicio 2002 se refirió a que la recuperación del crédito fiscal que por entonces aparecía en el activo del balance por importe de 286 millones quedaba condicionada a la obtención de beneficios futuros suficientes dentro del plazo legal establecido para la compensación.”

Finalmente, en relación a las irregularidades en el balance, del tenor literal del precepto se desprende el carácter abstracto de las mismas en el sentido de que es indiferente si la irregularidad lleva a mostrar una imagen de la empresa, mejor o peor

en términos patrimoniales y financieros respecto a la preceptiva imagen fiel. De este modo, aun mostrándose una imagen peor respecto a la imagen fiel, que nada puede haber perjudicado a un posible acreedor que haya tomado sus decisiones de crédito con base en estados financieros “empeorados”, se produce la paradoja de que nos hallaríamos igualmente ante un supuesto del art. 164.2.1º LC. A título ilustrativo, supongamos una equívoca contabilización de unas deudas a largo plazo que hayan sido registradas como pasivo a corto plazo, de tal manera que se transmite públicamente una imagen de solvencia peor de la que realmente es por la clasificación de la deuda con terceros con una errónea exigibilidad temporal. Este hecho que, en sí mismo, no supone una incorrección contable susceptible de producir perjuicio alguno a terceros, podría llegar a suponer la calificación culpable del concurso, circunstancia que pone de manifiesto una determinada disonancia entre la interpretación literal y la teleológica del precepto.

4.2.3.- La memoria.

La memoria tiene la finalidad de complementar, ampliar y comentar la información contenida en los restantes documentos que integran las cuentas anuales. Se deberá incluir cualquier información no prevista en los demás documentos y que sea necesaria para la adecuada comprensión de la información consignada en las cuentas anuales al objeto de que éstas muestren la imagen fiel de la situación patrimonial, financiera y de resultado. Más allá del contenido mínimo obligatorio que se prevé para la adecuada formulación de este documento, cualquier circunstancia que permita complementar la consecución del objetivo de imagen fiel, debe hacerse constar.

A la luz de la definición que la norma contable realiza en relación a las cuentas anuales, entendiéndolas como un único documento para la muestra de la imagen fiel de la sociedad (art. 34.1 CCo)²⁵⁶, podría llegarse a interpretar que aquellos excesos o

²⁵⁶ “Art. 34. 1. Al cierre del ejercicio, el empresario deberá formular las cuentas anuales de su empresa, que comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la Memoria. Estos documentos

defectos de consignación en el balance de situación o la cuenta de pérdidas y ganancias, podrían venir subsanados si se hiciese mención expresa a tal circunstancia en la memoria. Sin embargo, a la luz de la jurisprudencia analizada, este supuesto queda muy matizado. Si bien existe algún pronunciamiento que ha estimado en ciertos casos que en tanto exista explicación en la memoria y salvedad en la auditoría, queda satisfecho el principio de consecución de la imagen fiel de la sociedad²⁵⁷, lo cierto es que este posicionamiento no es unánime y determinada jurisprudencia entiende que el carácter complementario de la información a consignar en la memoria en ningún caso puede suplir las obligaciones con respecto al balance de situación y la cuenta de pérdidas y ganancias²⁵⁸.

Una correcta formulación del balance de situación y de la cuenta de pérdidas y ganancias con base en las normas contables de valoración y registro, será una condición necesaria para la consecución de la imagen fiel; su complementación en la memoria cuando resulte necesario para tal objetivo, será la condición suficiente.

forman una unidad. El estado de cambios en el patrimonio neto y el estado de flujos de efectivo no serán obligatorios cuando así lo establezca una disposición legal."

²⁵⁷ Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), Sentencia núm. 87/2009 de 13 marzo., f.d. 2º: *"Todo lo cual nos debe llevar a concluir que la activación de estas bases imponibles negativas no estaba justificada y constituyó una irregularidad contable, pero ello no es suficiente para justificar la calificación culpable del concurso al amparo del art. 164.2.1º LC, pues es necesario, además, que esa irregularidad sea relevante para comprender la situación patrimonial o financiera de la compañía. Y es este requisito el que no se aprecia en el presente caso, pues el balance viene justificado con la memoria, que deja constancia del importe de las bases activas imponibles activadas y las razones que lo motivan, en concreto las medidas empresariales que generan las expectativas de recuperación económica y con ella de bases imponibles positivas, y esa información se ofrece a los terceros con el informe de auditoría, que es favorable, pero con las reseñadas salvedades por incertidumbre.*

²⁵⁸ En este sentido, el J. Mercantil núm. 1 de Pontevedra, sentencia núm. 80/2011 de 30 junio, f.d. 11º *in fine*: *"Bien es cierto que las cuentas (balance, cuenta de pérdidas y ganancias y memoria) conforman una unidad, de acuerdo con el artículo 34.1 del C. de Comercio; y se depositan conjuntamente en el Registro Mercantil. Pero no lo es menos que la memoria completará, ampliará y comentará la información contenida en los otros documentos que integran las cuentas anuales (35.5 C.Com), pero no los sustituyen ni, sobre todo, convalida en modo alguno.../...No nos hallamos simplemente ante asientos que no sean especialmente respetuosos con el principio de prudencia, de modo que ese mayor riesgo haya sido explicado en la memoria; ni ante errores en balance o cuenta que hayan sido corregidos en aquélla; sino ante la comisión de prácticas contables conscientemente al margen de las normas y que tanto en las cuentas principales como en la complementaria se presentan como correctas, creando entre todas la imagen distorsionada. Que el auditor, respecto de las dos partidas indicadas, se haya limitado a hacer una salvedad al respecto, pero informado favorablemente la aprobación de tales cuentas, servirá a lo sumo, como se a indicar, para eludir su propia responsabilidad, pero no convalida, como él mismo expone, las irregularidades cometidas."*

Si nos referíamos anteriormente a la expresión “relevante para la comprensión de la situación patrimonial del concursado”, como un término de significado jurídico indeterminado en relación a la información dimanante del balance de situación o de la cuenta de pérdidas y ganancias, más aun si cabe, debemos de considerar indeterminada la percepción de qué datos a complementar en la memoria deben de resultar necesarios para la consecución del objetivo de imagen fiel. El PGC determina una serie de información de obligatoria inclusión en la memoria y que no toda puede resultar determinante para el objetivo de imagen fiel. Por consiguiente, más allá del quebrantamiento de requisitos formales que pueda derivarse de la falta de inclusión de la memoria en los libros oficiales, cuyo análisis ya se ha realizado al tratar los “incumplimientos sustanciales”; en lo que se refiere a irregularidades de cuestiones sustantivas, será la apreciación de cada caso concreto lo que esclarecerá si determinado déficit de información en la memoria puede quebrantar la preceptiva transparencia informativa.

En cualquier caso, sí que hallamos en la jurisprudencia pronunciamientos que permiten disponer de un criterio sobre supuestos concretos de relevancia informativa en la memoria. Serán supuestos de desinformación relativa a hechos ocurridos o de previsible acontecimiento cuya toma en consideración puedan llegar a influir en la percepción de solvencia de una sociedad. Tal es así como, de entre otros, posibles acuerdos que coarten el principio de empresa en funcionamiento o, lo que más recurrentemente hallamos en la jurisprudencia en relación a las omisiones en la memoria, la no inclusión de garantías prestadas a terceros o a sociedades vinculadas²⁵⁹.

²⁵⁹ SAP Madrid (sección 28ª), núm. 88/2009 de 17 abril. También SAP Murcia (sección 4ª), núm. 329/2008 de 31 julio.

4.3.- La llevanza de doble contabilidad.

Si bien, de una primera aproximación al concepto de doble contabilidad, podría llegar a entenderse éste como un supuesto agravado de irregularidad contable, la doctrina y los pronunciamientos judiciales, de una forma mayoritaria, han venido definiendo el término diferenciándolo de ésta²⁶⁰.

En primer lugar, es unánime la percepción que esta hipótesis de incumplimiento contable se infiere del ánimo defraudador del deudor concursado. Así, Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), sentencia de 30 de enero de 1991, f.d. 2º *“...pues toda doble contabilidad tiene por finalidad el ánimo defraudatorio”*.

Las diferentes definiciones analizadas delimitan el alcance objetivo del incumplimiento y su presupuesto subjetivo. A tal efecto, resulta ilustrativa la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª), sentencia núm. 192/2012 de 13 abril, en su definición de doble contabilidad:

“...la apariencia de una contabilidad oficial formalmente correcta por más que inveraz junto con la llevanza de otra real en régimen interno, de imposible apreciación en el caso examinado en que lo que concurre es una discordancia en los datos, cifras y saldos reflejados en el conjunto de documentos contables y libros oficiales no legalizados de la sociedad”.

También es relevante la definición que, referida al mismo asunto judicial, previamente había determinado el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Vigo, de 15 de julio de 2011 (f.d. 3º):

²⁶⁰ En este sentido, puede verse THOMÀS PUIG, PETRA M. *“La doble contabilidad como presupuesto de la calificación del concurso culpable”* en *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, (Ángel Rojo y Ana Belén Campuzano, Dir.), Editorial Aranzadi, S.A., 2013, p. 191 y ss.; también ALCOVER, G. *op. cit.*, p. 1413 *in fine*; GARCÍA-CRUCES, J.A. *La Calificación...*, p. 44 y ss.; o GURREA, A., *La calificación*, p. 142 y ss.

“La doble contabilidad se suele referir a la llevanza de libros paralelos, partiendo de la base de una duplicidad entre los libros oficiales –donde no se registran todos los asientos, por lo que la información sobre el estado real de las cuentas es bien restringida- y unos libros no oficiales –donde se registra el estado real de los movimientos contables-, por lo que es fácilmente sostenible que la contabilidad B exija una contabilidad A, que se postule como oficial ante terceros y sea la que acceda al registro mercantil o determine las bases imponibles del impuesto de sociedades, con intención de ocultación de determinados actos.”

De igual modo, por su exhaustividad, resulta de interés, la definición incluida en la obra *“La doble contabilidad como presupuesto de la calificación del concurso culpable”*²⁶¹:

“La doble contabilidad supone la existencia de una contabilidad falsa que puede estar regularmente llevada y cumplir con todos los requisitos legales y otra verdadera que se oculta habitualmente por motivos fiscales, lo que obliga a las empresas a separar la información oficial de la oculta. Si bien la documentación puede segmentarse, las existencias y materiales no, lo que implica descuadres en inventarios y controles de almacén. Separar la información de consolidación de deudas y control de riesgos con clientes implica un difícil control de tesorería y riesgos. En cuanto a las cajas, la dificultad de llevar dos separadas, lleva a tener una sola consolidada o que dificulta los cuadros diarios. También es habitual, en los casos de doble contabilidad, ceder la gestión de cobro al comercial o transportista con los riesgos que ello supone y ello por no hablar de la falta de uniformidad en caso de consolidación de cuentas y balances contables si la información está separada. Los casos más patentes de entrega de mercancía, cobro en metálico y posterior destrucción del albarán, pueden ser hoy controlados con los sistemas de auditoría de datos a pesar de las estrategias que se utilizan: doble base de datos,

²⁶¹ Reproducción literal de THOMAS PUIG, PETRA M., *op. cit.*, p. 193.

dobles servidores remotos (incluso en algún caso, triples), procesos de borrados masivos si fuera necesario, ...Sin embargo, suele ser habitual que no se tenga demasiado celo a la hora de emitir documentación en papel: albaranes, tickets de fabricación, etiquetas de producto, listados de ventas y estadísticas, en manos de clientes, transportistas, proveedores, etc.”.

Habida cuenta la inexcusable existencia de dolo en el elemento subjetivo, determinada doctrina interpreta que por lo reprobable que resulta la conducta, su mera realización justifica la aplicación del art. 164.2.1º LC, sin que resulte necesario el juicio de valor en cuanto a si resulta sustancial la desinformación que se deriva de tal circunstancia²⁶². No obstante, resulta posible otra interpretación por la que resultara exigible una ulterior concreción acerca de si la existencia de doble contabilidad produce una desinformación relevante o si por el contrario la información resulta suficiente al objeto de valorar la conducta del deudor en cuyo caso resultaría inaplicable el supuesto *ex art.* 164.2.1º LC²⁶³. Acerca de esta controversia doctrinal, la jurisprudencia analizada aboga por la consideración del concurso culpable ante la acreditación de existencia de una doble contabilidad, sin que resulte necesario acreditar la relevancia de la desinformación: SAP Madrid 175/2009 de 26 de junio, que ante la existencia de una doble contabilidad entiende “... lo cual significa la concurrencia de un hecho suficiente, por sí mismo, para conllevar la declaración como culpable del concurso...”.

²⁶² Así, ALCOVER, G. *op. cit.*, p. 1413, en que se interpreta el carácter abstracto de la consideración culpable del concurso por la llevanza de doble contabilidad a la luz de la interpretación literal del precepto: “*Parece que al legislador le basta tal doble llevanza para declarar al concurso culpable, lo que significa que, en realidad, está sancionando esta conducta, que, en sí misma considerada, ni produce ni agrava per se...*”; También en este mismo sentido THOMÁS, P. M., *Op. Cit.*, p. 194 y GURREA, A., *La calificación*, p. 146: “... resulta razonable que la propia existencia de doble contabilidad sea suficiente para la calificación culpable del concurso”.

²⁶³ GARCÍA-CRUCES, J.A. *La Calificación...*, p. 45. Introduce una interpretación alternativa posible a la generalizada en cuanto al carácter abstracto del supuesto, por la que podría también entenderse razonable “... requerir una exigencia ulterior para entender aplicable la presunción de concurso culpable cuando mediara doble contabilidad. Así, no bastaría con que ésta se produjera, sino que, además, sería necesario que la misma no permitiera una información suficiente a los efectos de poder valorar la conducta del deudor común. Si, por lo contrario, pese a la existencia de la doble contabilidad, la información suministrada por la contabilidad exteriorizada nos faculta para llevar a cabo esa valoración, resultaría inaplicable la presunción de concurso culpable *ex artículo* 164.2.1º LC.”.

A pesar de la naturaleza jurídica del concepto “doble contabilidad”, tanto por sus elementos objetivos como por la evidencia del ánimo fraudulento, son, en términos relativos, escasas las sentencias judiciales que fundamentan la calificación culpable del concurso con base en este supuesto. En gran medida, incluso ante la acreditación de la existencia de una doble contabilidad, queda determinada la calificación bien por incumplimientos sustanciales, bien por irregularidades relevantes. Determinada doctrina expone los motivos que justificarían dicha circunstancia, que de una primera aproximación podría parecer una disonancia jurídica²⁶⁴. En cuanto a la fundamentación como incumplimiento sustancial en lugar de doble contabilidad, ésta se sustentaría en el hecho de que la llevanza de libros paralelos, unos oficiales donde no constan todas las operaciones comerciales y por consiguiente no reflejan la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa, y otros ocultos, en los que constan los movimientos contables reales, comportaría apreciar el incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de contabilidad al no tener libros oficiales debidamente cumplimentados y legalizados. También siguiendo dicho criterio, cabría descartar la fundamentación con base en la doble contabilidad, si se produjese un impedimento a conocer la verdadera situación de la empresa por divergencias, por ejemplo, entre los libros no legalizados y la contabilidad oficial, lo cual llevaría a la calificación culpable por la existencia de irregularidades relevantes.

Alternativamente, también hallamos pronunciamientos judiciales en que se fundamenta la calificación en la existencia de doble contabilidad a pesar de concurrir igualmente irregularidad relevante e incumplimiento sustancial. Dicho posicionamiento responde al hecho de considerar la doble contabilidad como un supuesto agravado que engloba tanto la irregularidad relevante como el incumplimiento sustancial: *“Este hecho – la doble contabilidad-, por sí solo, justifica la calificación del concurso como culpable entendiendo esta juzgadora que todas las demás irregularidades contables quedan subsumidas en la más grave de todas, en*

²⁶⁴ *Supra* THOMÀS, P.M., p. 197.

cuanto, la contabilidad oficial es una mera farsa y comprenderá, por supuesto, datos falseados que impiden la comprensión de la situación patrimonial y financiera real de la deudora concursada.”²⁶⁵

En cualquier caso, cabe considerar que la propia ocultación que supone la existencia de doble contabilidad dificulta probar su propia existencia, lo que puede resultar en numerosos casos, determinante para su exclusión como causa de culpabilidad concursal.

²⁶⁵ Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Lugo, sentencia núm. 93/2013 de 15 de abril, f.d. 3º *in fine*.

5.- La correlación entre los supuestos del art. 164.2.1º LC y determinados ilícitos penales de contenido contable.

El ordenamiento jurídico español establece que determinados supuestos de quebrantamiento del Derecho Contable son de relevancia suficiente como para derivar responsabilidades delictivas. Previsión normativa que la hallamos regulada en el Código Penal por medio de la tipificación de la ocultación de la imagen fiel de la situación económica, patrimonial y financiera de una empresa: supuesto fáctico análogo a los previstos en la norma concursal que determina la declaración culpable del concurso *ex art. 164.2.1º LC*.

Las formas cualificadas de injustos relacionados con el Derecho Contable que hallan tipificación penal en España se determinan, según el bien lesionado, en:

- Delitos de carácter contable relacionados con las situaciones de insolvencia (art. 259.1.6º,7º,8º y 261 CP).
- Delitos societarios por falseamiento de las cuentas anuales (art. 290 CP), y
- Delitos contra la Hacienda Pública por la comisión de irregularidades contables relevantes (art. 310 CP),

Un trabajo de investigación cuya finalidad es la de proponer criterios interpretativos del precepto concursal sobre incumplimientos e incorrecciones contables, sugiere llevar a cabo un análisis del alcance penal de los mismos. En este apartado analizaremos la correlación entre los supuestos fácticos previstos en el art. 164.2.1º LC y los análogos que en una pluralidad de preceptos penales, en respuesta a una variedad de bienes jurídicos protegidos, conforman el elenco de supuestos de criminalidad por causas contables.

Más allá de la paridad del presupuesto objetivo previsto en la norma penal respecto el del precepto concursal, sobre lo que se abordará seguidamente, resulta oportuno

analizar brevemente los rasgos esenciales que determinan la criminalidad del quebrantamiento de la norma contable y por extensión, hasta qué punto la concurrencia de los supuestos fácticos del precepto concursal, comportan necesariamente su encuadramiento en la norma penal²⁶⁶.

El delito contable no se justifica por la mera concurrencia de la infracción del deber de llevanza de una ordenada contabilidad. La conducta punible precisa que se acredite la existencia de un desvalor añadido que explique la lesión de los bienes jurídicos penalmente protegidos: “la *ordenada actividad administrativa*”, “la *seguridad general del tráfico*” o “los *deberes del ciudadano frente a la Administración*”²⁶⁷. Análoga circunstancia la hallamos en la regulación de la calificación culpable del concurso por causas contables. La concurrencia de los supuestos del art. 164.2.1º LC determinan la calificación culpable del concurso, no por la infracción contable *per se*, sino por suponer ésta un riesgo para los bienes protegidos: la transparencia informativa en aras a la seguridad general del tráfico mercantil. El análisis de tal analogía se aborda en este apartado.

Seguidamente se analizarán las distintas modalidades de criminalidad basada en el quebrantamiento del Derecho Contable, segmentadas en función del bien jurídico protegido penalmente.

²⁶⁶ Hallamos un amplio estudio de los elementos que conforman el derecho penal económico en RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO *Estudios de derecho penal económico*, Editorial Aranzadi S.A. 2009; también en MOYA JIMÉNEZ, ANTONIO *La responsabilidad penal de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas*. Editorial Bosch S.A. 2010.

²⁶⁷ CHOCLÁN MONTALVO, JOSÉ ANTONIO. *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales. Tratamiento penal de la información societaria inveraz*. Editorial Bosch, SA 2003, p. 51-53.

5.1. De las insolvencias punibles: los incumplimientos contables (art. 259.1. 6º, 7º, 8º CP)

Tras la reforma del Código Penal introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se añaden nuevos supuestos de delitos relacionados con las insolvencias punibles. En concreto en el art. 259 “Disposición de bienes en situación de insolvencia”, apartado uno, ordinales sexto, séptimo y octavo, se establece como conductas delictivas, si son perpetradas por quien se encuentre en situación de insolvencia actual o inminente, las siguientes:

“6ª. Incumpla el deber legal de llevar contabilidad, lleve doble contabilidad, o cometa en su llevanza irregularidades que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera. También será punible la destrucción o alteración de los libros contables, cuando de este modo se dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera.

7ª. Oculte, destruya o altere la documentación que el empresario está obligado a conservar antes del transcurso del plazo al que se extiende este deber legal, cuando de este modo se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor.

8ª. Formule las cuentas anuales o los libros contables de un modo contrario a la normativa reguladora de la contabilidad mercantil, de forma que se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor, o incumpla el deber de formular el balance o el inventario dentro de plazo.”

De una primera aproximación a la comparación entre el precepto concursal y las previsiones penales de los citados apartados del art. 259 CP, se puede inducir una aparente identidad de presupuestos objetivos. Un análisis comparativo con cierto grado de detalle, nos permitirá valorar la paridad entre los presupuestos objetivos y subjetivos incardinados en ambas normas, concursal y penal.

El presupuesto objetivo

Hemos visto que el precepto concursal determina tres modalidades de incorrecciones contables que comportan, *per se*, la calificación culpable del concurso: el incumplimiento sustancial del deber de contabilidad, la irregularidad contable relevante y la llevanza de doble contabilidad. Por su parte, el Código Penal, en el ordinal sexto del art. 259.1 establece la tipificación criminal de: el incumplimiento del deber legal de llevar contabilidad, la comisión de irregularidades relevantes y la llevanza de doble contabilidad.

En cuanto al supuesto de doble contabilidad, parece indiscutible la identidad de presupuestos objetivos entre la norma concursal y la penal. La expresión “llevar doble contabilidad” es inequívoca en ambos preceptos. Nada parece sugerir que deba de interpretarse de forma diferenciada el mismo literal en función de la norma en que se halle incardinado. Análogamente podemos referirnos al supuesto de “cometer irregularidades relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera”. En ambos preceptos podemos incluir idéntica discusión doctrinal acerca de qué debe de entenderse por irregularidad y su extensión al término “relevante para la comprensión...”, pero, en cualquier caso, también en este supuesto fáctico hallamos identidad concursal-penal.

Sin embargo, el supuesto relativo a la llevanza de la contabilidad precisa matices para valorar la identidad entre ambas normas. Mientras que el precepto concursal hace referencia a “incumplir sustancialmente el deber de contabilidad”, la norma penal se limita a tipifica el incumplimiento del deber de contabilidad sin la locución adverbial “sustancialmente”. Dicha omisión puede no ser baladí a la hora de interpretar el alcance penal del supuesto concursal.

Tal y como hemos visto acerca de la interpretación generalizada que la doctrina dispensa al supuesto concursal de incumplimiento sustancial del deber de

contabilidad, debe de entenderse que no cualquier incumplimiento contable debe suponer la calificación culpable, sino solamente aquellos que sean “importantes” en términos de facilitar la comprensión de la contabilidad en sentido amplio. Sin embargo, el precepto penal, al obviar el requisito de sustancialidad del incumplimiento, puede interpretarse tanto en el sentido de que cualquier incumplimiento, por irrelevante que pudiese ser, debe subsumirse en el precepto penal, como razonable podría ser la interpretación en el sentido de que solamente resulte punible el incumplimiento total y absoluto del deber de contabilidad.

Para dilucidar acerca del alcance penal del incumplimiento, resulta necesario remitirnos a los subsiguientes ordinales del propio art. 259.1 CP, séptimo y octavo, e incluso el propio ordinal sexto *in fine*. En estos preceptos, el legislador penal viene a incluir una serie de supuestos que cabe interpretar que considera ajenos a los tres supuestos principales. Se hace referencia a la alteración o destrucción de los libros contables cuando se dificulte o impida la comprensión; a que se oculte, destruya o altere la documentación de obligada conservación por parte del empresario; o que se formule las cuentas anuales de forma que dificulte o imposibilite el examen o la valoración de la situación económica real del deudor.

Atendiendo al literal de los preceptos penales, puede discernirse dos interpretaciones. Por un lado, viendo que se regula de forma taxativa una serie de incumplimientos del deber de contabilidad (en cuanto a contenido de libros, conservación de documentos y modo de formular las cuentas anuales), nos permite concluir que el supuesto de incumplimiento del deber de contabilidad hace referencia al hecho de no llevarse contabilidad alguna, de tal modo que llevarla con deficiencias, por importantes que sean, no quedaría subsumido en la tipificación, siendo los incumplimientos parciales que sí cabría subsumir, los relacionados de forma expresa. Una interpretación distinta nos arrojaría una redundancia normativa en el sentido de que se estaría tipificando cualquier incumplimiento por insignificante que fuese y tipificando también algunos supuestos concretos de incumplimientos.

Una segunda interpretación que puede desprenderse del literal de los tres ordinales del art. 259.1 CP y compatible con la anterior, es que, sin perjuicio de la teleología de ambas normas, lo cierto es que ambas parecen querer tipificar análogos supuestos de hecho: que por medio de incumplimientos formales o sustantivos se impida conocer la información económica veraz del concursado o analizar las causas que originan o agravan la insolvencia. Siendo así, puede llegarse a interpretar que lo que pretende el legislador de la reforma penal, es establecer unos criterios limitativos de qué debe entenderse por incumplimiento “sustancial” del deber de contabilidad. Por un lado, se tipifica el incumplimiento absoluto de la contabilidad y por otro, se nos dice qué incumplimientos cabe entender como sustanciales. Siendo así, puede establecerse un determinado paralelismo entre la interpretación que cabe dispensar al precepto concursal y las concreciones que al respecto propone el Código Penal.

El presupuesto subjetivo

Tal y como ha quedado expuesto en el análisis de la interpretación doctrinal que se dispensa al precepto concursal, la voluntariedad o desconocimiento de la incorrección contable puede no resultar determinante para la calificación del concurso. Más allá de la derogada diferenciación entre error e irregularidad contable, hoy ya englobado en el término incorrección contable por error o fraude, lo cierto es que puede resultar indiferente tal disquisición en sede concursal. Tanto si la incorrección contable se produce por dolo como si es por imprudencia o por mero error, el supuesto será subsumible en el precepto concursal de acuerdo con la doctrina mayoritaria.

En lo referido al supuesto penal no cabe lugar a dudas de que el dolo determina el cumplimiento con el presupuesto subjetivo. Asimismo, el propio art. 259.3 CP establece que también por imprudencia cabe entender satisfecho el elemento subjetivo, si bien asignándole una pena inferior que al supuesto de concurrencia de dolo. Sin embargo, cosa distinta es que la incorrección contable se haya perpetrado

por error. En este último caso la norma penal *ex art. 14 CP* establece que cuando los errores son invencibles se excluirá la responsabilidad criminal. Más allá de la dificultad en poder hallar supuestos de errores invencibles que hayan podido llevar a la comisión de incorrecciones contables relevantes, el hecho es que en este caso es donde hallaríamos el único elemento de contraste en relación al presupuesto subjetivo del precepto concursal: mientras que el error, aun invencible, podría suponer la calificación culpable del concurso si acogemos la doctrina mayoritaria, se excluiría sin embargo la responsabilidad penal.

5.2. De las insolvencias punibles: la falsedad documental contable (art. 261 CP)

También en el capítulo dedicado a las “insolvencias punibles” del Código Penal, se incardina la tipificación de un delito que guarda relación directa con la falsedad contable. La conducta tipificada consiste en presentar, intencionadamente, en un procedimiento concursal, datos falsos relativos al estado contable con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquel (art. 261 CP).

Si bien este precepto podría tener determinada justificación en relación a la regulación de las situaciones de insolvencia anterior a la Ley Concursal, de tal manera que por medio de la presentación de falsedades contables se pudiese obtener indebidamente el beneficio de la suspensión de pagos, actualmente resulta poco probable que por medio de irregularidades contables se puedan desvirtuar los elementos fácticos que han de servir para la preceptiva declaración de concurso. La situación concursal no se declarará en función de la información contable registrada, sino en la contrastación fáctica de insolvencia presente o inminente. Llegado el caso, sería en este último supuesto, en el de la insolvencia inminente, en donde podría hallar cabida la aplicación del supuesto de falsedad contable para mostrar la imagen de próxima insolvencia para la obtención indebida de la declaración concursal.

En cualquier caso, esta figura delictiva se podría incluir en las más genéricas de falsedad o incluso en la referida al art. 290 CP de falsedad contable sobre la que se incidirá seguidamente. Lo que la hace distinta es el hecho de tratarse de una presentación en juicio de documentación falsa y su correlación directa con la pretensión de la obtención de una indebida declaración de la insolvencia. La pena prevista para esta figura es la de prisión de 1 a 2 años y multa de 6 a 12 meses. El bien jurídico protegido, no solo en relación al art. 261 CP si no en lo que se refiere al capítulo en su totalidad, lo constituirá el derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos mediante el patrimonio de su deudor²⁶⁸.

El sujeto activo de esta modalidad delictiva será el deudor o cualquier persona que obre en su nombre, exigiéndose, para la comisión del delito, un dolo específico consistente en que éste actúe con la finalidad de lograr su propósito mediante la introducción en el proceso concursal de datos falsos relativos al estado contable. Serán los sujetos pasivos del delito, los acreedores.

Observamos que, en el ordenamiento español, mientras que la falsedad contable “genérica” se castiga con pena máxima de tres años de prisión, la análoga pero incurso en un proceso concursal, la pena máxima es de dos años. De una primera aproximación al respecto, parecería razonable afirmar que la falsedad en el proceso concursal debería ser un supuesto cualificado del art. 290 CP por el hecho de tratarse de un documento presentado ante un órgano judicial. Pudiendo producirse el hecho de que un mismo acto de falseamiento contable fuese subsumible en ambos preceptos, art. 290 y art. 261 CP, nos hallaríamos ante la paradoja de que, al no poder aplicar ambos preceptos por el principio *non bis in idem*, siendo de mayor especialidad y de mayor gravedad la infracción del art. 261 CP, aplicando la regla del concurso medial (art. 77 CP por remisión del art. 8 CP) se debería imponer la pena prevista para la falsedad en el concurso de acreedores, menor que la prevista para los supuestos del

²⁶⁸ En estos mismos términos JUDEL PRIETO, ÁNGEL Y PIÑOL RODRÍGUEZ, JOSÉ RAMÓN. *Manual de Derecho penal Tomo II Parte especial*, 5ª edición (Carlos Suárez-Mira, Coord.), Editorial Aranzadi 2008, p. 286.

art. 290. Paradoja sobre la que no se profundizará por exceder de las pretensiones de este trabajo, pero que bien merece un comentario por su aparente contradicción.

5.3. El delito societario: falsificación de las cuentas anuales (art. 290 CP)

Nuestra legislación penal prevé desde 1995 como delitos societarios, determinados comportamientos referidos a la violación de deberes o abuso de poderes por parte de aquellas personas con capacidad de dirección y toma de decisiones. En particular, en lo referido a la información contable de las sociedades, se prevé una pena de prisión de 1 a 3 años y multa de 6 a 12 meses *“para los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios o a un tercero”*, (art. 290 CP). Los antecedentes jurisprudenciales y el Derecho Comparado²⁶⁹, sugerían ya en el año 1995 que el legislador español introdujese en el Derecho Penal positivo la previsión relativa al quebrantamiento del Derecho Contable.

La tipificación establecida en el art. 290 del Código Penal responde a la finalidad última de proteger el bien jurídico conformado por el patrimonio de las sociedades, de sus socios o de terceros, en la pretensión de evitar que se oculte la imagen fiel de la situación patrimonial, económica, patrimonial y financiera y de este modo intentar garantizar la transparencia y eficiencia de los mercados de capitales, así como de las transacciones de las sociedades con terceros. Resulta esencial para apreciar la relevancia de esta tipificación penal, el FD 9 (apartado 7) de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 867 de 2002, de 29 de julio, que por su clarividencia e interés se reproduce íntegramente:

²⁶⁹ Podemos remitirnos a periodos pretéritos en España para contrastar que ya existía en los tribunales españoles una sensibilidad por la tipificación delictiva de actos de falseamiento de cuentas sociales. En concreto, a título ilustrativo, en este sentido se pronunció la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) de 9 de mayo de 1956, que estimó la conducta de falseamiento de cuentas como constitutiva de un delito del art. 303 del Código penal vigente en aquel momento. De igual modo, hemos visto en el apartado dedicado a analizar el Derecho Comparado, que la tipificación penal de los incumplimientos contables los hallamos análogamente previstos en ordenamientos diversos.

“La fidelidad de los balances y cuentas, no sólo es una exigencia legal, sino una obligación profesional de los titulares y responsables de las empresas, que se ve reforzada en los tiempos actuales por la libertad de mercados y por la libre competencia. Tienen por objeto salvaguardar la seguridad jurídica y la confianza legítima de todos los sectores sociales y financieros, interesados en la realidad de la situación económica de las empresas, con las que establecen relaciones comerciales.

Se ha dicho, que una sistemática distorsión de la información, constituye una seria amenaza para la confianza en el propio sistema económico, creando riesgos de desestabilización de incalculables consecuencias. Por ello creemos que la intervención del derecho penal, en los casos en que las cuentas y balances no responden a la verdadera situación de las empresas, está plenamente justificada ya que nos encontramos ante una actividad falsaria, que alterando elementos esenciales de documentos mercantiles, lesiona y vulnera bienes jurídicos, que no pueden quedar desamparados, ya que como hemos, dicho afecta a los intereses de la comunidad.”.

Observamos que la modalidad delictiva contemplada en el art. 290 CP está íntimamente relacionada con el valor que posee la información social para todos los que intervienen en el ámbito empresarial. El objeto jurídico de este delito se circunscribe en la intersección de dos esferas diferenciadas. Por una parte, la incorrecta información que resulta de los documentos mercantiles, que puede llevar a error a aquellos que participan en el mercado y por otra, el requerimiento de cierto grado de afección a intereses patrimoniales. De esta forma, el supuesto de hecho del art. 290 CP podríamos incardinarlo en una doble órbita penal: de las falsedades documentales (falsedades en documento mercantil) y de los delitos patrimoniales (una aproximación al delito de estafa). En otros términos, la conducta tipificada en el art. 290 CP podría haberse considerado como una falsedad más aunque con las connotaciones específicas que presenta el ámbito societario, o como un particular delito patrimonial, más concretamente en el ámbito de las defraudaciones.

La información falsa que se muestra a través de las cuentas anuales puede tener

como finalidad la intención de demostrar una solvencia económica que no se tiene, de tal forma que el resto de los intervinientes en el mercado pueden llegar a ver lesionado su patrimonio cuando adoptan decisiones que no hubieran tomado en el caso de conocer la verdadera situación patrimonial de la sociedad. La acción típica consiste en falsear, lo que supone que estamos ante un específico supuesto de “falsedades”. A través de esta modalidad de falsedad se debe producir una alteración de la realidad, como puede ser dar cuenta de un inexistente incremento del activo o del pasivo de la empresa, o cualquier otra incorrección grave que transmita una imagen falsa del estado patrimonial o situación financiera de la entidad. Debe tratarse de una incorrección sustancial y que resulte “idónea” para producir error en el lector de los documentos falsos porque la persecución penal de alteraciones contables intrascendentes entra en clara contradicción con el principio de insignificancia.

En cuanto a la acreditación de la idoneidad del falseamiento, la jurisprudencia mayoritaria no exige la prueba de la idoneidad para perjudicar, sino que la presupone. Así, Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 734/2004 de 12 junio; o Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 2ª), Sentencia núm. 29/2001 de 1 diciembre. No obstante, no es baladí hacer mención al hecho de que existen algunas resoluciones que sí exigen la prueba de la idoneidad del falseamiento de las cuentas anuales para perjudicar. Así, por ejemplo, Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 8/2003 de 14 febrero o Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 1ª) Sentencia núm. 155/2008 de 16 junio.

Habida cuenta los pronunciamientos judiciales, puede establecerse determinado paralelismo en la interpretación del supuesto de responsabilidad en abstracto por irregularidad contable “relevante” de la norma concursal, con la falsedad contable del precepto penal en cuanto a la “forma idónea”. De ambos preceptos se desprende la voluntad del legislador de acotar sendos supuestos a aquellos casos en que, por su relevancia, sean susceptibles de causar perjuicios a terceros. Cosa distinta es la comparación que pueda realizarse en cuanto al elemento subjetivo, ya que nada

obsta, según doctrina mayoritaria no unánime, que se incurra en el supuesto concursal por mero error, mientras que el subjetivo penal hace referencia explícita al dolo: el dolo falsario; “constituido por la voluntad de alterar conscientemente la verdad” (*Supra* AP Pontevedra 1-12-01).

Dichas falsedades pueden materializarse en comportamientos activos o por omisiones. Los primeros no presentan mayores problemas, mientras que siempre existen dudas acerca de la posibilidad de generar responsabilidades penales por las anomalías o falsedades por omisión. Determinada jurisprudencia²⁷⁰ y doctrina²⁷¹ ha admitido, en relación al delito de estafa, que se puede engañar por omisión, ya que se entiende que algunas omisiones poseen valor concluyente, es decir, se interpretan como la afirmación o ratificación de un engaño. Tales falsedades consistirían en no hacer constar en un documento algo que debería haberse consignado. En consecuencia, podríamos hablar de una falsedad contable si simplemente se omiten datos que nos llevan a una valoración indebida de la situación real de la empresa. Pero para que ello sea admisible es necesario que exista un deber jurídico de incorporar la información que se omite y un comportamiento doloso.

En definitiva, si el administrador silencia datos esenciales referidos a la situación empresarial al confeccionar las cuentas anuales, responderá por esta modalidad delictiva pues sobre él pesa un deber jurídico de incorporar la información. Según esta tesis, el silencio del sujeto obligado a informar a otros poseería idéntico valor que una manifestación positiva, pues la omisión de informar podría interpretarse como que no se tiene nada que decir o declarar.

En el caso concreto de la formulación de las Cuentas Anuales, la omisión de, por ejemplo, gastos o de partidas del pasivo exigible, son indudablemente una falsedad

²⁷⁰ Tribunal Supremo (Sala de lo penal), sentencia núm. 552/2005, de 9 de mayo.

²⁷¹ FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS. “*Las falsedades en la información social: artículo 290 del Código penal*”, en *Actualidad penal*, Sección Doctrina, Ref. XLV, tomo 2, Editorial LA LEY 1998, p. 977.

que puede desdibujar significativamente el valor patrimonial de una sociedad y por consiguiente resultar una omisión idónea para la comisión de un error que pueda producir un perjuicio patrimonial (supuesto del art. 290 CP); pudiendo hacerse extensible el elemento fáctico a los acreedores concursales (supuesto del art. 164.2.1º LC).

5.4.- Delitos contra la Hacienda Pública: irregularidades contables ex art. 310 CP.

Sin perjuicio de los supuestos de criminalidad por causas contables relacionados con las situaciones de insolvencia (art. 259 y 261 CP) o por el falseamiento de las cuentas anuales (art. 290 CP), se establece asimismo en el Código Penal, el relacionado con la comisión de irregularidades relevantes ex art. 310 CP. Si bien esta modalidad delictiva se circunscribe dentro de los delitos contra la Hacienda Pública, lo cierto es que de un análisis de los términos del precepto, se desprende que sus presupuestos objetivos resultan, en gran medida, análogos a los propios del precepto concursal analizado.

Establece el artículo 310 CP, lo siguiente:

“

Artículo 310

Será castigado con la pena de prisión de cinco a siete meses el que estando obligado por ley tributaria a llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales:

- a) Incumpla absolutamente dicha obligación en régimen de estimación directa de bases tributarias.*
- b) Lleve contabilidades distintas que, referidas a una misma actividad y ejercicio económico, oculten o simulen la verdadera situación de la empresa.*
- c) No hubiere anotado en los libros obligatorios negocios, actos, operaciones o, en general, transacciones económicas, o los hubiese anotado con cifras distintas a las verdaderas.*
- d) Hubiere practicado en los libros obligatorios anotaciones contables ficticias.*

La consideración como delito de los supuestos de hecho, a que se refieren los párrafos c) y d) anteriores, requerirá que se hayan omitido las declaraciones tributarias o que las presentadas fueren reflejo de su falsa contabilidad y que la cuantía, en más o menos, de los cargos o abonos omitidos o falseados exceda, sin compensación aritmética entre ellos, de 240.000 euros por cada ejercicio económico.

“

Un primer elemento del presupuesto objetivo que cabe valorar es la identidad de destinatarios entre el precepto penal y el concursal. El supuesto penal vincula a toda

empresa que deba llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales. Siendo así, si bien es cierto que el empresario persona física cuyo volumen de cifra de negocio no alcance el umbral de obligatoriedad de cálculo de la base imponible por estimación directa normal, no resultaría vinculado por este precepto penal en lo que a las obligaciones contables se refiere²⁷², lo cierto es que un gran número de empresas, incluso en el ámbito de la pequeñas y microempresas, estarían incluidas en el presupuesto objetivo de este precepto, tal y como lo resultan en el precepto concursal.

Quedando contrastada la identidad de los destinatarios, el análisis de los supuestos fácticos nos permite alcanzar análogas conclusiones. En cuanto a la llevanza de doble contabilidad, no parece que pueda resultar controvertida la identidad del elemento concursal con el apartado *b)* del precepto penal. Las expresiones “*lleve contabilidades distintas*” y “*oculden o simulen la verdadera situación*”, son términos análogos al de “*doble contabilidad*” al que hace referencia la norma concursal. En cuanto al incumplimiento sustancial, el apartado *a)* hace referencia a la omisión absoluta de la llevanza de contabilidad, supuesto subsumible en el incumplimiento sustancial concursal, si bien quedarían fuera del alcance penal aquellos supuestos de incumplimiento parcial, aunque tuviesen carácter sustancial en términos concursales. En lo referido al supuesto de “*irregularidad relevante*”, supuestos *c)* y *d)*, más allá del condicionante de que la información irregular haya quedado plasmada en declaración tributaria y que exceda de los límites cuantitativos determinados, lo cierto es que nos hallamos ante la identidad de supuesto contable: la comisión de irregularidades que muestren una información alejada del propósito de imagen fiel.

En lo referido a la relevancia del elemento subjetivo, si bien puede haberse visto sometida a controversia doctrinal en sede concursal, resulta una condición necesaria para la consideración penal de la irregularidad que ésta haya sido cometida con pleno

²⁷² La norma fiscal permite la exoneración de llevanza de contabilidad mercantil y libros oficiales a aquellos sujetos pasivos personas físicas que, preceptivamente, calculen sus rendimientos por el método de estimación directa simplificada o por los métodos de estimación objetiva.

conocimiento: "*falsa contabilidad*".

A modo de síntesis, puede afirmarse que los diferentes supuestos del precepto concursal hallan acogida en este precepto penal en la medida que haya mediado dolo y que la irregularidad contable se haya visto reflejada en declaraciones tributarias. Quedando excluidos del escrutinio de criminalidad, exclusivamente, las pequeñas empresas a las que no les sea aplicable el régimen contable mercantil y, para todas las empresas, cuando al referirse a incumplimientos contables formales, éstos sean parciales.

CAPÍTULO V

VALORACIÓN DE LOS INCUMPLIMIENTOS E INCORRECCIONES
CONTABLES PARA LA DETERMINACIÓN DE LA CULPABILIDAD DEL
CONCURSO: PROPOSICIÓN DE CRITERIOS INTERPRETATIVOS DEL
ART. 164.2.1º LC

1.- Consideraciones preliminares.

En los precedentes capítulos se ha analizado el origen y la evolución histórica en el continente europeo de la toma en consideración de los incumplimientos contables como causa de calificación de las insolvencias. Asimismo, se ha estudiado el posicionamiento doctrinal interpretativo contemporáneo y se han contrastado las soluciones jurídicas planteadas en el Derecho Comparado para análogos supuestos fácticos. Llegado a este punto, en este capítulo se abordará la propuesta interpretativa del precepto concursal.

Puede decirse que el contenido de este capítulo responde a la esencia y finalidad última de este trabajo de investigación: el establecimiento de una tesis interpretativa que pueda regir con respecto al art. 164.2.1º LC, al objeto de adecuar su aplicación en coherencia con su *ratio legis*, esto es, su objeto funcional.

Como paso previo a la exposición de la propuesta interpretativa en sí misma, resulta oportuno establecer una serie de consideraciones que se formulan como presupuestos sobre los que se sostienen las tesis planteadas.

i.

Toda norma jurídica responde a una voluntad del legislador de regular determinada actividad de la sociedad. Para poder interpretar adecuadamente los preceptos legales, resulta necesario conocer cuál es la finalidad perseguida por el legislador de tal manera que la aplicación del Derecho resulte eficaz al objeto perseguido. En ocasiones, la interpretación literal del tenor de un precepto puede resultar insuficiente para determinar la aplicación del mismo: invocar al “espíritu” de la norma en relación a su finalidad resulta necesario.

La Ley Concursal debemos encuadrarla en el marco del conjunto de normas jurídicas reguladoras de la actividad económica y que responde a la finalidad esencial

de proteger el patrimonio de los operadores económicos en escenarios de insolvencia. Esta finalidad se manifiesta en una doble vertiente: protegiendo el derecho de cobro de agentes económicos afectados por la insolvencia de sus deudores y estableciendo un régimen de protección también para el deudor insolvente que de forma fortuita no pueda hacer frente a sus obligaciones de pago.

Con esta doble finalidad, la Ley Concursal establece un régimen de ordenación de la insolvencia basado en un principio de igualdad de tratamiento entre los acreedores (LC, exposición de motivos)²⁷³; protección dirigida a los acreedores concursales. De igual modo, se implementa un sistema que permita abordar la disyuntiva acerca de si determinada insolvencia debe de considerarse fortuita por no haber mediado culpa alguna por parte del deudor, o si de lo contrario, cabe entender que haya podido existir determinada responsabilidad de éste. En esta última consideración, en el establecimiento de un modelo de escrutinio de la insolvencia, es donde debemos de subsumir el art. 164.2.1º LC.

El carácter económico del precepto conlleva la inclusión en su redactado de conceptos jurídicos indeterminados cuyo encuadramiento en el propósito concursal requiere de su consideración finalista. Más allá de la necesaria interpretación literal de los términos del precepto, ante las indeterminaciones conceptuales, en la propuesta interpretativa deberá prevalecer la razón de ser de la inclusión de tales incumplimientos en los supuestos de calificación del concurso.

Los supuestos de calificación culpable del concurso, así como el régimen de responsabilidades que se derive de ello, debemos de interpretarlos según la finalidad última de la norma. Por consiguiente, a la hora de analizar los elementos que la

²⁷³ Ley Concursal, Exposición de Motivos V: *“La regulación de esta materia de clasificación de los créditos constituye una de las innovaciones más importantes que introduce la ley, porque reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso, sin perjuicio de que puedan subsistir en ejecuciones singulares, por virtud de las tercerías de mejor derecho. Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas.”*

conforman, debe prevalecer la interpretación teleológica de los preceptos y, en particular la del artículo 164.2.1º, en tanto que su objetivo es proteger a los acreedores que puedan haberse visto afectados por la falta o la deficiente información contable del deudor.

ii.

Una segunda consideración sobre la que se fundamenta la tesis interpretativa es la que conjuga diversos principios y conceptos jurídicos: el principio de interdicción de la arbitrariedad, la exhaustividad y motivación de las resoluciones judiciales, y la consideración del precepto concursal como una norma “en blanco” que nos remite a normas contables de contenido económico.

Interdicción de la arbitrariedad: exhaustividad y motivación de las resoluciones judiciales.

La discrecionalidad jurídica ha de concebirse como un modo normalizado de conferir facultades allí donde se considere importante que los poderes públicos, de entre ellos los órganos judiciales, adopten decisiones atendiendo a la evaluación que ellos mismos realicen a la luz de las circunstancias y la realidad de los hechos²⁷⁴.

Esta prerrogativa, definida como el poder discrecional del sector público, está sometida a unos límites cuya finalidad es la de preservar la seguridad jurídica y prevenir el abuso del privilegio. Estos límites los hallamos en una doble faz. En primer lugar, en lo referido a aquellas materias cuya regulación ha de quedar necesariamente incluida en el Derecho Positivo y por consiguiente de aplicación directa por el poder público, lo que definiríamos como la potestad reglada de la administración. En segundo término, la limitación propia de la arbitrariedad.

²⁷⁴ FERNÁNDEZ, TOMÁS R., *De la arbitrariedad de la administración*, Editorial Aranzadi, S.A. 2008

Con base en estas premisas, existe una diversidad de definiciones que la doctrina jurídica podría otorgar al concepto de potestad discrecional de los poderes públicos. De forma sintetizada y consciente del riesgo de incurrir en una simplificación excesiva de los términos, puede afirmarse que la facultad discrecional de los poderes públicos es aquella consistente en que cuando no resulte aplicable el principio de legalidad, se toma una decisión con determinada carga subjetiva pero que guarda coherencia lógica con la realidad de los hechos. Dicho de otro modo, que la facultad del poder público esté exenta de arbitrariedad.

El art. 9.3 CE establece la prohibición de la arbitrariedad en todos los actos y decisiones de cualquier naturaleza por parte de los poderes públicos²⁷⁵. Es extensa la doctrina que profundiza acerca de los límites de la discrecionalidad en los actos de la administración, control que se otorga a los tribunales, y por el que se prevé que las argumentaciones al amparo de las potestades administrativas discrecionales no traspasen los límites de la racionalidad, resultando los argumentos incoherentes con la realidad de los hechos y por consiguiente vulnerando el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad.

Son numerosas las circunstancias e incluso preceptos concretos que nos permiten afirmar que el citado principio de interdicción de la arbitrariedad es aplicable también a las sentencias judiciales. Podríamos remitirnos al propio art. 9.3 CE, que hace referencia a los “poderes públicos” por lo tanto incluyendo a jueces y tribunales; al art. 120 CE cuando establece la necesaria existencia de motivación en las sentencias²⁷⁶ o a cualesquiera de las leyes que regulan los procesos de enjuiciamiento, en que en todas ellas se prevé la necesaria motivación de las resoluciones judiciales. Con el requisito de exhaustividad y motivación de las sentencias, lo que se pretende no es solamente obligar a los tribunales y poderes públicos en general a exponer sus razones y

²⁷⁵ Art. 9.3 CE “3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”

²⁷⁶ Art. 120.3 CE “3. Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública.”

comunicarlas a los interesados, sino fundamentalmente utilizarlas como justificativo de su decisión²⁷⁷.

La no arbitrariedad es la garantía de una motivación bien cumplida. Resulta necesario que los fundamentos que transportan la motivación estén dotados de vigor suficiente que permita desterrar la arbitrariedad. El juez no sólo debe ser imparcial, sino que es preciso que la imparcialidad pueda ser verificada en cualquier decisión concreta; es necesario que el órgano jurisdiccional sea imparcial pero lo determinante es que sean imparciales sus decisiones, para ello la motivación garantiza que la decisión lo sea. Lo importante es, en conclusión, que los jueces y tribunales no sólo determinen con precisión los criterios de valoración que utilizan, sino que efectúen además una aplicación imparcial de los criterios utilizados.

Sobre el antagonismo conceptual entre discrecionalidad y arbitrariedad, es diversa la doctrina que avala la diferenciación de los conceptos²⁷⁸, resultando ilustrativa la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de julio de 1984:

“nunca es permitido confundir, pues aquello (lo discrecional) se halla o debe hallarse

²⁷⁷ Referido a la motivación, es “no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de derechos”, STC de 17 de junio de 1981. Reciente sentencia del Tribunal Supremo hace referencia a la preceptiva motivación en sentencias (TS, sentencia núm. 421/2015 de 22 julio).

²⁷⁸ Acerca del antagonismo conceptual entre discrecionalidad y arbitrariedad, Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS RAMÓN. *Curso de Derecho Administrativo*. Editorial Cívitas, 14ª edición, 2008: “No basta, sin embargo, como es lógico, con aducir o expresar alguna razón, con motivar el acto de cualquier manera. La exigencia de razones que resulta del artículo 9.3 de la Constitución no se agota, como es evidente, en el puro plano formal de la motivación. Las razones que la autoridad que decide ha de aducir para excluir la tacha de arbitrariedad tienen que tener alguna consistencia..., deben proporcionar un fundamento objetivo capaz de sostener la decisión, han de ser, pues, razones justificativas, susceptibles de asegurar para la decisión a la que se refiere el calificativo de racional.” También FERNÁNDEZ, TOMÁS R., *op. cit.*, p. 213, “Hay en todo caso una regla general, aplicable tanto al administrador como al juez: la necesidad de fundamentar la decisión y de fundamentarla, precisamente, en Derecho y no en el deseo, en la voluntad, en el capricho, en las preferencias o en los gustos de quien la adopta. En un Estado de Derecho sólo lo fundamentado y justificado en Derecho es razonable y sólo lo razonable es jurídicamente admisible. La cuestión clave e, pues, como ya tengo dicho, la motivación, pero no la motivación entendida en ese sentido rutinario y formal que solemos dar al término, sino como justificación resultante de un proceso argumental más o incluso menos explícito, pero apoyado siempre por razones exhibibles y sostenibles, dotadas de capacidad persuasiva y susceptibles por ello de resistir su eventual confrontación con otras en un debate abierto ante una instancia imparcial, que, en última instancia, tiene como testigo y como referencia una comunidad de hombres libres.”

cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso y no meramente de una calidad que lo haga inatacable, mientras que lo segundo (lo arbitrario), o no tiene motivación respetable, sino – pura y simplemente- la conocida sit pro ratiōne voluntas o la que ofrece lo es tal que escudriñando su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación, su carácter realmente indefinible y su inautenticidad”.

En el caso que nos ocupa, la tutela judicial efectiva en lo relativo a la congruencia, exhaustividad y motivación de las sentencias ex art. 218 LEC resulta determinante a la hora de valorar la apreciación subjetiva de la relevancia de las incorrecciones contables²⁷⁹. Tal y como se ha venido reiterando a lo largo de los capítulos anteriores, los conceptos jurídicos indeterminados que conforman el precepto concursal analizado, requieren el amparo de la discrecionalidad de los tribunales. La sentencia de calificación del concurso, en lo que se refiere a la relevancia de la irregularidad contable, deberá dejar constancia de la apreciación y valoración de las pruebas en lo referido a la equívoca información que pueda derivarse de la incorrección. Una sucinta mención a determinadas magnitudes contables de las que se haya constatado su incorrección, puede resultar insuficiente para enervar la arbitrariedad judicial²⁸⁰. El

²⁷⁹ Art. 218 LEC, “Artículo 218. Exhaustividad y congruencia de las sentencias. Motivación.

1. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.

El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.

2. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón.

3. Cuando los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos.

²⁸⁰ Al respecto de la exhaustividad de la motivación, resulta ilustrativa la STC de 18 de junio de 1982, según la cual “la motivación escueta o sucinta, si es suficientemente indicativa, no equivale a ausencia de motivación, ni acarrea nulidad”. Aun suscribiendo dicho posicionamiento, resultará de gran carga subjetiva, la valoración acerca de hasta qué punto el análisis económico de determinada incorrección contable expuesto en sentencia, es suficientemente indicativo o si se precisa de mayor profundidad analítica.

grado de motivación debe poder encuadrarse en el marco de la razonabilidad resultante de un proceso de argumentación²⁸¹.

Norma “en blanco”

En coherencia con el principio de motivación de las resoluciones judiciales, a la luz de la indeterminación de los conceptos incardinados en el precepto concursal, su interpretación y, por consiguiente, la congruencia de la motivación nos remite necesariamente a normas de Derecho Contable. No puede determinarse el cumplimiento de los elementos fácticos del precepto sin abordar las normas que regulan las obligaciones contables. Más aún, en lo relativo a la “irregularidad relevante”, no es posible la exhaustividad de la motivación sin apelar al análisis de los estados financieros. Los datos objetivos en términos absolutos que se desprenden de los estados financieros, o lo que es lo mismo, determinada cifra relativa a una incorrección contable, en sí mismo, se muestra carente de significado. Lo relevante de las magnitudes de los estados financieros es su valoración en términos relativos: una determinada magnitud del activo, del pasivo, de alguna partida de gastos o ingresos, en sí mismo, si no se pondera en el contexto de las magnitudes de referencia, no nos ilustran acerca de la dimensión, en nuestro caso, de la irregularidad contable.

Tal y como hemos venido reiterando a lo largo de este trabajo, la interpretación del art. 164.2.1º LC comporta la necesidad de tomar en consideración conceptos jurídicos indeterminados, actuando incluso como una norma “en blanco” que nos remite a la norma contable por la que se regulan las obligaciones, tanto de naturaleza formal como las sustantivas que permitirán alcanzar el objetivo de imagen fiel. Sin embargo, la dificultad interpretativa del precepto debemos extenderla más allá de estas dos cuestiones. Para un adecuado escrutinio de la relevancia de la incorrección contable,

²⁸¹ En este sentido, resulta de interés FERNÁNDEZ, TOMÁS R. *op. cit.* p. 208 y ss. “... es sencillamente imposible dar un solo paso en el debate jurídico sin acudir a la idea de lo razonable, sin manejar la lógica de lo razonable.”, “...porque la inadecuación o el error en tal razonamiento puede eventualmente traducirse en una decisión lesiva de un derecho fundamental”, “Sólo lo razonable es conforme a Derecho”.

será necesaria la utilización de herramientas de análisis económico. Herramientas que sobrepasan la conceptualización jurídica y que se fundamentan en principios valorativos convencionales de análisis económico.

Los instrumentos generalmente aceptados de análisis de estados contables son herramientas que permiten realizar un diagnóstico y enjuiciamiento de la gestión empresarial, determinando la evolución económica, patrimonial y financiera realizada a lo largo de un periodo concreto de tiempo, así como para la constatación de la situación patrimonial de la empresa. Estas herramientas no están sujetas a norma jurídica que las regule. Consisten en técnicas valorativas y de análisis, generalmente aceptadas, cuyos resultados son apreciados según parámetros convencionales. El análisis de estados contables permite a los distintos agentes económicos diagnosticar y valorar la gestión empresarial por medio de la utilización de una multitud de técnicas de cuantificación. Habida cuenta la transversalidad que puede llegar a comportar el análisis económico, que puede abarcar estados financieros sujetos a regulación normativa dispar, resulta necesario conseguir una nomenclatura y criterios comunes que permitan alcanzar conclusiones homogéneas con indiferencia del origen normativo de los estados financieros. Conceptos como el de ratio de solvencia, nivel de endeudamiento, de calidad de la deuda, fondo de maniobra, de entre otros, son la definición del resultado de un análisis que permite ilustrar la trayectoria pasada y la capacidad económica, patrimonial y financiera de la empresa. Por extensión, estas herramientas son las que asimismo permitirán valorar hasta qué punto determinada disfunción informativa puede haber desvirtuado el diagnóstico de los estados financieros. Y, en definitiva, ilustrarnos acerca de la relevancia informativa de determinada irregularidad contable.

Por consiguiente, será también por medio de estos mismos instrumentos, que se podrá evaluar la trascendencia de las correcciones contables, valorando su relevancia en el objetivo de imagen fiel. Los instrumentos de análisis son las

herramientas que permiten valorar el perjuicio informativo que pueda derivarse de la vulneración de las normas de valoración y registro contable.

Al objeto de dar cumplimiento al principio de interdicción de la arbitrariedad, el escrutinio de relevancia de la irregularidad contable debe fundamentarse en el resultado analítico de la disfunción informativa con base en la interpretación teleológica de la norma.

iii.

La tercera consideración previa a la propuesta de criterios interpretativos, consiste en analizar los fundamentos que subyacen en el diferente trato concursal que se dispensa a los supuestos del art. 164.2.1º LC con respecto a los del art. 165.1.3º LC.

Mientras que a los supuestos del art. 165.1.3º LC, no haber formulado y/o publicado las cuentas anuales, se le atribuye un régimen de presunción *iuris tantum* de culpabilidad, los supuestos del art. 164.2.1º LC son, en sí mismo, causa de calificación culpable del concurso.

El trato asimétrico dispensado responde a una interpretación finalista de los preceptos. Mientras que los supuestos del art. 164.2.1º LC son, todos ellos, supuestos de incumplimientos que en sí mismo pueden suponer desinformación y por consiguiente susceptibles de inducir a error a los agentes económicos, la falta absoluta de información pública derivada del supuesto del art. 165.1.3º LC no puede haber llevado en ningún caso a error en la apreciación del riesgo. La falta absoluta de información pública, determina *iuris tantum*, la desconexión de la decisión de riesgo patrimonial de la información que pudiese desprenderse de los registros contables. Por tal circunstancia, el supuesto del art. 165.1.3º LC se considera un supuesto menos grave que los incardinados en el art. 164.2.1º LC, lo que justifica que se establezca la posibilidad de probar la desvinculación entre la insolvencia y la falta de publicidad de las cuentas (presunción *iuris tantum* de dolo o culpa grave). Mientras que los

supuestos del art. 165.1.3º LC suponen la ocultación absoluta de información pública, los del art. 164.2.1º LC son los que de algún modo pueden haber provocado disfunción informativa.

2.- Propuestas interpretativas.

Hemos podido comprobar que la doctrina no es siempre pacífica a la hora de interpretar el artículo 164.2.1º de la Ley Concursal. Es más, podemos llegar a afirmar que, a la luz de la jurisprudencia analizada, existe gran diversidad de criterios interpretativos en ocasiones confrontados, motivado en gran medida por la heterogeneidad del elenco de obligaciones contables y la indeterminación conceptual de los términos del precepto.

Seguidamente, se plantea una serie de criterios interpretativos cuya finalidad es la de establecer un marco uniforme de aplicación del precepto concursal que dote de seguridad jurídica la calificación del concurso por causas contables. En consonancia con la propia estructura del precepto, la propuesta interpretativa se ha segmentado según cada elemento incardinado en el mismo: el incumplimiento del deber de contabilidad, la llevanza de doble contabilidad y la comisión de irregularidades relevantes. En cualquier caso, en relación a determinadas propuestas, aun habiéndose incluido en un apartado específico, por su naturaleza cabría incluirlos también en alguno de los restantes: supuestos que bien podrían interpretarse como incumplimientos o como irregularidades.

En cuanto a la naturaleza de las propuestas que se plantean, éstas responden a un doble plano instrumental. En primer lugar, atribuyéndoles la función de interpretar el precepto de *lege lata* alcanzando de forma exhaustiva los diferentes supuestos de obligaciones contables de la empresa y su incardinación en la *ratio legis* de la norma concursal. En segundo lugar, como planteamiento de posibles modificaciones de *lege ferenda* que permitan evolucionar en la senda de la racionalidad, eficiencia y economía legislativa.

Finalmente, como paso previo a la exposición de los criterios interpretativos propuestos, se relacionan los diferentes supuestos de obligaciones legales de

naturaleza contable que, si bien han sido ya tratados en el correspondiente capítulo, a los efectos de síntesis ilustrativa, se enumeran seguidamente.

- La llevanza de contabilidad y su registro en libros (art. 25, 26, 28 y 29 CCo 1885)
- La legalización y custodia de libros contables (art. 27 y 30 CCo 1885)
- La conservación de documentos y justificantes concernientes a la actividad económica (art. 30 CCo 1885)
- La formulación de las cuentas anuales (art. 34, 38-39, 42-49 CCo 1885 y art. 253-261 LSC)
- El depósito de las cuentas anuales (art. 41 CCo 1885 y art. 279-284 LSC)
- El cumplimiento con normas de valoración y registro contable (art. 38 CCo 1885, P.G.C. y normas complementarias)
- La auditoría de cuentas anuales (art. 40 y 41 CCo 1885, art. 263-271 LSC, Ley y Reglamento de Auditoría, NIA-ES)

Si bien la formulación, la auditoría y el depósito de las cuentas anuales, son obligaciones contables exigibles a determinadas formas empresariales, su incumplimiento incardinado en la calificación del concurso queda excluido del alcance del art. 164.2.1º LC por quedar de forma expresa previstos en el art. 165.1.3º LC. Por consiguiente, al no ser la finalidad de este trabajo profundizar en la interpretación de este último precepto, queda fuera del alcance de esta propuesta interpretativa la toma en consideración de estas obligaciones societarias.

Las diferentes proposiciones interpretativas que seguidamente se plantean se estructuran de forma que, diferenciando cada uno de los tres supuestos que se incardinan en el precepto, se plantea para cada criterio interpretativo propuesto un enunciado asertivo y seguidamente se aborda el fundamento sobre el que se sostiene.

2.1. Incumplimiento sustancial del deber de llevanza de contabilidad

Al objeto de llevar a cabo un escrutinio dirigido a determinar qué supuestos fácticos cabe subsumir en el “incumplimiento sustancial del deber de llevanza de contabilidad”, se deberá tomar en consideración los diferentes elementos que conforman la responsabilidad jurídica; tanto en lo que al presupuesto objetivo se refiere como a su valoración subjetiva.

En relación al presupuesto objetivo, los elementos a considerar serán la autoría del incumplimiento del deber de contabilidad y la determinación de la obligación jurídica impuesta. No resulta controvertida la determinación del elemento de la autoría. Este elemento del presupuesto objetivo quedará satisfecho cuando el deudor insolvente estuviese obligado a la llevanza de contabilidad, tal y como de forma explícita lo establece el precepto concursal: “...cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad...”. De este modo, la cuestión a dilucidar es acerca de quién está obligado a la llevanza de contabilidad. A este respecto, debe decirse que el Código de Comercio no distingue entre empresario individual y sociedades de cualquier naturaleza, estableciendo que “*Todo empresario deberá llevar una contabilidad ordenada...*” (art. 25 CCo 1885). Por consiguiente, más allá de la obligación de diligenciar de sus libros o la publicación de cuentas anuales, que será potestativo para el empresario individual (art. 19 CCo 1885), lo cierto es que, con independencia del tamaño empresarial, la llevanza de una contabilidad en los términos previstos en el Código de Comercio, no admite excepciones²⁸². Por consiguiente, a los efectos concursales, todo deudor que tenga la consideración de empresario será susceptible de satisfacer el presupuesto objetivo del art. 164.2.1º LC.

²⁸² Cosa distinta es la obligación de llevanza de libros contables a los efectos tributarios, ya que el empresario persona individual sujeto a Estimación Directa Simplificada en el cálculo del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, queda exonerado de la llevanza de los libros oficiales ex Código de Comercio. En cualquier caso, cabe insistir en que dicha exoneración solo tiene efectos en los procedimientos de comprobación tributaria, pero no alcanza al régimen de obligaciones mercantiles.

En cuanto a los elementos del presupuesto objetivo relativos a la delimitación del deber impuesto, deberán analizarse tres componentes del mandato legal cuya concurrencia conjunta será necesaria y suficiente para la consideración del presupuesto como causa de concurso culpable ex art. 164.2.1º LC. Recordemos la literalidad del precepto: *“Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, ...”*

Los tres componentes que deben conformar el presupuesto objetivo del mandato normativo son los siguientes:

- a) El quebrantamiento de una obligación de naturaleza contable dimanante de un mandato legal.

Este componente de la responsabilidad jurídica resulta, desde la óptica del presupuesto objetivo, inapelable: bastará con probar la acción u omisión que haya derivado en el incumplimiento con el mandato legal.

- b) El incumplimiento debe ser “sustancial”. Término que, atendiendo a la interpretación literal del mismo, debemos de entenderlo como *“lo más importante y esencial de algo”*²⁸³.

Esta premisa cabe entenderla desde una doble vertiente. En primer lugar, debe entenderse la sustancialidad del incumplimiento en el sentido que la obligación contable establecida, en sí mismo sea sustancial, es decir que se trate de obligaciones relativas a la esencia de la *ratio legis* del deber de contabilidad. En segundo lugar, atendiendo al carácter sustancial del incumplimiento en sí mismo; esto es que con respecto a determinada obligación, sustancial, el incumplimiento no es menor, sino que se trata de cuestiones esenciales de la obligación, no meras formalidades sin relevancia en lo que a la obligación contable se refiere. Por

²⁸³ El término *“sustancial”* (consignado en el precepto concursal) se define como *“que constituye lo más importante y esencial de algo”* (Diccionario de la Real Academia Española).

consiguiente, en una interpretación a contrario, cuando un incumplimiento sobre una obligación esencial consista en cuestiones “menores” o cuando la obligación quebrantada en sí mismo no responda a la razón de ser de la llevanza de contabilidad, no nos hallaremos ante la concurrencia de este segundo elemento del presupuesto objetivo.

- c) atendiendo al principio de interpretación finalista, el incumplimiento sustancial debe ser susceptible de dificultar el análisis de la insolvencia, las causas que la originaron o las que la hayan podido agravar²⁸⁴.

Tomando en consideración los tres componentes que conforman el presupuesto objetivo de responsabilidad jurídica, a modo de propuesta interpretativa seguidamente se relacionan una serie de supuestos de hecho cuya toma en consideración concursal ex art. 164.2.1º LC se propone del modo que seguidamente se expone. En lo relativo al presupuesto subjetivo, del literal del precepto, “incumplimiento sustancial del deber”, se desprende que resulta irrelevante el elemento intencional. El supuesto fáctico se establece por mera actividad; será un supuesto de incumplimiento en abstracto²⁸⁵.

²⁸⁴ Esta proposición interpretativa es consistente con la corriente doctrinal generalizada actual. Si bien hemos visto en el estudio doctrinal del precepto, que los análisis relativos a la derogada regulación en el Código de Comercio se dirigían hacia una interpretación literal de los términos, la corriente de opinión contemporánea y la jurisprudencia más reciente, abogan por una interpretación finalista por la que resulte determinante que el incumplimiento contable haya impedido llevar a cabo un adecuado escrutinio de la insolvencia. Al respecto, *vid.* GARCÍA-CRUCES, J.A., *Comentario...*; GARCÍA MARREO, J. *Derecho Concursal...*; SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO, J. *op. cit.*; GARCÍA, J. *op. cit.*; GÓMEZ, E. *op. cit.*; *supra* ETXARANDIO, J. *op. cit.*; o ALCOVER, G. *op. cit.* También es relevante en este mismo sentido, la citada SAP Vizcaya núm. 821 26/12/08, SAP Madrid 11/04/2011, o SAP Barcelona núm. 78 de 12/03/2014.

²⁸⁵ No se ha hallado constancia en la doctrina contemporánea que resulte controvertido el carácter abstracto del incumplimiento del deber de contabilidad; los autores y jurisprudencia citados, *vid. ut supra*, convienen en confirmar la irrelevancia del elemento intencional. Sin embargo, no resulta convergente dicho posicionamiento en el ordenamiento español, en relación al Derecho Comparado analizado. Hemos visto en el capítulo correspondiente, que el elemento intencional es determinante en el entorno geopolítico cercano. *Vid.* la relevancia del elemento subjetivo en Alemania, Francia y Reino Unido; estableciéndose una dicotomía entre bancarrota fraudulenta o simple, en Italia, en función de la constatación o falta de ella, en cuanto a la existencia de dolo.

1ª proposición interpretativa:

La legalización de los libros de contabilidad no constituye lo esencial y más importante de la razón de ser de la llevanza de contabilidad. La falta de legalización de los libros no impide, en sí mismo, la comprensión de la situación económica, patrimonial y financiera del concursado, ni conocer las causas del origen o agravamiento de la insolvencia. No cabe subsumir el incumplimiento del deber de legalización en los supuestos del art. 164.2.1º LC.

El Código de Comercio, en sus art. 25 y 26, establece la obligatoriedad de llevanza de libros de contabilidad, añadiendo en el art. 27 que los libros de llevanza obligatoria deberán presentarse en el Registro Mercantil para su diligenciado; acto que viene a conocerse como la legalización de los libros de contabilidad.

Esta propuesta interpretativa del precepto concursal no hace referencia a la llevanza de libros de contabilidad propiamente dicha, sino que se refiere a su legalización. En posteriores propuestas se abordará lo referido a la adecuada llevanza de los libros.

Una cuestión preliminar a dilucidar es si, a los efectos concursales, debemos de considerar la legalización de todos los libros a los que hace referencia el Código de Comercio, o si alguno de ellos debe de quedar al margen. Los artículos citados del Código de Comercio se incluyen en el Título III, “De la contabilidad de los empresarios”, Sección primera “de los libros de los empresarios”. Por consiguiente, cabe entender que los diferentes libros que en esta sección se indican, art. 25 y 26, cabe considerarlos “libros de contabilidad”. El Código de Comercio incluye como libros de contabilidad, tanto el libro Diario como el de Inventarios y Cuentas Anuales, ambos relacionados directamente con el registro contable (art. 25 CCo 1885). También se prevé en el Título III la llevanza de un libro de actas (art. 26 CCo 1885) previsto para sociedades mercantiles.

En el art. 27 CCo 1885 se hace referencia a la obligación de legalizar los libros, refiriéndose tanto a los libros contables establecidos en los procedentes artículos, como al libro de registro de socio previsto para las sociedades de responsabilidad limitada y el de registro de acciones nominativas para las sociedades anónimas y en comandita por acciones. Estos últimos, cabe entender que el legislador no los considera libros de contabilidad, pues si bien los cita en el artículo 27, su mención se dirige exclusivamente a la legalización de los mismos, no habiéndose incluido en esta sección del Código la obligatoriedad ni el modo de su llevanza. Por consiguiente, podemos interpretar que los libros que el Código de Comercio determina que son los de contabilidad, son el Libro Diario, el Libro de Inventarios y Cuentas anuales, y el de actas.

Siendo evidente el carácter contable del libro Diario y el de Inventarios y Cuentas anuales, el primer escrutinio de relevancia lo centraremos en la determinación acerca de si el libro de Actas podemos encuadrarlo en los supuestos de cumplimientos contables a los efectos concursales. No es controvertido el deber de llevanza del libro de actas ex Título III del Código de Comercio, “De la contabilidad de los empresarios”. Se establece una obligatoriedad, en cuanto al libro de actas, cuya razonabilidad no está en entredicho y que el hecho de quedar incluida en este Título del Código de Comercio carece de relevancia societaria alguna. No obstante, cosa distinta es dilucidar acerca de si, al estar incluida dicha obligación en la concepto de “contabilidad de los empresarios”, debemos de tomarla en consideración a los efectos del art. 164.2.1º LC.

Atendiendo a la finalidad del precepto concursal y acogiendo la corriente jurisprudencial mayoritaria²⁸⁶, debemos de limitar la consideración de libros contables

²⁸⁶ Hemos visto en el capítulo dedicado al análisis de la doctrina y jurisprudencia, que se ha ido produciendo una deriva por la que se ha pasado de la existencia de determinada controversia sobre si el deber de llevanza del libro de actas debe subsumirse en las obligaciones sustanciales del precepto concursal (*Vid.* la citada SAP Madrid 05/06/2000), a existir determinado consenso en desestimar dicha tesis (*Vid.* la citada SAP Barcelona 13/06/2001), entendiéndose que sólo el cumplimiento en relación a los libros cuya finalidad es la de mostrar el contenido de la contabilidad, es el que puede someterse a escrutinio concursal ex art. 164.2.1º LC.

a aquellos cuya funcionalidad es la de mostrar los registros contables de los hechos con relevancia económica para la empresa. El libro de actas no ostenta tal finalidad. Su objeto es el de dejar constancia de acuerdos societarios, bien sea de la junta general como del órgano de administración. Si bien es cierto que determinados acuerdos societarios pueden llegar a tener repercusión posterior en las anotaciones contables (acuerdos de aumento de capital, ...), las actas de los acuerdos son medios de prueba documentales que dotan de presunción de veracidad los posibles registros contables que puedan derivarse de ellos, pero que en ningún caso la falta del acta desvirtúa la veracidad del acuerdo, cuya contrastación será sometida a la apreciación conforme a las reglas generales del Derecho.

De este modo, cabe entender que el libro de actas no responde a la finalidad última de los libros contables, que no es otra que la de mostrar ordenadamente los registros llevados a cabo mediante asientos contables (libro Diario), y mostrar la situación patrimonial periódica respondiendo a determinada formalidad (Libro de Inventarios y Cuentas anuales). Por consiguiente, debemos excluir el libro de actas del análisis del precepto concursal²⁸⁷. La falta de legalización o incluso la no llevanza de un registro sistemático de las actas, carecería de relevancia en lo que al precepto analizado se refiere. De este modo, la relevancia concursal de la legalización de libros la centraremos en lo referido al libro Diario y el de Inventarios y Cuentas anuales.

²⁸⁷ En concordancia con la corriente interpretativa citada por la que se desestima subsumir el incumplimiento del deber de llevanza del libro de actas, en los supuestos del art. 164.2.1º LC: “... sino solamente de aquellos que contengan por función incorporar partidas contables, cosa que no ocurre con los libros de actas de las sociedades mercantiles” (SAP Barcelona 13/06/2001). Posicionamiento implícitamente acogido por la doctrina citada que aboga por el hecho de estimar incluido el supuesto de incumplimiento contable, en lo que a la llevanza de libros se refiere, exclusivamente cuando se haya impedido ilustrar al destinatario de la información, de los elementos sustanciales de la razón de ser de la contabilidad: ilustrar acerca de la evolución y situación económica, patrimonial y financiera de la empresa; no así el libro de actas, cuya finalidad es bien distinta (en este sentido, es relevante la citada SAP Barcelona 28/01/2015: “... creemos que consiste el cumplimiento de las obligaciones contables permitir que un tercero pueda examinar con relativa facilidad si las cuentas ofrecen la imagen fiel ...”).

Por la falta de legalización de los libros

La interpretación jurisprudencial que se ha ido otorgando a la sustancialidad del deber de legalización de los libros contables ha ido variando a lo largo de la vida de la Ley Concursal. Tal y como se desprende del análisis doctrinal plasmado en el capítulo anterior, las primeras sentencias que abordaban dicha cuestión tendían a considerar que la legalización ostentaba una importancia esencial en el deber contable del empresario. Recientemente, dicha tesis queda ya muy matizada, prevaleciendo la concepción de otorgar a la legalización una importancia menos prioritaria en el contexto concursal.

La obligatoriedad de legalización en plazo reglamentario de los libros oficiales de contabilidad responde a la finalidad de que con dicho diligenciado quede probado que la llevanza de la contabilidad se ha producido dentro de los límites temporales legalmente previstos: cuatro meses a la luz de lo previsto en el art. 27.2 CCo 1885²⁸⁸. De igual modo, con el diligenciado, se pretende disponer de la garantía acerca de cuál era el contenido de los libros en el momento de su presentación en el Registro. Sobre esta última circunstancia, sobre el valor probatorio de los libros en cuanto al contenido de los mismos en una fecha determinada, cabe introducir un elemento de contradicción subsanado recientemente a partir de la Instrucción de 12 de febrero de 2015, de la Dirección General de los Registros y de Notariado²⁸⁹.

El Código de Comercio establece, en su artículo 27.1, que los libros se presentarán en el Registro, para su diligenciado, “antes de su utilización”. Más allá que ha venido siendo una práctica habitual que los libros de contabilidad se presenten en el Registro,

²⁸⁸ “..., los cuales serán legalizados antes de que transcurran los cuatro meses siguientes a la fecha de cierre del ejercicio” (Art. 27.2 CCo 1885)

²⁸⁹ Por medio de la indicada Instrucción (BOE de 16 de febrero de 2015), en aplicación del artículo 18 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, se instruye a los Registros Mercantiles provinciales, en el sentido de que “La presentación de dichos libros para su legalización en el Registro Mercantil competente por razón del domicilio, deberá ser por vía telemática, tras su cumplimentación, dentro de los cuatro meses siguientes al cierre del ejercicio social”.

anualmente, tras su cumplimentación al amparo del art. 27.2 CCo 1885, lo cierto es que no quebrantaba norma jurídica alguna que se presenten *ex ante* a su utilización. Ante esta posibilidad, no podíamos aseverar entonces que la legalización de los libros fuese un medio de prueba *iuris et de iure* acerca del contenido de los libros en una determinada fecha. Por consiguiente, si la legalización *de lege lata*, en ocasiones podía no ser prueba irrefutable de que los registros contables se consignaran en plazo reglamentario, se enerva de este modo el valor probatorio de los libros de contabilidad.

Siendo así, si la legalización *per se*, podía no ser determinante para conocer los plazos en que se confecciona la contabilidad, considerar que la legalización tardía e incluso la no legalización no admite prueba en contrario acerca de que haya podido causar perjuicio informativo a los agentes del concurso, parece plausible que pueda considerarse inconsistente con la teleología concursal. En cualquier caso, en aplicación de la indicada Instrucción de 12 de febrero de 2015, pasa a ser como modo único de legalización de los libros, su diligenciado en plazo tras su cumplimentación; lo cual cabe entender como un avance en la senda de dotar de sentido y efectividad el deber de legalización de libros.

Más allá de la relevancia que pueda ostentar el acto de legalización de los libros, no podemos olvidar que la información consignada en éstos, es secreta. Los agentes económicos que puedan haber tomado decisiones de riesgo patrimonial con respecto al concursado, no se habrán basado en la información de los libros contables sino en la información pública, las cuentas anuales. Por consiguiente, toda repercusión que sobre el concurso pueda tener la información en libros, debemos de acotarla a las funciones que le son propias a la administración concursal y al Ministerio Fiscal. Siendo así, si para contrastar la bondad de la información consignada en las cuentas anuales, la administración concursal y el Ministerio Fiscal se basan en libros no legalizados o legalizados tardíamente, carece de relevancia concursal este hecho en la medida que, efectivamente, se pueda disponer de los libros con el contenido previsto

reglamentariamente. La esencia de la finalidad contable no se ve quebrantada por la falta de legalización *per se*.

Tampoco hemos hallado en el Derecho Comparado ninguna referencia expresa a la toma en consideración del incumplimiento del deber de legalizar libros. Más allá de si resulta preceptiva en los ordenamientos analizados, circunstancia no contrastada, el hecho es que del tenor literal de los preceptos estudiados no se desprende indicio alguno a que esta obligación, en su caso, pudiese subsumirse en los supuestos tipificados. Hemos visto que se hace referencia a la llevanza de libros y a la corrección de su contenido, pero en ningún se incardina algún supuesto de obligación formal que permita pensar que la falta de diligenciado de los libros haya de entenderse incluida. El hecho de que se ponga énfasis en el elemento intencional, así como la preeminencia de los incumplimientos de obligaciones substantivas, sugiere que nos podamos remitir al Derecho Comparado para corroborar la exclusión de este supuesto como incumplimiento sancionable relacionado con la situación de insolvencia.

Por la legalización extemporánea de los libros

Por propia coherencia con la tesis propuesta relativa a la falta de legalización de los libros, más aún cabe adherirse a dicha tesis cuando a una legalización tardía se hace referencia. En cualquier caso, a efectos de complementar lo antedicho, en el contexto de legalización tardía podemos diferenciar dos situaciones: cuando la legalización fuera de plazo es anterior a la situación concursal o cuando el diligenciado se produce extemporáneamente pero coincidente con el inicio del proceso judicial.

El primero de los supuestos, cabe entenderlo como irrelevante a los efectos concursales en coherencia con lo expuesto anteriormente, en tanto que siendo secreta la información consignada en libros, sólo el trabajo de la administración concursal y el Ministerio Fiscal podrán verse afectado por su contenido y tal legalización tardía “leve” no resulta trascendente a tal efecto. En cuanto a la legalización tardía conexas

temporalmente con la solicitud de concurso, cabe entenderse como una legalización no llevada a cabo a los efectos de la consideración del incumplimiento, por lo que cabe remitirnos a lo expuesto a este respecto.

Con base en esta tesis sostenida, cabe analizar un supuesto concreto: aquel por el que el concursado que no hubiese llevado libros de contabilidad, pero que sí hubiese depositado las cuentas anuales en el Registro Mercantil, que sobrevinida la situación concursal cumplimentase todos los libros contables *ex post* al solo objeto de su aportación al proceso concursal. Más allá del reproche legal administrativo que pudiese merecer tal conducta, lo cierto es que atendiendo a la interpretación finalista de los preceptos que regulan el concurso, si la administración concursal corrobora que los registros consignados en los libros son consistentes con la documentación contable existente, y consistente también con la información pública consignada en las cuentas anuales y ésta cumple con el objetivo de imagen fiel, no podría afirmarse que este escenario haya podido suponer un perjuicio informativo tampoco al administrador concursal en el ejercicio de sus funciones.

La falta de legalización o la legalización tardía puede considerarse un incumplimiento contable indiciario en cuanto a que se impida conocer la situación económica del deudor, así como las causas de la insolvencia, pero no una causa determinante de ello. De este modo, teniendo en cuenta que no cualquier incumplimiento contable debe subsumirse en el precepto concursal, sino solo aquellos que sean sustanciales; entendiendo que la legalización de los libros de contabilidad no responde a la razón de ser de la obligación contable ni impide en sí mismo, de forma determinante, conocer las causas del origen o agravamiento de la insolvencia, no debe de acogerse este incumplimiento, *per se*, como causa de culpabilidad del concurso ex art. 164.2.1º LC.²⁹⁰

²⁹⁰ La interpretación propuesta viene a converger con los recientes pronunciamientos de los tribunales de instancia. *Vid.* las citadas SAP Madrid 11/04/2011 o SAP Barcelona 12/03/2014. No obstante, téngase presente que dicho posicionamiento no es unánime: *Vid.* por todas, la citada SAP Córdoba 05/03/2013, en la que se equipara la falta de diligenciado de los libros, a la falta de llevanza de la contabilidad, añadiéndose que “.. puesto que unos libros no diligenciados en el Registro Mercantil no

2ª proposición interpretativa:

Libro de Inventarios y Cuentas anuales incompleto, al que le falta exclusivamente la transcripción de las cuentas anuales debidamente publicadas, no es un incumplimiento sustancial del deber de contabilidad subsumible en el precepto concursal.

“El libro de Inventarios y Cuentas anuales se abrirá con el balance inicial detallado de la empresa, al menos trimestralmente se transcribirán con sumas y saldos los balances de comprobación y se transcribirán también el Inventario de cierre del ejercicio y las cuentas anuales” (art. 28.1 CCo 1885).

En cuanto a los elementos del presupuesto objetivo, resulta indiscutible que se cumple el presupuesto de obligatoriedad legal del deber contable: existe el mandato legal de llevanza del libro de Inventarios y Cuentas anuales, quedando especificado el modo y el contenido mínimo obligatorio.

En lo referido al presupuesto de sustancialidad de la obligación, cabe entender que el contenido a consignar en este libro resulta esencial para conocer la evolución y situación económica de la empresa. Sin la llevanza de este libro, no resulta posible, con un esfuerzo razonable, conocer la evolución económica, financiera y de resultado de la empresa. El libro Diario resulta insuficiente para tal cometido, requiriéndose de la información periódica, al menos trimestral, que el libro de Inventarios y Cuentas anuales suministra. Información que será secreta, al no quedar depositada en registro público la información consignada en libros, pero igualmente relevante para posibles destinatarios de la información en libros, de entre otros: los socios en el ejercicio de su

ofrecen fiabilidad alguna, ...”. A la luz de la finalidad que ostenta el diligenciado de libros, que cabe entender que es la de dejar constancia de la fecha en que la contabilidad consignada en libros estaba confeccionada, no parece que puede asimilarse el plazo de la llevanza de la contabilidad con la calidad informativa de ésta. Si bien es cierto que el no haber diligenciado los libros no permite saber cuándo se ha confeccionado la contabilidad, no es indicativo dicha circunstancia que ésta no sea consistente con el objetivo de imagen fiel. Luego en concordancia con los argumentos vertidos en esta propuesta interpretativa, cabría oponerse a dicho posicionamiento doctrinal.

derecho a la información social, la agencia tributaria en su cometido de inspección de los tributos o en sede concursal, a los efectos de disponer de información acerca de la generación o agravación de la insolvencia.

La información consignada en los libros de contabilidad es la representación documental de la gestión contable llevada a cabo donde quedará evidencia de los principios y normas de valoración y registro que se haya aplicado. Su debida cumplimentación resulta determinante para conocer la información contable registrada por la empresa. No en vano, la jurisprudencia es unánime en dotar a los libros de importancia contable prioritaria. Tanto del análisis de la jurisprudencia y doctrina realizada en capítulos anteriores²⁹¹, como del estudio del Derecho Comparado²⁹², se desprende la relevancia otorgada a los libros contables. Cosa distinta es acotar hasta qué punto cualquier incumplimiento en libros debe quedar subsumido en el precepto concursal.

En coherencia con la interpretación finalista subyacente, para poder evaluar si el incumplimiento de esta obligación contable cabe subsumirlo en el art. 164.2.1º LC, deberá contrastarse si se cumple también el presupuesto de vinculación de la obligación con el objeto concursal. Deberá entenderse que cabe subsumir en el precepto, aquellos incumplimientos en la llevanza de este libro que impidan conocer la

²⁹¹ Ya desde pronunciamientos judiciales referidos a los preceptos del CCo 1885 (*Vid.*, entre otras, la citada sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1985), hasta la jurisprudencia más reciente (*Vid.*, por todas, sentencia TS de 10 de septiembre de 2012), la doctrina conviene en asentir acerca de la importancia de la llevanza de los libros de contabilidad para el debido conocimiento de la evolución y situación económica, patrimonial y financiera de la empresa. También la doctrina consultada converge en dicho posicionamiento (*Vid.* obras citadas de, entre otros autores, GARCÍA-CRUCES, J.A, GARCÍA, J., o SÁNCHEZ CALERO, F.). Sin embargo, a pesar de la unanimidad doctrinal en cuanto a la relevancia de los libros contables, no existe tal consenso, como se verá seguidamente, en cuanto a que si el incumplimiento del deber de contabilidad, cabe entenderlo satisfecho, en abstracto, ante cualquier quebrantamiento del deber de llevanza de los libros, o si cabe la ponderación de la relevancia en función de la disfunción informativa que se haya podido producir por el incumplimiento.

²⁹² *Vid.* capítulo referido al estudio del Derecho Comparado. En síntesis, en relación al ordenamiento de Alemania: *Strafgesetzbuch*, s. 283b "... Incumpliera el deber de llevanza de los libros de contabilidad que está legalmente obligado...", 2. "*Disponga, esconda, destruya o dañe los libros de contabilidad, ...*"; en Italia: *Disciplina del fallimento...*, art. 216 "... *ha sustraído, destruido o falsificado, ... los libros y otros documentos, ...*" o en el Reino Unido, *Insolvency Act 1986*, s. 206 "... *ha ocultado, destruido, mutilado o falsificado cualquier libro o documento que afecte....*".

situación económica, patrimonial y financiera del concursado, así como las causas de la insolvencia o su agravamiento.

Por la falta de transcripción de las cuentas anuales en el libro

La contrastación empírica permite afirmar que, en ocasiones, esencialmente referido a pequeñas y medianas empresas, el libro de Inventarios y Cuentas anuales adolece de la falta de transcripción de las cuentas anuales, o cuanto menos de la memoria, incluyéndose exclusivamente el balance de situación y la cuenta de pérdidas y ganancias. Al objeto de valorar la disfunción informativa que dicha circunstancia pueda acarrear, deberemos valorar su repercusión en relación al conjunto de la información contable facilitada por la empresa. A tal efecto, debemos recordar que la información en libros es secreta. Por consiguiente, en la medida que las cuentas anuales hayan sido debidamente depositadas en el Registro Mercantil, ninguna desinformación ha podido transmitirse a la administración concursal o al Ministerio Fiscal si el incumplimiento en el libro se trata exclusivamente de la omisión de las cuentas anuales, pues éstas resultarán accesibles en el Registro público. Siendo así, no se ve satisfecho el tercer elemento del presupuesto objetivo, su vinculación con la finalidad concursal, y por consiguiente, puede afirmarse que la falta de transcripción de las cuentas anuales en el libro, pero sí habiéndose consignado adecuadamente los inventarios y balances trimestrales, estando debidamente depositadas las cuentas anuales, se tratará de un incumplimiento irrelevante a los efectos de la calificación del concurso²⁹³, por lo que cabe su exclusión en los supuestos del art. 164.2.1º LC.

²⁹³ Hemos podido comprobar en el capítulo dedicado a analizar la doctrina y la jurisprudencia, que la interpretación finalista del precepto, por la que se excluye del supuesto de incumplimiento sustancial aquellos quebrantamientos del deber de llevanza de libros que no impida el correcto análisis de la información contable, no halla consenso en sede judicial. Si bien existen posicionamientos del Tribunal Supremo, por los que se evita cualquier tipo de ponderación de la relevancia del incumplimiento en la llevanza de libros (*Vid.* la citada sentencia TS de 10 de septiembre de 2012: “... el 164, apartado 2, ordinal primero,..., no exige para la calificación más que el incumplimiento del omitido deber”), lo cierto es que el posicionamiento de los tribunales de instancia viene a relativizar el quebrantamiento del deber de llevanza de libros (*Vid.*, *ut supra* GARCÍA-CRUCES, J.A, GARCÍA, J., o SÁNCHEZ CALERO, F.).

Por la falta del balance inicial, los balances de sumas y saldos o el inventario

Como continuación a lo expuesto anteriormente, cabe entender que sí resulta relevante a los efectos concursales, la adecuada inclusión en el libro, del detalle de inventarios y los balances iniciales y de sumas y saldos trimestrales. La falta de éstos, sí puede suponer una desinformación que afecte la capacidad de la administración concursal de llevar a cabo su cometido. Los balances de sumas y saldos, tanto el referido a la fecha de cierre del ejercicio como los intermedios, son el único instrumento informativo que muestra la composición detallada de saldos contables; nos permite comprobar el desglose, a nivel de subcuenta contable, de cada una de las masas patrimoniales que conforman el balance de situación o de las partidas agrupadas consignadas en la cuenta de pérdidas y ganancias. Sin tener acceso a estos balances detallados no puede comprobarse la calidad informativa que se desprende de las cuentas anuales. Por consiguiente, nos hallaríamos ante un incumplimiento sustancial ex art. 164.2.1º LC.

En cualquier caso, aun pudiendo servir esta propuesta para acotar el grado de discrecionalidad interpretativa, resulta inevitable que, ante determinadas eventualidades, debamos remitirnos al juicio discrecional del intérprete. Esto es así pues el incumplimiento descrito puede ostentar diferente grado de gravedad. Bien puede haberse omitido todos o gran parte de, por ejemplo, los balances de sumas y saldos trimestrales, lo que se podría considerar que comporta un alto grado de desinformación contable; como puede ocurrir que simplemente falte uno de ellos referido a cierres intermedios dentro del ejercicio social. Ambas circunstancias quedarían subsumidas en el supuesto del art. 164.2.1º LC si se descartase aplicar criterios discrecionales para evaluar hasta qué punto determinado incumplimiento, aun formando parte de los sustanciales y que afectan a la información concursal, puede considerarse lo suficientemente leve como para enervar la presunción de dolo o culpa grave. No siendo posible abordar ex ante todos y cada uno de los grados de relevancia de cada incorrección, resulta inevitable apelar, en última instancia, a la

discrecionalidad interpretativa en cuanto a la sustantividad de la desinformación que el incumplimiento pueda comportar²⁹⁴.

Por análogas razones a las expuestas en este último supuesto, la falta absoluta de llevanza de dicho libro supondría, *a fortiori*, un incumplimiento sustancial subsumible en el precepto concursal.

²⁹⁴ Al respecto de la discrecionalidad interpretativa cabe apelar al criterio de razonabilidad debidamente argumentada en sentencia, por la que se halle la relación entre el incumplimiento en abstracto y la *ratio legis* del precepto. *Vid.* FERNÁNDEZ, TOMÁS R. *op. cit.*, en relación a la razonabilidad como condición necesaria para enervar la arbitrariedad. También hallamos en el Derecho Comparado remisiones a la discrecionalidad interpretativa. Así, la expresión “... *de tal manera que dificulta el análisis...*”, incardinada en los preceptos analizados en el ordenamiento de Alemania, es implícitamente, un llamamiento a la interpretación discrecional de la relevancia del incumplimiento en cuanto a su capacidad de impedir el debido análisis.

3ª proposición interpretativa:

La llevanza irregular del libro Diario es un incumplimiento sustancial que puede impedir la adecuada comprensión de la situación y evolución económica del deudor, por consiguiente cabe interpretar que tal circunstancia puede ser causa de calificación culpable ex art. 164.2.1º LC.

Determina el Código de Comercio que *“El libro Diario registrará diariamente todas las operaciones relativas a la actividad de la empresa. Será válida, sin embargo, la anotación conjunta de los totales de las operaciones por períodos no superiores al trimestre a condición de que su detalle aparezca en otros libros o registros concordantes, de acuerdo con la naturaleza de la actividad de que se trate”* (art. 28.2 CCo 1885). Más allá de la concurrencia del presupuesto objetivo en lo que se refiere al elemento de la existencia de mandato normativo, será necesario valorar la existencia de los dos restantes elementos para llevar a cabo el escrutinio de relevancia concursal del incumplimiento en la llevanza del libro Diario: la sustancialidad de la obligación y su vinculación con la finalidad concursal.

El adecuado registro detallado de todas las transacciones empresariales con contenido económico, resulta esencial para conocer la evolución de la empresa, así como para la adecuada formulación de los estados financieros. A partir de los asientos contables registrados en el libro Diario, se pueden formular los estados financieros que ilustrarán acerca de la situación y evolución patrimonial, financiera y de resultado de la empresa. Más aún, será con base en los registros del libro Diario, en que se podrá mostrar qué calificación contable se ha dispensado a determinado hecho con trascendencia económica. No parece que pueda ser controvertida la sustancialidad de la obligación de llevanza de un libro Diario. Hemos visto en capítulos anteriores que esta obligación está también muy presente en el Derecho Comparado, lo cual viene a corroborar la tesis de relevancia informativa que un libro registro de esta naturaleza ostenta.

En cuanto a la sustancialidad de dicha obligación, puede decirse lo mismo en cuanto a los registros concordantes cuando el libro Diario no muestre anotaciones diarias. Tal y como establece el Código de Comercio, se permite que el libro Diario recoja anotaciones agrupadas con una periodicidad máxima trimestral, quedando condicionada dicha facultad a que se mantengan registros auxiliares diarios concordantes. Por consiguiente, teniendo en cuenta que las anotaciones trimestrales en el libro Diario facilitan escasa información, en este caso, la sustancialidad de la obligación se traslada a la llevanza de los registros auxiliares concordantes.

En lo relativo al tercer elemento del presupuesto objetivo, podemos afirmar que, en coherencia con lo expresado en relación a la sustancialidad de la obligación, la inadecuada llevanza del libro Diario puede resultar determinante para impedir precisamente aquello para lo que resulta preceptivo su cumplimiento: ilustrar acerca de la calificación contable dispensada a hechos económicos y poder formular, llegado el caso, estados financieros. Cada uno de los asientos del libro Diario tiene la finalidad de calificar la naturaleza contable de un hecho con trascendencia económica para la empresa; de tal manera que las incorrecciones en este libro son, a su vez, incorrecciones en el encuadramiento contable de la actividad empresarial. Si al referirnos a los balances de sumas y saldos, resaltábamos la importancia de éstos por tratarse de la muestra sistemática de la evolución de los saldos de las partidas de los estados financieros principales, en congruencia con ello, debemos de otorgar análoga relevancia al instrumento que permite dotar de contenido estos balances: los asientos contables, consignados cronológicamente en el libro Diario. Por consiguiente debe entenderse que ante la falta de llevanza de dicho libro, su llevanza indebida en los términos del art. 29 CCo 1885, o la falta de registros concordantes cuando las anotaciones no sean diarias, debe considerarse un supuesto de incumplimiento sustancial ex art. 164.2.1º LC²⁹⁵.

²⁹⁵ En cuanto a la relevancia de la debida llevanza del libro Diario, cabe remitirse a la misma doctrina y jurisprudencia citada en relación al libro de Inventario y Cuentas anuales, habida cuenta que el análisis de los autores consultados, así como los pronunciamientos judiciales, hacen referencia a la

No obstante, análogamente a lo expresado en relación al libro de Inventarios y Cuentas anuales, no cualquier incumplimiento en el libro Diario debe de considerarse subsumible en el precepto concursal. Deberá apreciarse la sustancialidad del incumplimiento con base en criterios discrecionales. La adecuada aplicación del precepto concursal requerirá que una motivación exhaustiva justifique la afectación que la desinformación derivada de la incorrección en el libro haya podido tener sobre el proceso concursal. A la luz de lo invocado por la administración concursal en su informe de calificación, en el ejercicio de la discrecionalidad otorgada a los Tribunales para la valoración de las pruebas conforme a las reglas generales del Derecho, la sentencia de calificación deberá apreciar la relevancia del incumplimiento en el libro Diario.

Tanto aplicable en relación al libro Diario como para el de Inventarios y Cuentas anuales, el art. 31 CCo 1885 establece que *“el valor probatorio de los libros de los empresarios y demás documentos contables será apreciado por los Tribunales conforme a las reglas generales del Derecho”*.

Por análogas razones, la falta absoluta de llevanza del libro Diario o de registros concordantes cuando éste no refleje anotaciones diarias, supondría, *a fortiori*, un incumplimiento sustancial subsumible en el precepto concursal.

Referido a ambos libros contables de obligada llevanza, podemos afirmar que su relevancia halla análoga preeminencia en el Derecho Comparado. Cualquiera de los cuatro ordenamientos analizados hace referencia al debido cumplimiento de la obligación de registrar adecuadamente los hechos económicos. Cosa distinta es el

obligación genérica de llevanza de libros sin llevar a cabo un deslinde de importancia entre uno u otro libro.

análisis del elemento subjetivo, donde sí hallamos determinadas disparidades con respecto al planteamiento en la norma española²⁹⁶.

²⁹⁶ En cuanto a la consideración del elemento subjetivo en el Derecho Comparado, en la proposición planteada en relación a la consideración del mismo en el ordenamiento español, hallamos el análisis normativo que lo fundamenta.

4ª proposición interpretativa:

No haber conservado los libros oficiales de contabilidad durante el preceptivo plazo de custodia ex art. 30 CCo 1885 por causas no imputables al deudor, habiendo sido legalizados preceptivamente, no debe suponer, per se, la calificación culpable del concurso.

Cabe diferenciar entre el supuesto genérico de imposibilidad de acreditar la llevanza de libros oficiales, en cuyo caso nos hallaríamos ante el incumplimiento sustancial según lo expuesto en las propuestas anteriores, de aquel caso concreto en que la eventualidad consiste en no poder mostrar los libros *ex post* a su cumplimentación, habiendo sido reglamentariamente diligenciados y que dicha imposibilidad sea ajena a cualquier causa imputable al deudor. En este caso no nos hallaríamos ante un incumplimiento que deba comportar, en sí mismo, la calificación culpable.

En este supuesto, los elementos del presupuesto objetivo que no parecen ser controvertidos, son la sustancialidad de la obligación de la llevanza de los libros oficiales y la relevancia de la omisión en términos concursales. La cuestión controvertida podría ser la determinación acerca de si la falta de conservación de los libros por causas no imputables al deudor, debe de considerarse un incumplimiento de un deber legal.

No resulta controvertido que el cumplimiento del deber de llevanza de contabilidad resulta inexcusable y que cuya inobservancia debe quedar sometida a las consecuencias legales que correspondan, resultando una obligación en abstracto en que no cabe valorar el elemento intencional en el incumplimiento. Sin embargo, no puede establecerse análoga afirmación en relación a la conservación de los libros. En este caso, resulta necesario llevar a cabo un análisis del presupuesto subjetivo de responsabilidad.

Pueden producirse eventualidades ajenas a cualquier responsabilidad del deudor que imposibiliten la conservación de los libros. En esta circunstancia, debemos preguntarnos si ha de entenderse que la falta de conservación supone un quebrantamiento del deber legal y por consiguiente si quedaría satisfecho, en su integridad, el presupuesto objetivo. De una primera aproximación a la literalidad del precepto concursal podríamos aventurarnos a confirmar que en lo que a la custodia de libros se refiere, no cabe exención de responsabilidad ante su inobservancia, sin admitirse prueba en contrario. No obstante, si ampliamos el campo de análisis accediendo a los conceptos generales de obligaciones de hacer a la que se refiere la legislación civil, podríamos matizar tales presupuestos.

A la luz del art. 1902 del Código Civil, la responsabilidad por el incumplimiento de una obligación de hacer, nace por dolo o negligencia. Por consiguiente, haciendo extensible la premisa a la cuestión contable, puede inferirse que la falta de conservación de los libros por causas no imputables al deudor, para que no se conforme como presupuesto objetivo del incumplimiento sustancial, debe de haberse producido sin haber mediado negligencia alguna. La dificultad probatoria radicará en dilucidar acerca de si en la conservación de los libros se observaron las medidas generalmente aceptadas para tal propósito y que la eventualidad que determinó la falta de conservación fue invencible.

Para que la imposibilidad de mostrar los libros oficiales no resulte necesariamente un supuesto de culpabilidad concursal deben concurrir, cuanto menos, las circunstancias siguientes:

1º Los libros correspondientes a ejercicios ya concluidos deberían haber sido preceptivamente legalizados, circunstancia que acredita que tales libros habían existido en fecha determinada.

2º La imposibilidad de disponer de ellos, así como las causas y el momento en que se produjeron los hechos que impidieron su conservación, debieron de quedar fehacientemente acreditados en el momento de producirse la eventualidad.

3º No debe haber mediado dolo ni negligencia en la falta de conservación de los libros.

No habiendo mediado dolo o negligencia en la falta de conservación de los libros, cabe entender que no se satisface el presupuesto objetivo de incumplimiento de una obligación de hacer ex art. 1902 CC, por consiguiente se trataría de un supuesto ajeno al alcance del art. 164.2.1º LC por no quedar satisfecho el presupuesto objetivo en toda su dimensión.

En cualquier caso, dicha circunstancia comportaría que la carga probatoria de la falta de dolo o negligencia en la custodia de los libros, recaería en el deudor concursado, motivo por lo que nos hallaríamos, de *lege ferenda*, ante un supuesto de presunción *iuris tantum* de dolo o culpa grave concursal ex art. 165 LC.

Esta propuesta interpretativa no encuentra un acogimiento pacífico en nuestra jurisprudencia. Hemos visto en el capítulo anterior, que la imposibilidad de mostrar los libros de contabilidad resulta, en gran medida, *iuris et de iure* un supuesto de culpabilidad²⁹⁷. No obstante, esta propuesta sí halla amplio acogimiento en el Derecho Comparado, en que para análogos supuestos al de conservación de libros, se establece en determinados ordenamientos, una posibilidad de probar la falta de culpa o negligencia en tal cometido. A saber, siguiendo lo expuesto en el capítulo dedicado al análisis del Derecho Comparado contemporáneo:

²⁹⁷ Vid. la citada SAP Barcelona núm. 227 de 01/10/2015 por la que la sustracción de libros alegada no es acogida por el tribunal para enervar la culpa concursal ex art. 164.2.1º LC. No obstante, la también citada sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de diciembre de 1985, refiriéndose a la norma vigente previa a la Ley Concursal, sí que modifica la calificación de la quiebra atendiendo a que la desaparición de los libros no produjo por motivos imputables al quebrado; hemos contrastado asimismo que esta pronunciamiento no es acogido unánimemente por la doctrina (a favor GURREA, A., *La calificación...*, si bien mantiene un posicionamiento crítico al respecto RAMÍREZ, J. A., *op. cit.*)

Reino Unido

Insolvency Act 1986 c. 45, s. 206. De la literalidad del precepto se desprende la relevancia del elemento intencional: “...si, dentro de los 12 meses inmediatamente anteriores, ha ocultado, destruido, mutilado o falsificado cualquier libro o documento que afecte o tenga relación con las propiedades o asuntos de la compañía...”, ... “es una defensa, probar que él no tenía ninguna intención de ocultar el estado de la empresa o quebrantar la ley...”.

Alemania

De la estructura normativa que regula las consecuencias de incumplimientos contables ante la situación de insolvencia, se infiere que también debe mediar culpa o negligencia para que la falta de custodia de libros pueda tener vinculación para el tratamiento legal de la insolvencia. Tengamos en cuenta que la norma concursal alemana, la única referencia al deber contable la lleva a cabo mediante su remisión a la norma penal, en cuyos preceptos (283 a 283c) se establece que “*disponga, esconda, destruya o dañe los libros de contabilidad u otra documentación que un comerciante está obligado por ley de comercio a mantener...*”. Obsérvese que la imposibilidad de mostrar los libros de contabilidad será punible cuando sea por disposición voluntaria, por esconder o destruir los libros, no por eventualidades no imputables al deudor. Por consiguiente, no se entiende que exista delito por tales eventualidades, luego sin condena no resulta aplicable el precepto de responsabilidad patrimonial de la norma reguladora de la insolvencia.

5ª proposición interpretativa:

La falta de documentos acreditativos de la actividad de la empresa (facturas, medios de pago, ...) para corroborar la veracidad y correcto registro contable de los hechos económicos, es un incumplimiento contable sustancial que cabe subsumir en el precepto concursal en la medida que medie dolo o negligencia.

El deber de conservar los documentos acreditativos de la actividad de la empresa es una obligación establecida en el art. 30 CCo 1885. Si bien la situación y evolución económica, patrimonial y financiera de la empresa se refleja en los libros de contabilidad y, de forma sintética, en las cuentas anuales, lo cierto es que, sin su concordancia con los documentos acreditativos, no resulta posible constatar su adecuación a derecho.

En este supuesto, la obligación no consiste en la llevanza de contabilidad propiamente dicha, sino el deber complementario de custodiar los documentos que sirvan de soporte a la información registrada. No resultando controvertido que existe una obligación legal al respecto, cabe valorar si dicho deber ha de considerarse sustancial. Puede existir una corriente interpretativa que abogue por el hecho de considerar que, basándose la sustancialidad de la llevanza contable en la información que se desprende de ella, la obligación de custodia documental ha de entenderse como una actividad complementaria, cuyo quebrantamiento, en sí mismo no desvirtúa la información consignada en los registros contables. Siguiendo esta tesis interpretativa, podría decirse que la obligación documental no se entendería como lo fundamental o más importante, es decir lo sustancial. Sin embargo, dicha interpretación cabe entenderla como errónea en tanto que la obligación de conservación ostenta una propia sustancialidad.

La sustancialidad radica en el hecho, en sí mismo, de conservar los documentos mercantiles para su debida contrastación cuando resulte preciso. No puede subsumirse dicha obligación como parte integrante complementaria del mandato de llevanza de la contabilidad, sino que cabe entender el deber de conservación documental como una obligación autónoma y por consiguiente el escrutinio de sustancialidad debe basarse en la interpretación finalista de este deber, *per se*.

Llegados a este punto, acerca de interpretar la sustancialidad de dicho deber, cabe entender que resulta esencial la conservación de documentos. Escasa credibilidad podría dispensarse a la información contable si no se pudiese corroborar su veracidad. Sin la conservación de documentos, ni sería posible una adecuada verificación de los estados financieros, ni sería posible la preceptiva comprobación de los tributos, ni muchas otras actividades de comprobación necesarias para el adecuado sostenimiento de un sistema de información económica, patrimonial y financiera. Por consiguiente, a la luz de lo expuesto, cabe entender que el deber de conservación de documentos ha de entenderse como una obligación sustancial del derecho contable.

De este modo, para determinar la inclusión del quebrantamiento de este deber como causa de concurso culpable, faltará contrastar que dicha circunstancia es relevante a los efectos concursales. Como ya se ha dicho anteriormente, la conservación de la documentación mercantil resulta esencial para poder contrastar la veracidad de la información consignada en libros y en las cuentas anuales. Siendo relevante para una diversidad de actos de comprobación, no es una excepción en el ámbito del concurso de acreedores.

En sede concursal, la relevancia de este incumplimiento no viene determinada por la disfunción informativa que pueda haber generado a los agentes económicos, en tanto que los documentos son privados, sino por la dificultad que genera para los agentes concursales, no disponer de documentos que permitan contrastar la información contable y/o conocer las causas que originan o agravan la insolvencia del

deudor. Por consiguiente, cabe entender que dicho incumplimiento debe subsumirse en el supuesto de incumplimiento sustancial *ex art. 164.2.1º LC*. Sin el adecuado soporte documental, los registros contables carecen de presunción de veracidad. Solamente, la visión conjunta de las anotaciones contables y los documentos concordantes permite establecer una presunción de veracidad *iuris tantum*.

En cualquier caso, ante la eventualidad de no haber podido conservar los documentos por causas invencibles no imputables al deudor, resultaría aplicable análoga referencia al presupuesto subjetivo de la falta de conservación de los libros de contabilidad, según lo expresado en la proposición interpretativa anterior²⁹⁸. Ante esta circunstancia, nos hallaríamos en un supuesto de incumplimiento de una obligación de hacer en la que, no habiendo mediado dolo ni negligencia, en virtud del art. 1902 CC no debería otorgarse régimen de responsabilidad alguna al deudor por dicha eventualidad. Por consiguiente, por análogo racionamiento a lo expuesto en relación a los libros de contabilidad, cabría excluir dicha circunstancia del art. 164 LC por no haberse quebrantado deber legal alguno.

La reseña de Derecho Comparado incluida en lo relativo a la custodia de los libros de contabilidad es extensible a este supuesto de incumplimiento.

²⁹⁸ La analogía entre el deber de custodia de los libros de contabilidad y el deber de conservación de los documentos acreditativos de la actividad económica, permite remitir al posicionamiento doctrinal citado en referencia a la custodia de los libros.

6ª proposición interpretativa:

El incumplimiento de la preceptiva formulación o publicación de las cuentas anuales consolidadas, cuando sí se hubiese publicado reglamentariamente las individuales, debe considerarse un supuesto de incumplimiento sustancial ex art. 164.2.1º LC.

El art. 42 y ss. CCo 1885 establece el régimen de obligatoriedad en cuanto a la formulación de cuentas anuales consolidadas para los grupos de sociedades. En esencia, la obligación consiste en que la sociedad dominante de un grupo, no sólo debe formular y depositar sus cuentas anuales según su régimen específico de obligatoriedad, sino que debe también formular y depositar las cuentas anuales consolidadas referidas a todas las sociedades integrantes del grupo.

La Ley Concursal no hace referencia alguna a cuestiones específicas relacionadas con los grupos de sociedades en cuanto a las causas de calificación culpable. Por consiguiente, al objeto de determinar una posible relevancia concursal en relación al quebrantamiento de normas relativas a los grupos, se debe de llevar a cabo una interpretación extensiva de los preceptos. En concreto, en lo referido al incumplimiento contable consistente en la falta de formulación y depósito de las cuentas consolidadas, de una interpretación literal de los preceptos concursales cabría acoger este supuesto en la presunción de culpabilidad *iuris tantum* del art. 165.1.3º LC. Recordemos que el art. 165 LC prevé la presunción de dolo o culpa grave en la generación o agravamiento de la insolvencia, admitiendo prueba en contrario, cuando la causa de la calificación sea, de entre otros, no haber formulado las cuentas anuales, que una vez aprobadas no se hayan depositado, o que resultando preceptivo no se hayan sometido a auditoría.

Al no hacerse referencia alguna en cuanto a la calificación del concurso motivado por obligaciones contables de los grupos de sociedades, podría entenderse que el

supuesto de falta de consolidación se alejaría del art. 164.2.1º LC ya que nos hallaríamos ante una omisión del deber de formular y/o depositar unas cuentas anuales. Sin embargo, atendiendo al objeto de la norma concursal, cabe una distinta apreciación de los hechos. Para ello, debe de hacerse referencia a la interpretación ya expuesta anteriormente, conforme el diferente trato dispensado al supuesto del art. 165.1.3º LC respecto a los del art. 164.2.1º LC radica en que el primero, que comporta la falta absoluta de información contable pública, no puede haber inducido a error valorativo alguno, mientras que el segundo supone la publicación de información sesgada susceptible de apreciaciones erróneas.

Partiendo de dicha premisa, ante la falta de cuentas anuales consolidadas debe de diferenciarse dos supuestos. El primero de ellos sería el referido a cuando no existe publicidad ni de cuentas consolidadas ni las individuales del deudor insolvente, en cuyo caso nos hallaríamos ante el supuesto del art. 165.1.3º LC por falta absoluta de información contable pública. Sin embargo, un supuesto distinto y al que hace referencia esta propuesta interpretativa, es aquel por el que, faltando las cuentas anuales consolidadas, sí que estuviesen debidamente depositadas las cuentas individuales. Este último escenario cabría entenderlo, a diferencia de la falta absoluta de publicidad, como un supuesto que puede generar disfunción informativa, pues se habría mostrado determinada información, la del deudor en concurso, faltando sin embargo la información del conjunto del grupo, lo cual es un supuesto de información sesgada susceptible de producir valoraciones económicas erróneas. Se estaría publicando determinada información que adolecería de la visión económica global del grupo societario. Por consiguiente, cabe acoger el supuesto en el art. 164.2.1º LC por incumplimiento sustancial de un deber contable²⁹⁹.

Para más abundamiento acerca de la aseveración vertida en el párrafo anterior, resulta oportuno llevar a cabo una contrastación empírica de los escenarios posibles.

²⁹⁹ Más allá del posicionamiento que al respecto manifiesta SARAZÁ, R. *op. cit.*, en el sentido de converger con esta propuesta interpretativa, no se ha hallado más doctrina o jurisprudencia que convenga o contraste con esta proposición planteada.

Resulta necesario observar que, tanto si nos referimos a una sociedad filial o a la dominante, ante una sobrevenida insolvencia cabe analizar hasta qué punto no haya podido influir en la concursada, la situación económica de las restantes sociedades del grupo, esto es, la situación del grupo en su conjunto. No resulta un escenario remoto, pensar que cuando una sociedad integrante de un grupo sea solvente, pueda ésta acabar convirtiéndose en una herramienta de financiación de las sociedades del grupo que tengan dificultades financieras. Por consiguiente, acabar viéndose perjudicada la solvencia de tal entidad como consecuencia de su interacción con las restantes sociedades vinculadas. Ante tal circunstancia, si se hubiese podido acceder a la información consolidada del grupo, tal vez el resultado del análisis de riesgo financiero de la finalmente concursada podría haber resultado ostensiblemente distinto. Circunstancia que corrobora que ante determinada información sí publicada, si ésta no es completa, cabe interpretarlo como un incumplimiento contable sustancial.

Analicemos seguidamente la incardinación del supuesto de hecho en el art. 164.2.1º LC en cuanto a la concurrencia de los elementos que componen los presupuestos de responsabilidad jurídica. En lo referido a la responsabilidad subjetiva, no parece probable que puedan producirse eventualidades que enerven la culpa o negligencia del obligado en cuanto a la preceptiva consolidación de cuentas. Llegado el caso, el incumplimiento de dicho deber sólo se entiende desde el dolo por omisión o la negligencia, entendida esta última, cuanto menos, por el incumplimiento de la diligencia debida.

En cuanto al presupuesto objetivo de la responsabilidad, más allá de la autoría que viene determinada por norma legal, será relevante analizar los restantes elementos que consideramos determinantes. En lo referido a que la obligación de formulación y depósito de cuentas anuales tenga origen normativo resulta una evidencia; que la publicidad de las cuentas sea esencial en cuanto a la teleología del Derecho Contable también cabe entenderse irrefutable. Finalmente, en cuanto a que, si tal incumplimiento puede estar vinculado a la finalidad concursal, resulta también

evidente que la información pública acerca de la situación económica, patrimonial y financiera consolidada del grupo es necesaria para garantizar la debida transparencia informativa.

En lo referido a este último elemento del presupuesto objetivo, no parece controvertido afirmar que el interés que puede ostentar el accionista es, en gran medida, por la situación del grupo en su conjunto. Sin embargo, nada obsta que pueda realizarse análoga afirmación en lo relativo al interés informativo de los acreedores en relación al conjunto del grupo. La Ley Concursal no incluye los grupos de sociedades entre los deudores que pueden ser declarados en concurso. Ésta, toma como referencia para determinar quién puede ser declarado en concurso, la personalidad jurídica o natural, es decir la noción “jurídica” del deudor, no la “económica”. Dicha circunstancia lleva a que para poder declarar en concurso una pluralidad de sociedades integrantes de un grupo, deban éstas solicitar cada una de ellas individualmente la declaración de concurso, aunque en un mismo procedimiento se desarrolle³⁰⁰. No obstante, si tomamos en consideración los vínculos económicos y financieros que, de un modo u otro, habitualmente caracterizan las relaciones entre las sociedades vinculadas, nos permite esta circunstancia afirmar que también a los acreedores les resulta de interés conocer la realidad económica, patrimonial y financiera del grupo en su conjunto.

Aunque la Ley Concursal se refiera a diferentes “deudores jurídicos” en el concurso de más de una sociedad integrante de un grupo, la contrastación empírica nos permite aseverar que nos podemos hallar ante un solo poder de decisión susceptible de

³⁰⁰ Analiza esta cuestión: DESDENTADO, ELENA “Grupo de sociedades y concurso de acreedores” en *Anuario de Derecho Concursal* núm. 35, Civitas Ediciones SL, 2015, p. 267 y ss. Sobre la gestión indirecta en los grupos de sociedades relacionada con la posible consideración como administrador de hecho de la sociedad concursada, el órgano de administración de la sociedad dominante, resulta ilustrativa la disertación de DÍAZ MARTÍNEZ, MANUEL “El administrador de hecho como eventual sujeto responsable de la calificación culpable del concurso” en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 273 2009, Gráficas Aguirre Campano, S.L. 2009, p. 1024 y ss; también, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, JUAN. “Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades” en *Anuario de Derecho Concursal* nº 5 2005, Editorial Aranzadi S.A., 2005, p. 7 y ss.

convertirse en un solo “deudor económico” a los efectos concursales, circunstancia que una vez más nos permite corroborar la relevancia de disponer de la información consolidada por parte de los agentes económicos en su conjunto.

Vemos entonces que, quedando satisfechos los presupuestos de responsabilidad jurídica, el elemento a discernir es sobre si el incumplimiento de consolidación habiéndose publicado las cuentas individuales, debemos de encuadrarlo en el supuesto del art. 165 LC, en tanto que norma particular respecto al conjunto de obligaciones contables, o si de lo contrario, al conjugarse las dos circunstancias que muestran una imagen sesgada en cuanto a la capacidad y autonomía económica, patrimonial y financiera del deudor insolvente, nos debemos remitir al supuesto genérico de calificación culpable por incumplimiento sustancial del deber de contabilidad.

De este modo, la reflexión debe centrarse en valorar hasta qué punto la información “a medias” que supone el depósito de cuentas individuales y no las consolidadas merece mayor reproche legal que la falta absoluta de información que supondría no haber depositado tampoco las cuentas individuales. Para el estudio de este supuesto debemos de someternos, una vez más, al análisis empírico. Podríamos hallarnos ante un supuesto por el que los acreedores han tomado decisiones de riesgo patrimonial en relación a una sociedad que había publicado sus cuentas anuales y de cuyo análisis, en su caso, se obtuvo determinada imagen de solvencia. No formando parte la empresa de un grupo de sociedades, nada más cabría reseñar al respecto. No obstante, al formar parte del perímetro de un grupo societario, la solvencia de la empresa estará estrechamente ligada a la solvencia del conjunto del grupo, tal y como se ha ilustrado anteriormente. Por consiguiente, la información pública en relación al grupo resulta determinante para conocer la solvencia de la empresa individual. El incumplimiento de dicha obligación de grupo puede haber generado una disfunción informativa en cuanto a las expectativas de solvencia de la empresa individual, dificultando la comprensión de la situación económica, patrimonial y financiera ex art.

164.2.1º LC; circunstancia que no se produce cuando la falta de información es absoluta ex art. 165.1.3º LC.

Finalmente, resulta pertinente introducir una última reseña relativa a los presupuestos de responsabilidad jurídica. Si bien la norma es clara en cuanto a que la obligación de formular y depositar las cuentas consolidadas recae en el órgano de administración de la sociedad dominante, lo cierto es que la solicitud de declaración de concurso puede corresponder a la sociedad matriz o a alguna de las filiales, en función de sobre cuál de ellas recaiga el presupuesto objetivo del concurso. Circunstancia que cabe entender que no desvirtuaría, en cualquier caso, lo antedicho³⁰¹.

En el supuesto de que la declaración del concurso corresponda a la sociedad que está obligada a formular y depositar las cuentas anuales consolidadas, la dominante, lo expuesto anteriormente resulta de aplicación en tanto que sobre el mismo órgano de administración recae la obligación de formular y publicar ambas, las cuentas individuales y las consolidadas.

En cuanto al supuesto que la declaración de concurso corresponda a una sociedad filial, en este caso la propuesta interpretativa permanecería inalterada, si bien a la hora de determinar responsabilidades derivadas de la calificación ex art. 172 bis LC, el órgano de administración sobre el que podría llegar a recaer la responsabilidad subjetiva sería el de la sociedad matriz obligada a consolidar, quedando exonerando el órgano de administración de la filial que sí ha depositado debidamente sus cuentas individuales.

³⁰¹ Un análisis del régimen de responsabilidad relativo a los grupos de sociedades, lo hallamos en DE ARriba F., M^a LUISA. *Derecho de grupos de sociedades*, Civitas Ediciones SL 2004: “Ejercicio de la influencia dominante: consecuencias jurídicas” p. 151 y ss. También es ilustrativa, en cuanto a la responsabilidad de la sociedad matriz por su comportamiento respecto a la filial, la obra de GIRGADO PERANDONES, PABLO. *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, Marcial Pons 2002, p. 96 y ss.

Ante un tercer supuesto posible, en que fuese el grupo en su conjunto el que solicitase la declaración de concurso, nos hallaríamos igualmente ante la tesitura de que determinado órgano de administración habría quebrantado el deber de consolidar, luego resultaría un supuesto de calificación análogo el relativo de que sea el deudor insolvente quien hubiese omitido el deber de consolidar.

2.2. Llevanza de doble contabilidad

Nada impide que un empresario mantenga más de un sistema de información contable referido a una misma empresa. Por una diversidad de causas analíticas u organizativas, determinada entidad puede estar sometida a controles internos paralelos o complementarios, circunstancia que en sí mismo no merece reproche legal alguno. Sin embargo, en un contexto jurídico, al referirnos a la llevanza de doble contabilidad nos estamos refiriendo a algo distinto: el mantenimiento, con finalidad fraudulenta, de un doble sistema de información contable, uno público irreal y otro real pero oculto³⁰². La llevanza de una doble contabilidad de esta naturaleza comporta el mantenimiento doloso de un sistema organizado y sistematizado de ocultación de la información económica, patrimonial y financiera. A este concepto de doble contabilidad es al que hace referencia el precepto concursal.

En cualquier caso, sin perjuicio del reproche legal que pueda merecer dicha actividad fraudulenta, la valoración de su inclusión en el precepto concursal requiere el análisis de diferentes conceptos que se abordan en la tesis interpretativa que seguidamente se propone. No resultando controvertido que la llevanza de doble contabilidad supone, *per se*, la comisión de incorrecciones contables, resulta necesario valorar la posible inclusión de ésta en el supuesto de “irregularidad contable relevante”; circunstancia que permitiría interpretarse como una redundancia normativa.

³⁰² *Vid.*, al respecto de la determinación del concepto “doble contabilidad”, la definición que le otorga la Audiencia Provincial de Pontevedra, citada sentencia de 13/04/2012, o del Juzgado Mercantil núm. 3 de Vigo, citada sentencia de 15 de julio de 2011; o de forma muy exhaustiva, la delimitación del término expresada por THOMAS, P.M., *op. cit.*

Partiendo del principio de no redundancia en el ordenamiento jurídico, según el cual cada norma jurídica debe tener una incidencia autónoma y no constituir una mera repetición de otras disposiciones, el argumento de la no redundancia justifica que, entre dos o más significados posibles de un enunciado, sea rechazado aquél que suponga una mera repetición de lo establecido por otra disposición del mismo ordenamiento.

Cada disposición legal debe tener su propio significado e incidencia para no ser una repetición de otras disposiciones. Esta forma de argumentar sirve a la efectividad de cada disposición: es un medio para conseguir que cada enunciado normativo sea efectivo y útil. Bajo el postulado de un ordenamiento jurídico económico y racional, la doctrina interpretativa es consistente con el principio de no redundancia legislativa.

7ª proposición interpretativa:

El supuesto de llevanza de doble contabilidad cabe considerarlo redundante con respecto a la “irregularidad contable relevante para la comprensión”.

Atendiendo a lo que supone la llevanza de doble contabilidad, no parece que tenga que ser controvertido afirmar que esta actividad fraudulenta merezca un mayor reproche legal que el hallazgo de incorrecciones valorativas y registrales que impidan mostrar la imagen fiel, aunque de incorrecciones intencionadas se tratase. Por consiguiente, nada cabría objetar en cuanto a que las derivaciones de responsabilidad fuesen distintas si a la llevanza de doble contabilidad nos referimos con respecto a las que podrían derivarse de los restantes supuestos de incumplimientos e incorrecciones contables.

Sin perjuicio de las alegaciones vertidas previamente susceptibles de fundamentar la tesis de redundancia propuesta, cabe analizar diferencias conceptuales entre el supuesto de “irregularidad relevante para la comprensión” y el de “doble contabilidad” tal y como están planteados en el precepto concursal.

El concepto que subyace en la “irregularidad relevante para la comprensión” es el hecho que la empresa haya mostrado determinadas partidas de los estados financieros valoradas de forma incorrecta a la luz de las normas contables. Incorrección focalizada, en esencia, a mostrar una valoración patrimonial o de resultado, superior a la que cabría consignar de haberse cumplido con las normas de valoración y registro: fondo de comercio sobrevalorado, créditos a cobrar de difícil realización no provisionados, eventuales pérdidas conocidas tampoco provisionadas y un elenco de incorrecciones que no permiten mostrar una imagen fiel de la empresa, sino que muestran una imagen mejorada susceptible de inducir a error al destinatario de la información contable. Sin embargo, al referirnos a doble contabilidad, si bien cabe entenderlo como una irregularidad contable, lo cierto es que ésta es de naturaleza distinta. La

llevar a cabo la doble contabilidad, que ostenta una finalidad fraudulenta por lo general de carácter tributario, responde a la ocultación de hechos económicos. Esta opacidad no está tanto dirigida a ocultar pérdidas o sobrevalorar el patrimonio empresarial, lo cual carecería de sentido fraudulento, sino que se encamina, por regla general, a la ocultación de beneficios. Siendo así, observamos que lo que provoca la doble contabilidad en las cuentas publicadas, es que éstas muestren una imagen de solvencia y valor de empresa, peor de la que realmente es: justamente lo contrario de lo que responde a la “irregularidad contable”. Por consiguiente, si bien es cierto que puede decirse que la doble contabilidad es, en sí mismo, una irregularidad contable, su naturaleza es opuesta en términos de muestra de la imagen fiel.

Otro elemento diferenciador de este supuesto respecto al de irregularidad relevante, es que de su literalidad se desprende que no es preciso la toma en consideración de la envergadura de la doble contabilidad. Resulta indiferente si la organización contable paralela está ocultando leves irregularidades o si a un gran fraude se refiere. A la luz del tenor literal del precepto, la llevanza de doble contabilidad se establece como un supuesto de incorrecciones contables que merece la calificación culpable del concurso con independencia del nivel de relevancia cuantitativa de la misma³⁰³.

Para más abundamiento acerca del concepto “doble contabilidad”, resulta oportuno ahondar acerca de la delimitación del término. Nos hallamos ante un término jurídico indeterminado que, si bien en líneas generales se entiende a lo que hace referencia, lo cierto es que resulta algo más complejo determinar a partir de qué nivel de incorrección contable cabe hablar de doble contabilidad o cuándo debemos referirnos

³⁰³ En este mismo sentido, *vid.* por todas, la citada SAP Madrid, de 26/06/2009, también ALCOVER, G, *op. cit.*, THOMAS, P.M., *op. cit.*, o GURREA, A., *La calificación...* No obstante, también hemos hallado posicionamientos doctrinales abogando por una interpretación alternativa, en cuanto a que fuese exigible para la calificación culpable por la llevanza de doble contabilidad, que ésta no permitiera una información suficiente, de tal manera que “*Si, por lo contrario, pese a la existencia de la doble contabilidad, la información suministrada por la contabilidad exteriorizada nos faculta para llevar a cabo esa valoración, resultaría inaplicable la presunción de concurso culpable ex artículo 164.2.1º LC.*”: así, GARCÍA-CRUCES, J.A., *La Calificación...*

“simplemente” al quebrantamiento de normas de valoración y registro. Atendiendo al concepto de fondo que subyace en la llevanza de doble contabilidad, que no es otro que la ocultación de ventas, beneficios y patrimonio, lo cierto es que, para el seguimiento y registro contable de esta actividad fraudulenta, basta con un mero control sistemático de las operaciones ocultas: ¿nos hallaríamos ya en un supuesto de doble contabilidad?, ¿o este escenario no alcanza este umbral? Y si no se considera que pueda decirse que esta actividad ya supone una doble contabilidad, ¿a partir de qué modo organizativo ya cabe subsumirlo en el concepto? La respuesta a estas reflexiones es equívoca. No disponemos de una definición precisa del término doble contabilidad.

A título ilustrativo, puede servir como pauta interpretativa, la definición transcrita en el artículo 310 CP, en que la llevanza de doble contabilidad, la define en los siguientes términos: *“Lleve contabilidades distintas que, referidas a una misma actividad y ejercicio económico, oculten o simulen la verdadera situación de la empresa.”*. Cuanto menos, de esta definición podemos extraer la conclusión que la mera ocultación de hechos económicos no supone, *per se*, la llevanza de doble contabilidad. Será necesario que tal ocultación quede instrumentalizada por medio de la llevanza de un sistema de registro contable paralelo. De igual modo, hemos visto en la jurisprudencia analizada que se entiende que concurre este supuesto de hecho cuando existe una organización sistemática de la ocultación fraudulenta. En cualquier caso, la definición es indeterminada y no es de extrañar que sean escasos los pronunciamientos judiciales que alegan la doble contabilidad para la calificación del concurso. La dificultad probatoria por la opacidad en sí mismo, la indeterminación del concepto según lo que acabamos de exponer, y su concordancia con el ya existente supuesto de irregularidad relevante, justificarían su escasa presencia en las sentencias de nuestros tribunales.

El cumplimiento con el principio de plenitud del sistema normativo requiere, en el caso que nos ocupa, que la culpabilidad concursal por incumplimientos contables

contemple todos los supuestos que puedan haber afectado a la percepción de la situación económica, patrimonial y financiera del concursado, así como a la capacidad de determinarse las causas originarias de la insolvencia o su agravamiento, evitando las llamadas lagunas normativas. Con tal finalidad, de forma abarcadora, el legislador concursal incluye en el precepto, tanto los incumplimientos de carácter formal, como los relativos a obligaciones sustantivas bajo el principio de imagen fiel. De este modo, quedan previstos todos aquellos quebrantamientos del Derecho Contable que puedan tener incidencia en la calificación de la insolvencia. Sin embargo, en el precepto se incluye un tercer elemento: el supuesto de doble contabilidad.

A la luz de la definición que hemos otorgado al concepto de llevanza de doble contabilidad, comparándolo con lo que significa haber cometido irregularidades contables relevantes, puede entenderse que el concepto “doble contabilidad” es un supuesto agravado de irregularidad y por consiguiente podría entenderse que no resulte redundante con respecto al concepto de “irregularidad relevante”. No obstante, si tomamos en consideración que la solución jurídica pretendida por los supuestos del art. 164.2.1º LC no es llevar a cabo una graduación de la culpa del deudor, sino que simplemente responde a la necesidad de establecer una dicotomía culpable-fortuito del concurso, ésta no resulta alterada por la diferencia entre la irregularidad contable y la doble contabilidad, circunstancia que invita a matizar la necesidad de abordar de forma autónoma el supuesto de doble contabilidad y, por consiguiente, valorar el carácter redundante del mismo en la actual legislación concursal.

Si bien en la legislación anterior a la actual Ley Concursal sí que tenía acogida una diferente clasificación de las quiebras, “clases”, en función de la gravedad de los hechos, no ocurre lo mismo en la situación actual. El legislador concursal ha decidido prescindir de graduar la calificación de la insolvencia, limitándose a establecer una dualidad fortuito-culpable, estableciendo la culpabilidad para supuestos concretos. De este modo, la eficacia de la norma, en lo que a la calificación se refiere, requiere la

delimitación exhaustiva de aquellos supuestos que, de probarse su concurrencia, determinarían la culpabilidad en la generación o agravación de la insolvencia, sin procederse a una subsiguiente clasificación que gradúe la gravedad. Asimismo, el legislador concursal ha desligado las consecuencias de la calificación de los diferentes casos que la determinan, de tal modo que será la discrecionalidad de los tribunales la que, con las limitaciones y exigencias establecidas en la propia norma, determinará las consecuencias *ex art. 172 bis LC*.

En coherencia con lo expuesto, cabe exigir a la norma que, si bien debe de ser exhaustiva en la determinación de los supuestos de culpabilidad, dicha exhaustividad no debe incurrir en redundancias. El concepto de doble contabilidad es un supuesto agravado de irregularidad contable, por consiguiente, cabe subsumir este supuesto en el de “irregularidad relevante”.

Cabe desestimar la tesis por la que se alegue que no es un supuesto redundante basado en el hecho de que mientras la doble contabilidad no requiere de escrutinio de relevancia, la irregularidad sí que precisa de su valoración en términos de importancia relativa³⁰⁴. Si consideramos que el escrutinio³⁰⁴ de relevancia de la irregularidad debe ampararse en el concepto de importancia relativa según su conceptualización normativa³⁰⁵, entonces debemos de corroborar si el concepto de doble contabilidad, en sí mismo, ostenta el nivel relativo de importancia con indiferencia de la envergadura de tal irregularidad. Si nos remitimos a la NIA-ES 320, la norma internacional de auditoría sobre importancia relativa, observamos que podemos considerar que existe importancia relativa de determinada incorrección contable, tanto por motivos cuantitativos como cualitativos. La determinación de la importancia relativa *“no establece necesariamente una cifra por debajo de la cual las incorrecciones no corregidas, individualmente o de forma agregada, siempre se considerarán*

³⁰⁴ Llegados a este punto, ha de recordarse que el umbral de importancia relativa puede alcanzarse, tanto por motivos cuantitativos como cualitativos.

³⁰⁵ Recordemos que en la NIA-ES 320 hallamos la definición de importancia relativa, así como los supuestos que deben tomarse en consideración para evaluar si determinada incorrección contable ostenta tal grado de materialidad.

inmateriales. El auditor puede considerar materiales algunas incorrecciones, aunque sean inferiores a la importancia relativa, atendiendo a las circunstancias relacionadas con dichas incorrecciones". Siguiendo esta indicación vertida en la NIA-ES 320, nos tenemos que preguntar si las incorrecciones debidas a la existencia de doble contabilidad, ostentan en sí mismo las circunstancias que justificarían la materialidad de la incorrección contable. A esta cuestión cabe contestar afirmativamente.

Atendiendo a su significado fraudulento, por sus implicaciones de carácter tributario y de Seguridad Social, el carácter delictivo que puede llegar a comportar, y en general, la inseguridad jurídica que supone una actividad fraudulenta de esta naturaleza, debe apreciarse la materialidad de las incorrecciones, *per se*, por la llevanza de doble contabilidad, motivo por lo que cabe entenderla como un supuesto concreto de irregularidad que alcanza el umbral de importancia relativa y, por consiguiente, cabe entenderse como relevante para la comprensión de la situación económica, patrimonial y financiera de la empresa. La llevanza de doble contabilidad se conforma como un supuesto concreto de incorrección contable por fraude, esto es, "la irregularidad contable", que alcanza el umbral de importancia relativa, cuanto menos, por causas meramente cualitativas.

Podemos adherirnos a la tesis conforme la llevanza de doble contabilidad merece un mayor reproche legal que la "simple" comisión de irregularidades por relevantes que estas sean. Sin embargo, no responde al objeto del precepto graduar la gravedad de las incorrecciones contables. A partir de lo expuesto en el informe de calificación por parte de la administración concursal en el que, llegado el caso, se describirán las particularidades y el alcance de la irregularidad contable en forma de doble contabilidad, será el juez del concurso quien determinará en sentencia las consecuencias de la calificación, atendiendo si es preciso a las causas agravantes que pudiesen haberse producido.

De este modo, cabe entender que se produce en el art. 164.2.1º LC una redundancia que sugiere su revisión de *lege ferenda*.

No hemos hallado referencia alguna a la llevanza de doble contabilidad en el Derecho Comparado analizado. En cualquier caso, no quiere decir dicha circunstancia que una actividad fraudulenta de esta naturaleza haya pasado desapercibida por los legisladores. Lo cierto es que la mención a “haber llevado una contabilidad ficticia” en la norma francesa, “haber falsificado” en la norma italiana, o “haber hecho alguna omisión” en el Reino Unido, son todo ello supuestos en los que cabe incardinar la doble contabilidad. Más allá que en los diferentes ordenamientos estudiados no se estime suficientemente relevante la existencia de dobles contabilidades, lo que podría justificar su exclusión como elemento autónomo, lo cierto es que los supuestos genéricos sí previstos pueden acoger esta modalidad fraudulenta. Su no inclusión bien puede considerarse una omisión para evitar elementos redundantes.

2.3. Comisión de irregularidad relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera

Hemos abordado anteriormente una serie de propuestas interpretativas en relación a las obligaciones contables de carácter formal. Obligaciones de hacer algo: llevar contabilidad, legalización y custodia de los libros, conservación de documentos y formulación y depósito de cuentas anuales.

No obstante, las obligaciones contables no se limitan a las cuestiones formales. Más allá del deber de hacer aquello que es preceptivo, existe también una obligación en cuanto al modo de hacerlo. En concreto, en cómo registrar los hechos con trascendencia económica para la empresa. Un conjunto de principios, normas de registro y de valoración cuya finalidad última es la de conseguir el objetivo que las cuentas anuales muestren en todos aquellos aspectos relevantes, la imagen fiel de la situación económica, financiera y de resultado de la empresa³⁰⁶. El Código de Comercio, en su art. 38 y ss., establece las pautas generales de valoración y registro contable, quedando ampliamente regulada esta materia en las normas reglamentarias: el Plan General de Contabilidad, las normas técnicas que emanan del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, así como las Normas Internacionales de Auditoría en su adaptación para España.

Sin menoscabo de la importancia que ostenta el conjunto de obligaciones formales que hemos visto anteriormente, lo cierto es que, al objeto esencial de la información contable, el adecuado cumplimiento con las normas de valoración y registro es determinante en relación a la finalidad concursal. Si bien el incumplimiento de las obligaciones formales se muestra externamente de forma evidente, el incumplimiento con las preceptivas normas de valoración y registro puede pasar desapercibido por un lector no especializado de las cuentas anuales. La información consignada en los estados financieros puede tener apariencia de veracidad aun no habiendo sido

³⁰⁶ El análisis y relevancia del concepto de imagen fiel ha quedado tratado en capítulos anteriores.

formulados de acuerdo con las normas preestablecidas. Por consiguiente, a los efectos concursales, el escrutinio de adecuación de las cuentas anuales a los objetivos de imagen fiel resulta de relevancia prioritaria.

Ya centrados en la valoración interpretativa del tercer elemento del precepto concursal, siguiendo análoga propuesta analítica a la establecida para los restantes elementos, la fundamentación se basará en la toma en consideración del presupuesto objetivo y subjetivo del instituto jurídico en relación a la finalidad concursal. En lo relativo a las obligaciones contables de derecho sustantivo, el precepto establece como causa de culpabilidad del concurso, más allá del supuesto de doble contabilidad ya abordado anteriormente: *“Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad...hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera...”*.

En cuanto al presupuesto objetivo, se determinará cuando el deudor estuviese obligado a llevar contabilidad, circunstancia abordada en el apartado anterior, y que en la que llevarse se hubiesen producido incorrecciones en la aplicación de las normas de valoración y registro: *“irregularidad”*; pero no cualquier irregularidad, sino aquellas que supongan un grado de desinformación tal que resulte idóneo para producir disfunción informativa en el destinatario de la información contable: *“relevante para la comprensión...”*. La conjunción de los tres elementos descritos, conforman el presupuesto objetivo. En relación al presupuesto subjetivo, en forma de proposición interpretativa, se analizará su relevancia para su toma en consideración en el precepto concursal. Las propuestas interpretativas que seguidamente se abordarán, se establecen como valoración del alcance de la *“irregularidad contable relevante”*, determinando los supuestos de hecho que cabe subsumir en este instituto jurídico, así como sus pautas de aplicación en términos de eficacia y seguridad jurídica.

8ª proposición interpretativa:

Irrelevancia del elemento subjetivo: indiferencia entre error involuntario e irregularidad dolosa. Obsolescencia de los términos, nueva nomenclatura ex NIA-ES 450 sugiere su revisión de lege ferenda

Una cuestión que no exenta de controversia es la toma en consideración del elemento subjetivo. Tal y como se refleja en el capítulo dirigido a analizar la jurisprudencia existente, determinada doctrina aboga por entender que el concepto “irregularidad”, en sí mismo, determinaba que para entender satisfecho el elemento subjetivo debía producirse quebrantamiento consciente del deber contable sustantivo, de tal manera que el error involuntario quedase fuera del alcance del precepto. Por su parte, determinada doctrina entiende que a los efectos concursales no cabe diferenciar entre irregularidad consciente y error involuntario³⁰⁷.

La controversia doctrinal cabe entenderla en el contexto de la interpretación del término “irregularidad”. Debe tenerse en cuenta que, en el momento de promulgarse la Ley Concursal, en que ya se incorporó el precepto tal y como ha llegado hasta nuestros días, estaban también vigentes ciertas Normas Técnicas de Auditoría dictadas por el ICAC. Recordemos que las normas del ICAC tienen carácter vinculante y de entre ellas, hallábamos la Resolución de 15 de junio de 2000, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se publica la Norma Técnica de Auditoría sobre “Errores e Irregularidades”, hoy derogada. A la “irregularidad” se le otorgaba el elemento subjetivo de la intencionalidad en el incumplimiento con las normas de

³⁰⁷ Hemos podido contrastar en el capítulo correspondiente de este trabajo, que, a lo largo de la vigencia de la Ley Concursal, se han sucedido posicionamientos doctrinales en ambos sentidos; esto es, en entender que cabe tomar en consideración el elemento subjetivo, así como en abogar que, a los efectos de la calificación del concurso, no debe diferenciarse entre el error involuntario y el fraude doloso. En el apartado dedicado al estudio de ambos conceptos “error” e “irregularidad”, se ha hecho referencia a la doctrina que, actualmente, viene a acoger la tesis de irrelevancia del elemento subjetivo (*Vid.* obras citadas en el indicado apartado, de MUÑOZ, A., o GARCÍA-CRUCES, J.A.). Todo ello, sin perjuicio de que se han ido introduciendo en nuestra jurisprudencia puntos de vista en disonancia con esta corriente doctrinal (así, *vid.* sentencias citadas de JM 3 Barcelona 18/02/2008, o SAP Madrid 88/2009).

valoración y registro, mientras que por “error” contable se entendía aquellos supuestos en que no se apreciase el elemento intencional y que aun habiéndose utilizado criterios razonables de registro, cabía entenderlos como contrarios a derecho.

Siendo así, resulta comprensible que determinada doctrina, extendiendo al ámbito concursal la diferenciación entre irregularidad y error que llevaba a cabo el ICAC, sostuviese que para que un quebrantamiento de las normas de valoración y registro tuviese acogida en el precepto concursal, éste tendría que estar sujeto a la intencionalidad de su autor, “irregularidad”, término usado en el precepto concursal. Entendiéndose que si el legislador, en determinadas normas diferenciaba entre error e irregularidad, cuando en otro cuerpo normativo hacía referencia a irregularidad, atendiendo a un principio de racionalidad normativa, debía de entenderse que el error quedase fuera del alcance concursal.

Sin embargo, lejos de ser pacífica dicha interpretación, determinada jurisprudencia sostenía que atendiendo a la finalidad de la norma y ante la imposibilidad de poder probar a menudo la intencionalidad o la falta de ella en la llevanza incorrecta de la contabilidad, no cabía diferenciar entre error e irregularidad pues de lo contrario el precepto carecería de eficacia alguna.

A partir de la sentencia del Tribunal Supremo, núm. 994/2012 de 16 de enero, disminuyó la controversia en sede judicial en cuanto a que no debe de diferenciarse entre el error contable involuntario y la irregularidad intencionada. En dicha sentencia se argumentaba que tomar en consideración el elemento intencional contravendría la teleología de la norma, aunque las normas técnicas del ICAC hubiesen determinado que debía de diferenciarse entre error e irregularidad contable³⁰⁸.

³⁰⁸ Sin perjuicio del indicado posicionamiento del Tribunal Supremo, cabe recordar que aún en la actualidad existen criterios jurisprudenciales divergentes, *vid.* SAP Pontevedra de 17/07/2015: “... así podemos decir que por –irregularidad contable- se entiende cualquier incumplimiento intencionado, por acción u omisión, ...”.

En la actualidad, tanto el término “error” como “irregularidad”, a los efectos de aplicación de las normas de auditoría, resultan obsoletos. Son términos que ya no hallan amparo normativo en relación a su definición. Como consecuencia de la entrada en vigor de las Normas Internacionales de Auditoría que derogan las antiguas normas técnicas promulgadas por el ICAC, los indicados términos resultaron derogados. En consonancia con el nuevo nomenclátor establecido en la NIA-ES 450 *“Evaluación de las incorrecciones identificadas durante la realización de la auditoría”*, y la NIA-ES 240 *“Responsabilidades del auditor en la auditoría de estados financieros con respecto al fraude”* debe hacerse referencia a “incorrección” contable cuando al incumplimiento de normas de valoración y registro nos referimos. Término que abarca tanto el error involuntario como el fraude. La NIA-ES 450 define el concepto “incorrección” en los siguientes términos: *“diferencia entre la cantidad, clasificación, presentación o información revelada respecto de una partida incluida en los estados financieros y la cantidad, clasificación, presentación o revelación de información requeridas respecto de dicha partida de conformidad con el marco de información financiera aplicable. Las incorrecciones pueden deberse a errores o fraudes”*. Por su parte, la NIA-ES 240 establece *“Las incorrecciones en los estados financieros pueden deberse a fraude o error. El factor que distingue el fraude del error es que la acción subyacente que da lugar a la incorrección de los estados financieros sea o no intencionada”*.

Llegado a este punto, resulta oportuno hacer mención a la cuestión relativa a la autoría del error o la irregularidad contable, esto es, de la incorrección. No resulta en absoluto controvertido que el órgano de administración es el responsable de la formulación de los estados financieros y la adecuada llevanza de la contabilidad en toda su extensión, formal y sustantiva. Tampoco es controvertido que, aunque se delegue la gestión contable o incluso se externalice, dicha circunstancia no exime del deber asignado al órgano de administración. Bien sea por una responsabilidad *in vigilando* o *in eligendo*, lo cierto que no se desvirtúa la autoría del elemento objetivo que recae sobre el órgano societario. En numerosas ocasiones, el órgano de

administración de pequeñas y medianas empresas³⁰⁹ no ostenta la capacidad técnica necesaria para realizar un escrutinio de rigor contable. Su delegación a terceros resulta necesaria.

En el ámbito de la pequeña y mediana empresa es habitual la externalización del trabajo de llevanza de la contabilidad o cuanto menos la redacción de las cuentas anuales. En cualquier caso, subyace en ambos casos la misma problemática: la no preceptiva exigencia de capacidad técnica alguna para el desarrollo de tal actividad profesional. En España, no existe en la actualidad regulación alguna de la profesión contable y derivado de ello no existe filtro administrativo alguno que regule el ejercicio de la profesión. Si a esta circunstancia le solapamos la no obligatoriedad de auditoría de empresas de reducido tamaño, resulta que se puede estar depositando en el Registro Mercantil cuentas anuales sobre las que no se ha sometido filtro legal de profesionalidad alguno. Resulta paradójico que los estados financieros, sintetizados por medio de las cuentas anuales como máximo exponente de la imagen económico-financiera de la sociedad de capitales, puedan llegar a formularse sin la preceptiva participación de profesional especializado. En España, incluso sin quebrantar precepto normativo alguno, no es posible asegurar que los estados financieros que formula el órgano de administración de pequeñas y medianas empresas hayan sido elaborados, corroborados o revisados por profesional con capacidad técnica acreditada.

Cosa bien distinta ocurre en otros ordenamientos no lejanos en que los estados financieros de las sociedades deben de estar certificados por el “experto contable”. En concreto, en Francia el experto contable es responsable de las obligaciones legales de la empresa respecto a la contabilidad; es quien certifica las cuentas de las empresas sin perjuicio de que posteriormente sean sometidas, en su caso, a revisión por auditor

³⁰⁹ Tengamos en cuenta, tal y como se ha expuesto en el capítulo introductorio, que la mayor parte de las declaraciones de concurso que se producen en España hacen referencia a sociedades de responsabilidad limitada a las que se les puede atribuir la condición de pequeñas o medianas empresas. Por consiguiente, no es baladí hacer mención expresa a circunstancias inherentes a esta naturaleza empresarial, cuyas particularidades puede resultar relevantes en la interpretación finalista de los preceptos concursales.

independiente. Dicha institución que la hallamos regulada de forma expresa y de tradición histórica en Francia, queda sometida a normas jurídicas y deontológicas precisas de tal modo que queda garantizada la intermediación de un profesional en tal relevante faceta de la gestión empresarial; todo ello sin perjuicio de que se mantenga asignada la responsabilidad legal de su adecuada formulación al órgano de administración³¹⁰. Este es un filtro de profesionalidad oportuno y deseable³¹¹.

Este alegato en defensa del rigor jurídico contable tiene su implicación en la apreciación subjetiva de las incorrecciones en sede concursal. No existiendo norma reguladora de la profesión, cuando a la externalización de la gestión contable nos referimos, a la hora de determinar culpabilidad *in eligendo* del órgano de administración, habitualmente de las pequeñas y medianas empresas, resulta cuanto menos dudoso que no pueda dotarse de determinada relevancia concursal al elemento subjetivo. Tengamos presente que el mero hecho de calificar el concurso

³¹⁰ Existe en Francia, desde el año 1942 (Orden del 3 de abril), en la que se implementa la institución del “contable autorizado” bajo la tutela del Ministerio de Hacienda, un manifiesto interés por dotar a esta “herramienta”, de un rigor jurídico que no halla regulación análoga en España. Pocos años más tarde, en 1945 se organiza de forma reglada la organización contable en Francia. A lo largo de las últimas décadas se han ido sucediendo en este ordenamiento, diversas reformas, todas ellas con la finalidad de adecuar la evolución y creciente complejidad de las empresas, a las funciones de la profesión contable. Tal es así que, en el año 2007, el código deontológico que regula la profesión alcanza rango normativo promulgado por medio del *Décret n°2007-1387 du 27 septembre 2007 portant code de déontologie des professionnels de l'expertise comptable*. No es ésta una cuestión menor. La falta de una regulación precisa acerca de esta profesión, convierte en España, la formulación de las cuentas anuales por parte del órgano de administración, en el resultado de un trabajo que, no obstante las normas contables de obligado cumplimiento, no queda garantizado que haya pasado filtro de profesionalidad alguno; a diferencia de Francia, en que las cuentas anuales deben de quedar firmadas, junto con el órgano de administración, por el *expertise comptable*, sin perjuicio de la subsiguiente auditoría externa que pudiera resultar preceptiva. El hecho de que alguien, con su firma, se comprometa a la profesionalidad del documento, resulta determinante en el rigor de la información contable publicada. No es probablemente dicha herramienta jurídica, la única solución para mejorar el rigor jurídico de los estados financieros de las sociedades de capital, pero sí que resulta, su implementación, un impedimento más a la impunidad con la que se puede llegar a alterar en España, la imagen fiel de la situación económica, patrimonial y financiera de las sociedades de capital.

³¹¹ Cabe decir al respecto que, en la actualidad, en esta línea, el *Col·legi d'Economistes de Catalunya*, junto con el *Col·legi de Censors Jurats de Comptes de Catalunya*, han creado el *Registre d'Experts Comptables de Catalunya*, a través del cual se acreditarán los profesionales miembros de ambos colegios para difundir la figura del Experto Contable Acreditado. Parece un buen inicio para el fomento del rigor jurídico contable, si bien para su definitiva eficacia resultará determinante la implicación administrativa regulando tal figura como preceptiva.

como culpable, aunque no se acabe estimando responsabilidad patrimonial alguna³¹², cuanto menos, al órgano de administración se le inhabilitará por dos años. No quedando evidenciado que pueda haber existido negligencia manifestada en culpa *in eligendo* en la contratación de servicios contables al no quedar regulado reglamentariamente el ejercicio de la profesión, que tal supuesto pueda comportar la inhabilitación por dos años, requiere una interpretación más amplia del elemento subjetivo.

La toma en consideración del elemento subjetivo halla acogida en el Derecho Comparado. Hemos visto en el capítulo correspondiente que en los ordenamientos analizados se toma en consideración el elemento intencional³¹³. Por consiguiente, abogar por diferenciar entre error o fraude no debe suponer, *per se*, una ruptura con la teleología concursal que no pueda hallar herramientas jurídicas eficientes. Llegado a este punto, cabe dilucidar acerca de si debe resultar más eficaz al objeto concursal, dotar a la autoría de la incorrección contable, de presunción *iuris tantum* de culpa o negligencia.

³¹² Cabe recordar que en virtud del art. 172 bis LC, la condena a la cobertura del déficit concursal debe de justificarse en el hecho de que la conducta que ha comportado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia. *Vid.* al respecto, sentencia del Tribunal Supremo, número 772/2014, de 12 enero.

³¹³ Hemos constatado que en la medida que los ordenamientos incluyen una diferenciación entre diferentes clases de quiebra, entonces adquiere relevancia el elemento intencional de forma explícita. De este modo, se ha analizado en el capítulo correspondiente al análisis del Derecho Comparado, que en el ordenamiento de Italia mientras que para la consideración de *bancarotta simple* no se requiere del elemento intencional, sí que es una condición necesaria para la *bancarotta fraudulenta*: “... con el fin de procurar a sí o a otros un injusto provecho...”. Por su parte, en Alemania no se hace referencia al elemento subjetivo, por lo que cabe entender que no se precisa acreditar el dolo; no obstante, si tomamos en consideración que el instituto jurídico, en Alemania, queda incardinado en el Código Penal, entonces no bastará cualquier error invencible, sino que será preciso que sea acreditable, cuanto menos, la existencia de negligencia. En lo referico al ordenamiento francés, si bien no se hace mención explícita al elemento intencional, del tenor literal del precepto puede inferirse que sí se dota de relevancia a la condición dolosa de la irregularidad contable: “... haber llevado una contabilidad ficticia...”, “... contabilidad manifiestamente incompleta o irregular...”, con conceptos que cuanto menos nos remiten a la necesaria existencia de negligencia grave. Finalmente, en lo que al Reino Unido hace referencia, los términos “... ha realizado algún asiento falso...”, “... mutila, altera o falsifica los libros, ...”, o “... con la intención de defraudar o engañar a cualquier persona.”, son todo ello remisiones implícitas a la toma en consideración del elemento subjetivo. (*Vid.* al respecto de las citas de normas de distintos ordenamiento, los fragmentos reproducidos en el capítulo dedicado al estudio del Derecho Comparado).

Una reflexión acerca de los diferentes derechos que puedan confrontarse a la hora de establecer un régimen de responsabilidad por las incorrecciones contables, sugiere un análisis comparado con otras ramas del derecho. Si observamos la análoga problemática que suscita la delegación de la gestión tributaria, hallaríamos un razonamiento paralelo en cuanto a la posible culpa *in eligendo* por parte del órgano de administración. Sin embargo, no se pone en duda que el sujeto pasivo debe responder por las irregularidades fiscales cometidas, aun por error involuntario y aun habiéndose delegado la gestión a terceros. Dicha premisa, que resulta del todo razonable, parece también plausible que pueda hacerse extensible al rigor contable.

La exigencia de rigor que se infiere del propio precepto concursal se contradice con la dejación normativa en relación a la regulación del ejercicio de la profesión contable. La falta de criterios normativos precisos acerca de quién puede ejercer la actividad delegada del órgano de administración debilita el nivel de exigencia de profesionalidad. La inexistencia de un colectivo profesional sujeto, de entre otros, a un régimen deontológico, resulta un impedimento a la eficiente gestión contable. Sin embargo, el acreedor concursal debe ser ajeno a tales eventualidades.

La propuesta de irrelevancia del elemento intencional cabe contextualizarla en el sistema de calificación concursal propuesto por el legislador español, en el que a pesar de las recientes modificaciones normativas, sigue prevaleciendo la satisfacción del derecho de los acreedores sobre la “salvaguarda” empresarial; y cuyo carácter abstracto de los supuestos de culpabilidad por causas contables carecería de virtualidad en el supuesto de resultar preceptivo el escrutinio de intencionalidad. En este contexto, es donde puede hallar cabida esta propuesta interpretativa, circunstancia que no obsta a que resulte pertinente un planteamiento más acorde con las soluciones planteadas en el Derecho Comparado, en que prevalece que sí se acceda a los mecanismos concursales como herramienta de protección de la actividad económica empresarial. Circunstancia que induciría a proponer una interpretación distinta a la expresada.

A la luz de todo lo expuesto, cabe acoger la tesis sostenida por el Tribunal Supremo al objeto de garantizar que la toma en consideración del elemento subjetivo no pueda impedir la eficacia normativa. Siendo una finalidad esencial de la norma concursal, proteger al acreedor ante la disfunción informativa que haya podido sufrir, no se entendería que se le desprotegiese amparándose en la falta de intencionalidad del deudor insolvente. El eventual perjuicio que haya podido sufrir el acreedor concursal ha de quedar desligado de la intencionalidad del deudor. Se tratará de un incumplimiento normativo en abstracto. Si bien el término utilizado por el legislador concursal, “irregularidad”, puede resultar inapropiado a la luz de las modificaciones normativas posteriores, lo cierto es que debe subsistir la interpretación objetiva del mismo.

Acogiendo el pronunciamiento del Tribunal Supremo al respecto, resulta irrelevante el elemento subjetivo del instituto jurídico. En cualquier caso, en aras de la racionalidad normativa, cabe proponer de *lege ferenda* un nuevo redactado que modifique los términos haciendo referencia a aquellos que la norma contable internacional ha introducido: debe hacerse mención a “incorrecciones” contables, en lugar de “irregularidades”, acogiendo de este modo, tanto el error involuntario como la irregularidad dolosa, dando por concluida, de este modo, la contradicción terminológica que hoy todavía existe entre la semántica concursal y la contable.

En la misma senda de racionalización del ordenamiento, cabría una propuesta de revisión normativa por la que se establezca un preceptivo filtro de profesionalidad en la formulación de las cuentas anuales. Sin dicha herramienta jurídica, la inhabilitación del órgano de administración durante al menos dos años, por causas de las que no haya quedado probado el elemento intencional ni la culpa *in eligendo*, puede adolecer de determinada desproporcionalidad.

9ª proposición interpretativa:

La relevancia de la irregularidad contable debe fundamentarse en el concepto de importancia relativa según NIA-ES 320. Motivación y exhaustividad en las sentencias en cuanto a la importancia relativa de la irregularidad contable en virtud del principio de tutela judicial efectiva ex art. 169 y ss. LC y art. 216 y ss. LEC.

Nuestro ordenamiento otorga al auditor de cuentas la función de valorar la adecuada formulación de los estados financieros, expresando, llegado el caso, si determinadas incorrecciones contables alcanzan el umbral de importancia relativa. Su escrutinio de relevancia se basará en los principios y consignas establecidas en las vigentes Normas Internacionales de Auditoría, en concreto, en lo referido a la determinación de la importancia relativa, la NIA-ES 320³¹⁴. Sin embargo, de acuerdo con las funciones asignadas a la administración concursal, ésta es la competente para contrastar la adecuada formulación de las cuentas, expresando sus conclusiones en su informe de calificación, detallando, llegado el caso, las circunstancias sobre las que se fundamenta la relevancia de determinada irregularidad, en cuanto a que pueda afectar a la comprensión de los estados financieros.

Puede establecerse determinado paralelismo teleológico entre la finalidad de las normas de auditoría y la finalidad concursal en lo que a la irregularidad contable hace referencia. Las normas de auditoría tienen por objeto determinar las pautas de trabajo que deben seguir los auditores en su función de verificar el cumplimiento del objetivo de imagen fiel. Por su parte, el administrador concursal debe de llevar a cabo el escrutinio contable al objeto de contrastar si eventuales incorrecciones en los estados financieros pueden resultar relevantes para su comprensión. A la luz de la definición otorgada al concepto de importancia relativa que dispensa la norma de auditoría, puede entenderse el escrutinio de relevancia concursal, de entre otros, como un

³¹⁴ En el capítulo dedicado a analizar los conceptos contables relevantes, se aborda el término “importancia relativa” en función del significado y contenido que le dispensa la Norma Internacional de Auditoría.

supuesto específico de determinación de la imagen fiel análogo a la función de auditoría. En aras de la seguridad jurídica, los agentes económicos requieren uniformidad interpretativa.

En cualquier caso, más allá del debate doctrinal acerca de si cabe incardinar las normas de auditoría en el análisis de la relevancia contable en sede concursal, lo cierto es que de la definición que la norma de auditoría le dispensa a la importancia relativa, pueden extraerse conclusiones significativas. La NIA-ES 320 “Importancia relativa o materialidad en la planificación y ejecución de la auditoría”, define el umbral de importancia relativa del siguiente modo:

“las incorrecciones, incluidas las omisiones, se consideran materiales si, individualmente o de forma agregada, cabe prever razonablemente que influyan en las decisiones económicas que los usuarios toman basándose en los estados financieros;

los juicios sobre la importancia relativa se realizan teniendo en cuenta las circunstancias que concurren y se ven afectados por la magnitud o la naturaleza de una incorrección, o por una combinación de ambas; y

los juicios sobre las cuestiones que son materiales para los usuarios de los estados financieros se basan en la consideración de las necesidades comunes de información financiera de los usuarios en su conjunto. No se tiene en cuenta el posible efecto que las incorrecciones puedan tener en usuarios individuales específicos, cuyas necesidades pueden ser muy variadas.”

Esta definición puede hallar acogida en la propia de la relevancia de la irregularidad contable ex art. 164.2.1º LC. Las “...incorrecciones, incluidas las omisiones” o “... cabe prever razonablemente que influyan en las decisiones...” son términos plenamente extrapolables a la función concursal. Una disparidad interpretativa sobre la relevancia de las incorrecciones contables, según se trate de un supuesto general de verificación de los estados financieros o de un escrutinio de relevancia concursal, supondría un escenario de inseguridad jurídica que debe evitarse.

De este modo, cabe entender que la motivación relativa a la relevancia de la irregularidad contable deba fundamentarse en los análogos principios y consignas expresadas en la indicada norma de auditoría NIA-ES 320. No es baladí, como hemos detallado en el capítulo correspondiente, que las sentencias de calificación del concurso, en gran medida, al hacer referencia a la relevancia de las irregularidades, con más o menos ahínco hacen mención a la importancia relativa de las mismas ex norma NIA-ES 320, a la sazón norma técnica del ICAC³¹⁵.

Sin embargo, una sucinta mención en sentencia acerca de la relevancia de la irregularidad contable puede resultar insuficiente en aras de enervar la arbitrariedad. El amparo a la discrecionalidad judicial requiere apelar a los fundamentos en los que se basa la percepción de la relevancia contable; bien sea mediante una exhaustiva argumentación en sentencia, o por medio de una referencia a la preceptiva argumentación vertida por el administrador concursal en su informe de calificación ex art. 169 LC. El principio de seguridad jurídica requiere justificación expresa y completa de la causa que origina la calificación culpable del concurso.

En concordancia con lo expresado, en acogimiento del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad y en virtud, asimismo, del mandato legal de exhaustividad, motivación y congruencia en las sentencias judiciales ex art. 216 y ss. LEC, la sentencia de calificación debe hacer referencia al análisis de relevancia vertido por la administración concursal, que a su vez se basará en las consignas vertidas por la norma de auditoría para la determinación de la importancia relativa, dejando constancia de las conclusiones alcanzadas, acogiéndolas o desestimándolas en el texto de la sentencia.

³¹⁵ Hemos constatado en el capítulo correspondiente que, si bien existe en nuestra jurisprudencia una inclinación mayoritaria en apelar a la importancia relativa para la determinación la relevancia de la irregularidad contable, lo cierto es que este criterio no es unánime. *Vid.* la citada SAP A Coruña 06/07/2015; así como por su alegato a la necesidad de hallar criterios que faciliten la seguridad jurídica: JM 3 Barcelona, sentencia de 18/02/2008: *“hay que utilizar algún criterio que otorgue seguridad jurídica y evite que cualquier error, comisión o irregularidad determine la grave consecuencia de calificar el concurso como culpable”*. En cualquier caso, asimismo hemos podido constatar, que determinadas sentencias no apelan a la importancia relativa de la irregularidad, así SAP Alicante 09/07/2015 o SAP Pontevedra 17/07/2015.

Situados en la preceptiva argumentación de la relevancia de la irregularidad en términos de importancia relativa contable, resulta pertinente abordar la metodología cuantitativa. Tal y como se exponía en el apartado de consideraciones previas de este capítulo, para determinar la envergadura de la incorrección contable no resulta eficaz la toma en consideración de las cifras en términos absolutos. Determinada incorrección, en sí mismo, por elevada que sea su cuantificación en abstracto, no muestra el grado de disfunción informativa que puede comportar para el destinatario de la contabilidad. Una misma repercusión cuantitativa sobre determinado epígrafe, por ejemplo, del balance de situación, tendrá distinta interpretación analítica en función de la valoración de los estados financieros en su conjunto³¹⁶.

Por consiguiente, con la finalidad de objetivar al escrutinio de relevancia, la cuantificación de las incorrecciones debe basarse en parámetros relativos y comparables. Esto es, mediante la utilización de ratios analíticos cuyos resultados sean interpretados según criterios valorativos convencionales.

³¹⁶ A título de ejemplo, veamos el escaso impacto relativo que puede llegar a tener sobre determinadas entidades, cifras que en términos absolutos pueden ostentar la apariencia de resultar muy relevantes. El ejemplo analizado puede alcanzar la consideración de excepcional, pero lo cierto es que aun no pudiendo hacer extensibles las conclusiones a la gran mayoría de empresas, sí que permite ilustrar lo alegado en cuanto a que lo importante no son las cifras absolutas sino su impacto relativo en función de los valores agregados de la entidad. En nuestro ejemplo, basado en una empresa real que cotiza en el mercado de valores norteamericano, hemos analizado el impacto que puede tener en el índice de solvencia a largo plazo, una supuesta incorrección en la valoración del activo, irregularidad que la hemos cuantificado en 1.000 millones de dólares. La entidad, según su balance de situación cerrado a 26 de septiembre de 2015, tiene un total activo que asciende a 290.479 millones de dólares; el valor de su pasivo exigible (tanto a corto como a largo plazo) asciende a 171.124 millones de dólares. De las cifras expuestas se desprende que su ratio de solvencia a largo plazo (coeficiente entre el activo y el pasivo exigible) tiene un valor de 1,69747. Llegado a este punto, si descontamos los 1.000 millones de dólares por las supuestas incorrecciones en alguna de sus partidas del activo (supuesto ficticio utilizado por mero interés académico), resulta que su ratio de solvencia a largo plazo pasaría a ser de 1,69163, imperceptible modificación que no parece que pueda desvirtuar la percepción de solvencia que se le otorgue a la compañía; incorrección que no impide entonces comprender la situación patrimonial y financiera de la entidad. En relación a la entidad analizada, una disfunción informativa basada en incorrecciones de 1.000 millones de dólares, supone una inapreciable valoración del ratio de solvencia a largo plazo. La entidad analizada es la tecnológica Apple Inc., información financiera obtenida en www.nasdaq.com/es/symbol/aapl.

No hallando en el Derecho positivo vigente, parámetros numéricos que determinen la importancia relativa y que, por consiguiente, resulten vinculantes a los efectos de la calificación concursal por las incorrecciones contables, resulta oportuno llevar a cabo una interpretación jurídica de las convenciones interpretativas de los estados financieros. La percepción de solvencia, liquidez, endeudamiento o de cualquier otro resultado analítico, es percibida por los destinatarios de la información, según las convenciones interpretativas generalmente aceptadas.

La valoración de los resultados de los ratios responde a un convencionalismo basado en la contrastación empírica de la razonabilidad de los mismos. Adoleciendo el ordenamiento positivo de parámetros objetivos de valoración analítica que puedan fundamentar argumentos de relevancia económica, a la interpretación convenida de los ratios, esto es, a la costumbre, cabe atribuirle la condición de fuente de Derecho; cuanto menos, de carácter indiciario y de referencia en la decisión discrecional del juzgador concursal.

10ª proposición interpretativa:

La comprensión de la “situación patrimonial o financiera” ex art. 164.2.1º LC cabe hacerla extensible a la situación económica lato sensu.

El objeto esencial del análisis contable es servir de herramienta de información acerca de la situación patrimonial, financiera y del resultado de una empresa. En el contexto de calificación concursal, el análisis nos debe permitir llevar a cabo un escrutinio de relevancia de las circunstancias entorno a la situación de insolvencia. Circunstancias que no solamente resultan relevantes en cuanto a los datos históricos conocidos *per se*, que pueden determinar las causas del origen o agravamiento de la insolvencia, sino también en relación a las previsiones económico-financieras al objeto de llevar a cabo un diagnóstico de viabilidad del deudor concursado. El estudio de la liquidez y solvencia a corto y largo plazo, de la estructura financiera, de la capacidad de devolución de deudas o de la posibilidad de llevar a cabo nuevas inversiones, son todas ellas magnitudes relevantes en el contexto concursal. Siendo así, se requerirá que el análisis del deudor concursado comprenda las tres modalidades generalmente aceptadas por la doctrina económica: el análisis patrimonial, de la situación financiera y el económico. La diferenciación entre los tres prismas del análisis no responde a disposición jurídica alguna, sino que hallan su razón de ser en relación a conceptos valorativos generalmente aceptados, contrastados por la ciencia económica y, en cierto modo, amparados en la interpretación semántica de los términos.

El análisis patrimonial estudia el equilibrio entre las masas patrimoniales. Analiza la estructura de la inversión y de la financiación de la empresa, de igual modo que se evalúa la correlación entre las diferentes partidas del balance. Todo ello, al objeto de valorar si existe determinado equilibrio patrimonial que permita prever la viabilidad tanto a corto como a largo plazo. Por su parte, el análisis de la situación financiera permite valorar la capacidad de la empresa para hacer frente a sus compromisos, así como la estructura de sus fuentes de financiación. Finalmente, resulta también

relevante el análisis económico, entendido como el estudio del proceso de formación del resultado y de sus componentes, más allá de permitir el análisis de los márgenes, el valor añadido o los flujos de caja.

A partir de esta sucinta exposición de las tres perspectivas del análisis contable, puede desprenderse que todas ellas pueden resultar relevantes para la adecuada comprensión de la actividad económica del deudor.

El legislador concursal, en lo relativo a las irregularidades relevantes *ex art. 164.2.1º LC*, hace referencia exclusivamente a la comprensión de la situación “patrimonial o financiera”, no aludiendo en modo alguno a la situación económica. De una interpretación literal del precepto podría decirse que toda aquella incorrección contable que no afectase a la estructura patrimonial o financiera, debería quedar fuera del alcance del precepto. Sin embargo, al objeto de evitar lagunas valorativas de las posibles incorrecciones en la formulación de los estados financieros, cabe desestimar la interpretación literal del mismo.

La valoración de la composición de la cuenta de pérdidas y ganancias es relevante para encuadrar correctamente la capacidad económica del deudor. La cuantía del resultado contable forma parte de la estructura financiera de la empresa en la medida que queda recogido en la composición del patrimonio neto del balance de situación. Por consiguiente, una incorrección en la determinación del resultado, cabría incluirla como producida en la formulación de la estructura patrimonial y financiera. Sin embargo, no ocurre lo mismo cuando el quebrantamiento de la norma contable no afecte a la cuantía del resultado, pero sí a la estructura interna de la cuenta de pérdidas y ganancias. La consignación de una cifra de ventas superior a la real, aunque no halle reflejo en el resultado contable; reflejar contablemente ingresos extraordinarios como si de ingresos recurrentes se tratase; o consignar como excepcionales gastos que por su naturaleza deban de considerarse recurrentes, son todo ello ejemplos de incorrecciones contables que pueden suponer una disfunción

informativa susceptibles de inducir a error al intérprete de los estados financieros. Por consiguiente, son susceptibles de dificultar la comprensión de la situación económica lato sensu de la empresa, aun no hallando reflejo patrimonial o financiero.

Por consiguiente, cabe entender que la referencia a la situación “financiera o patrimonial” ex art. 164.2.1º LC debe apreciarse en toda la extensión del análisis patrimonial, financiero y económico del deudor concursado.

11ª proposición interpretativa:

La determinación del límite temporal de los incumplimientos o irregularidades contables, en la calificación del concurso, debe considerar su trascendencia para la comprensión de la situación económica del concursado y para eventuales perjuicios informativos que hayan podido producirse en los agentes económicos.

Si bien determinados supuestos de culpabilidad concursal quedan condicionados por cierta limitación temporal, dicha circunstancia no es extensible a los supuestos del art. 164.2.1º LC a la luz del tenor literal del precepto. Esta particularidad no ha pasado desapercibida por la doctrina y su relevancia en la aplicación del precepto sugiere una propuesta interpretativa³¹⁷.

El legislador concursal ha establecido límites temporales en relación a determinados supuestos vinculados con la calificación del concurso. Tal es así que la culpabilidad por la no formulación o depósito de cuentas anuales ex art. 165.1.3º LC hace referencia concreta al incumplimiento relativo a los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración del concurso; o que las personas afectadas por la calificación ex art. 170 LC debe referirse a los dos años anteriores a la declaración del concurso. Dicha circunstancia nos lleva a una primera consideración en el sentido de que en acogimiento de la hipótesis del legislador racional, no se ha estimado pertinente el establecimiento de límite temporal alguno en lo que a los supuestos del art. 164.2.1º LC se refiere, ya que de lo contrario así se hubiese determinado.

Resulta oportuno reseñar que ya en los trabajos prelegislativos en preparación del actual tenor literal del precepto, se planteó la posibilidad de acotar el límite temporal: *“lapso de tiempo al que cabría referir las actuaciones que fundarían la calificación del concurso”*. Vid, al respecto, el acta de la sesión del 18 de enero de 2000 de la Sección

³¹⁷ Vid. la citada SAP A Coruña 26/01/2015 que defiende la posibilidad de investigar conductas cometidas anteriores al plazo de los dos años anteriores al concurso siempre que tales conductas hubiesen tenido incidencia en la declaración de insolvencia. También es relevante la consideración que al respecto establece la citada obra de GURREA, A. *La calificación...*

Especial para la reforma concursal, transcrito el fragmento en el capítulo en el que se aborda el análisis de los trabajos previos a la aprobación del texto concursal definitivo.

Por consiguiente, cabe preguntarse si debemos entender que cualquier incumplimiento sustancial o irregularidad relevante debe incardinarse en el supuesto concursal, siendo intrascendente el momento temporal en que se produjese la eventualidad. Interpretación que sería compatible, en cierto modo, con la literalidad del precepto.

Si bien sabemos que los tres supuestos fácticos del precepto concursal son supuestos de culpabilidad concursal por mera actividad sin ser preceptiva la prueba de causalidad en la generación o agravación de la insolvencia, lo cierto es que resulta igualmente necesario valorar la relevancia que pueda ostentar su limitación temporal. Ni el supuesto de incumplimiento sustancial ni la llevanza de doble contabilidad vienen determinados por condicionante alguno, tampoco temporal. En lo relativo a la irregularidad sí que queda condicionada ésta, al hecho que resulte relevante para la comprensión de la situación económica, patrimonial y financiera del concursado. En cualquier caso, no es ésta una limitación temporal en sí misma, pues no se especifica a qué momento del tiempo debe referirse la comprensión. Sin embargo, sí que abre la posibilidad a una interpretación en el sentido de subsumir la comprensión de los estados financieros a aquellos que puedan haber incidido en la información a terceros vinculada con la insolvencia.

Carecería de racionalidad alguna interpretar que no cabe limitación temporal en la aplicación del precepto. Considerar que cualquiera de los tres elementos del precepto pueda resultar determinante para la calificación del concurso aun existiendo manifiesta desconexión temporal entre el elemento objetivo y la situación de insolvencia, sería contrario al principio de interpretación finalista. Por consiguiente, una vez más debemos remitirnos al objeto de la norma para interpretar

adecuadamente la limitación temporal que, en su caso, debe establecerse en el régimen de calificación por incumplimientos e irregularidades contables.

La interpretación finalista del precepto nos lleva a entender que cualquier incumplimiento formal o incorrección de carácter sustantivo incluida la llevanza de doble contabilidad, con independencia del momento en que se produjese, debe de quedar subsumida en el supuesto de culpabilidad si tal eventualidad puede haber influido en modo alguno en la desinformación a la que hace referencia el precepto. Disfunción informativa tanto referida al trabajo de la administración concursal y el Ministerio Fiscal, como a la que haya podido tener como destinatarios los acreedores concursales.

Por consiguiente, de una interpretación a contrario, cualquier supuesto del precepto que esté manifiestamente desvinculado de la generación o agravación de la insolvencia, deberá entenderse que no resulta subsumible en el art. 164.2.1º LC.

Esta tesis puede hallar acogida en el marco de una propuesta de interpretación doctrinal, pero lo cierto es que podría conllevar disfunciones en la aplicación práctica del precepto. Esencialmente por el hecho que puede resultar un trabajo complejo determinar el alcance de la relevancia temporal de la información contable y por consiguiente determinar el límite temporal de la revisión contable para contrastar el elemento fáctico del precepto.

La interpretación empírica de la limitación temporal puede llevar a proponer que resultará necesario contrastar la corrección contable, cuanto menos, de todo aquel periodo en el que haya podido concurrir disfunción informativa para cualquier acreedor concursal. Téngase en cuenta que la decisión de riesgo patrimonial de un agente económico se toma con base en los estados financieros ya publicados por el concursado en el momento de tomar la decisión de riesgo patrimonial. Por consiguiente, si los saldos de determinado acreedor concursal se remontan a un

número cualquiera de años atrás, parecería razonable que se contextualizase el análisis contable, también en el momento de la toma de decisiones de riesgo patrimonial por parte de éste.

Sin embargo, una interpretación de esta naturaleza, en la que se prevea la posible exhibición de libros contables y documentos justificativos de un número indeterminado de años anteriores en función de la antigüedad de las deudas concursales, supondría introducir en el instituto jurídico un elemento de inseguridad jurídica que debe de ser subsanado. Puede resultar razonable que un acreedor concursal cuyo crédito, en su origen, tuviese la consideración de deuda a largo plazo, estuviese interesado en poder contrastar la corrección contable del ejercicio en el que se estudió y concedió la operación de financiación, tal vez décadas atrás si a posibles créditos financieros hacemos referencia. No obstante, también parece razonable afirmar que, si el préstamo se concedió diez, quince o veinte años antes de la declaración concursal, poco o nada puede tener que ver la situación actual de insolvencia con los estados financieros del momento en que se concedió el préstamo. Si el deudor ha estado cumpliendo con sus obligaciones de pago con respecto a un acreedor financiero durante, pongamos por caso, quince o veinte años, no parecería razonable que se llevase a cabo un escrutinio de corrección contable de periodos manifiestamente inconexos con la situación de insolvencia sobrevenida.

Por consiguiente, la interpretación del límite temporal debe acoger conjuntamente la necesidad de preservar el derecho de todo acreedor concursal a ver satisfechas sus expectativas de cobro, la interpretación económica en cuanto al posible origen temporal de la situación de insolvencia y la necesaria seguridad jurídica. Atendiendo a estas tres variables, invocando nuevamente el objeto del precepto concursal, cabe descartar ampliar el límite temporal más allá de los periodos en los que la información contable pueda coincidir con los periodos en los que se hubiese podido generar o agravar la situación de insolvencia.

De este modo, podemos concluir que la limitación temporal de la revisión contable no puede determinarse *ex ante*. Con base en la información concursal facilitada por el deudor o, en cualquier caso, obtenida por la administración concursal, la acotación temporal vendrá determinada por las circunstancias de cada caso. Resultará preceptivo el escrutinio de rigor contable de aquellos periodos vinculados con la solicitud de declaración del concurso, ampliados, llegado el caso, en aquellos en los que, de acuerdo con el criterio profesional de la administración concursal, se puede haber generado o agravado la insolvencia, y en cualquier caso, en aras a la seguridad jurídica, no más allá de los preceptivos seis años³¹⁸ de custodia obligatoria de libros y documentos justificativos.

³¹⁸ Art. 30.1 CCo 1885: “Los empresarios conservarán los libros, correspondencia, documentación y justificantes concernientes a su negocio, debidamente ordenados, durante seis años, a partir del último asiento realizado en los libros, salvo lo que se establezca por disposiciones generales o especiales.”

12ª proposición interpretativa:

El informe de auditoría es una prueba indiciaria de la calidad de la información contable, no vinculante para la propuesta de calificación concursal.

El hecho de no proceder a auditar las cuentas anuales aun siendo preceptivo, no determina necesariamente que la información contable publicada sea incorrecta y que por consiguiente haya podido inducir a error a su destinatario. Ante tal premisa, el legislador concursal entiende que dicho quebrantamiento del deber de auditoría debe considerarse una presunción de culpa que admite prueba en contrario *ex art. 165.1.3º LC*. Llegado el caso de haber auditado las cuentas anuales y haber publicado el correspondiente informe, cabe preguntarse cómo debe de subsumirse la opinión del auditor en la calificación concursal. Tanto si del trabajo del auditor se desprende un informe sin salvedades en el que se determine que las cuentas anuales, en los aspectos relevantes, son concordantes con el objetivo de imagen fiel, como si se expresan salvedades al respecto, cabe entender que tal información, a los efectos concursales, ostenta la condición de indicio cualificado en lo que a la calidad de la información contable hace referencia.

De acuerdo con la regulación establecida para el desarrollo de la sección sexta concursal, la calificación del concurso, será la administración concursal quien, en el ejercicio de sus funciones deberá determinar la concurrencia de las circunstancias que amparen la propuesta de calificación: *“...la administración concursal presentará al juez un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución”* (art. 169 LC). Si bien del literal del precepto se desprende que nada obsta que la argumentación de la administración concursal, en lo que a las irregularidades contables se refiere, se fundamente en la opinión del auditor de cuentas, la exigencia en cuanto a que el informe esté razonado y documentado comporta que sean los argumentos propios de la administración concursal los que, de forma razonada y documentada, acojan o rechacen la opinión del

auditor. De este modo, la carga de la prueba en cuanto a la concurrencia de los presupuestos fácticos de culpabilidad concursal recae sobre la administración concursal, ostentando el informe del auditor el carácter de documento indiciario no vinculante.

En el supuesto que el informe de auditoría establezca determinadas salvedades que pongan de manifiesto incorrecciones en aspectos sustantivos de la información consignada en las cuentas anuales o, con más motivo, si se emite un informe con opinión negativa, en la medida que el informe haya sido publicado junto a las cuentas anuales, podría llegar a interpretarse que no se ha producido disfunción informativa alguna. En defensa de dicha tesis podría argumentarse que siendo la finalidad del informe de auditoría, dotar de un filtro de profesionalidad la revisión de los estados financieros, si el resultado de dicho trabajo es percibido públicamente de forma análoga a como lo es la propia información de los estados financieros, si las causas de calificación culpable se basan en las incorrecciones ya mostradas por el auditor en su informe, dicha circunstancia podría impedir la calificación culpable por tales motivos al entenderse que el informe forma parte de la unidad informativa que suponen las cuentas anuales. Sin embargo, dicha tesis cabe rechazarla.

La tesis expuesta, conforme la información consignada en el informe de auditoría cabe entenderla en un mismo plano de relevancia que la información consignada en los estados financieros, no responde a la contrastación empírica de los procesos de análisis económico-financieros generalmente aceptados. Los agentes económicos que toman sus decisiones de riesgo patrimonial con base en la información pública consignada en las cuentas anuales, se basan esencialmente en los datos numéricos incluidos en las distintas partidas que componen el balance de situación y la cuenta de pérdidas y ganancias, utilizándose, en ocasiones, la información que consta en la memoria para complementar o aclarar lo expresado numéricamente.

Sin perjuicio de la importancia que ostenta el informe de auditoría, su relevancia en términos de análisis de estados financieros, ostenta un segundo plano. Las bases de datos sobre análisis de estados financieros de los que se desprenden, de entre otros, los ratios de solvencia o de equilibrio patrimonial, la valoración empresarial utilizada en el ámbito de la gestión de los tributos, y en una gran diversidad de supuestos de análisis empresarial, los cálculos se basan en los estados financieros propiamente dichos accediéndose de forma tangencial al informe de auditoría. El resultado vertido por el auditor en su informe, aun siendo coincidente con la administración concursal en la existencia, en su caso, de determinadas incorrecciones contables, ni desvirtúa la disfunción informativa que emana de los estados financieros, ni viene a substituir la necesaria argumentación de *motu proprio* por parte de la administración concursal en su informe de calificación³¹⁹. Las salvedades que puedan ponerse de manifiesto por el auditor son un indicio de irregularidad relevante.

³¹⁹ Art. 169.1 LC: “Dentro de los quince días siguientes al de expiración de los plazos para personación de los interesados, la administración concursal presentará al juez un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución. Si propusiera la calificación del concurso como culpable, el informe expresará la identidad de las personas a las que deba afectar la calificación y la de las que hayan de ser consideradas cómplices, justificando la causa, así como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por las personas anteriores.”

13ª proposición interpretativa

Las incorrecciones mostradas en el estado de cambios en el patrimonio neto, a los efectos concursales, no son relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor.

A partir de los ejercicios iniciados el 1 de enero de 2008, con la entrada en vigor de los Reales Decretos 1514/2007 y 1515/2007, de 16 de noviembre, por los que se aprueban el Plan General de Contabilidad y el propio para pequeñas y medianas empresas, las cuentas anuales deben incluir, en determinados casos, dos estados financieros añadidos a los tradicionales documentos ya previstos anteriormente: el estado de cambios en el patrimonio neto, ECPN, y el estado de flujos de efectivo, EFE. Ambos, complementan y amplían la información que muestra el balance de situación y la cuenta de pérdidas y ganancias. Su formulación es preceptiva para aquellas sociedades que deban formular balance de situación en su modalidad “normal”³²⁰.

La información mostrada en ambos documentos no es baladí. El ECPN proporciona información acerca de las variaciones cuantitativas y cualitativas en la composición del patrimonio neto. Por su parte, el EFE está diseñado para mostrar, de forma ordenada por tipos de actividad, los orígenes (cobros) y la aplicación (pagos) de los activos monetarios, lo que permite disponer de una visión más exhaustiva de la capacidad de generación de fondos de la empresa, más allá de la mostrada por los estados financieros cuyo principio de formulación se basa en el de devengo. Sobre este último documento se profundiza en la siguiente proposición interpretativa.

Un adecuado análisis del ECPN permite al destinatario de la información una mayor precisión analítica en cuanto a la generación y evolución de los fondos propios de la

³²⁰ El art. 257.3 LSC, modificado por la disposición final 4.4 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, establece que “*Cuando pueda formularse balance en modelo abreviado, el estado de cambios en el patrimonio neto y el estado de flujos de efectivo no serán obligatorios*”. Por su parte el CCo 1885, en su art. 34.1 dispone que “*El estado de cambios en el patrimonio neto y el estado de flujos de efectivo no serán obligatorios cuando así lo establezca una disposición legal*”.

empresa. Dicha información resulta relevante a los efectos que un analista con la formación necesaria pueda llegar a conocer con mayor profundidad la capacidad de autofinanciación de la empresa. Los ajustes “a valor razonable” de instrumentos financieros, las diferencias de conversión de moneda, los cambios en políticas contables, la corrección de errores o la obtención de cantidades no reintegrables de socios u otros, son las magnitudes que afectarán directamente al patrimonio neto sin haberse mostrado en la cuenta de pérdidas y ganancias³²¹, y que su conocimiento puede ayudar al destinatario de la información a valorar más adecuadamente la capacidad financiera de la empresa³²².

En gran medida, los citados conceptos que se consignan directamente en la valoración del patrimonio neto ya hallan una ubicación diferenciada en la propia conformación del balance de situación. El modelo “normal” de balance comporta que deban mostrarse de forma diferenciada diversos conceptos: a saber, de entre otros, las aportaciones de socios distintas al capital social o primas (cta. 118 PGC), las subvenciones recibidas (cta. 130 PGC), los ajustes por cambios de valor (cta. 133 y 134 PGC)³²³. Por medio de la preceptiva clasificación conceptual modulada en las

³²¹ Art. 35.3, 38 y 38 bis CCo 1885.

³²² El ECPN consta de dos partes. La primera, refleja exclusivamente los ingresos y gastos generados por la actividad de la empresa durante el ejercicio social, distinguiendo entre los reconocidos en la cuenta de pérdidas y ganancias, y los consignados directamente en el patrimonio neto del balance de situación. La segunda parte, mostrará todos los movimientos registrados en el patrimonio neto, incluidos los procedentes de transacciones realizadas con los accionistas de la sociedad; informará, asimismo, de los ajustes al patrimonio neto debidos a cambios en criterios contables y correcciones de errores.

³²³ La numeración de tres dígitos otorgada a las diferentes cuentas contables del PGC no son de aplicación obligatoria. El PGC, en su “CUARTA PARTE”, establece el “CUADRO DE CUENTAS” por el que se facilita una numeración que permita identificar fácilmente los diferentes conceptos económicos, patrimoniales y financieros que serán incluidos en los documentos que componen las cuentas anuales. No obstante, la “CUARTA PARTE” del PGC no es de aplicación obligatoria tal y como dispone el art. 2 del RD 1514/2007 por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad: *“artículo 2 Obligatoriedad del Plan. ... no tendrán carácter vinculante los movimientos contables incluidos en la quinta parte del Plan General de Contabilidad y los aspectos relativos a numeración y denominación de cuentas incluidos en la cuarta parte, excepto en aquellos aspectos que contengan criterios de registro o valoración.”*. En cualquier caso, dicha circunstancia no desvirtúa el detalle conceptual que debe consignarse en el Patrimonio Neto del balance, según lo alegado. Esta circunstancia se corrobora por el contenido y detalle que, configurándose en la “TERCERA PARTE” del PGC sí que resulta obligatoria y que también prevé el indicado desglose de conceptos: *“TERCERA PARTE, I. Normas de elaboración de las cuentas anuales. 6ª. Balance. 13. Cuando la empresa tenga elementos patrimoniales clasificados como «Activos no corrientes mantenidos para la venta» o como «Pasivos*

diferentes cuentas contables hallamos en el propio balance de situación el desglose que, en cierto modo, viene a proponerse en el ECPN. Si a dicha circunstancia le añadimos que las cuentas anuales deben mostrar paralelamente los estados financieros correspondientes al ejercicio precedente, lo que nos permite observar la evolución de los importes de cada partida, podemos inferir que, sustancialmente, la información que nos muestra el ECPN ya la hallamos en los balances de situación. El ECPN aporta el valor añadido de poder disponer, en un solo documento, del detalle y evolución de las diferentes partidas que componen el patrimonio neto, lo cual facilita su análisis y, por extensión, su interpretación.

Remitiéndonos a la norma de auditoría a la que hacíamos mención anteriormente, NIA-ES 320 por la que se define el concepto de importancia relativa, cabe recordar que la relevancia de la incorrección contable debe de apreciarse en la medida que pueda afectar a las *“necesidades comunes de información financiera de los usuarios en su conjunto”*. Dicha apreciación, en sí mismo, no justificaría que deba entenderse que no alcanza el umbral de importancia relativa la incorrección en el ECPN por tratarse de un documento *“difícil de entender”* reservado a analistas especializados. Tengamos en cuenta que tanto la formulación del ECPN como del EFE es preceptiva exclusivamente para las sociedades de mayor tamaño, sobre las que debe resultar exigible un más

vinculados con activos no corrientes mantenidos para la venta»: cuyos cambios de valoración deban registrarse directamente en el patrimonio neto (por ejemplo, activos financieros disponibles para la venta), se creará un epígrafe específico «Activos no corrientes y pasivos vinculados, mantenidos para la venta» dentro de la subagrupación A-2. «Ajustes por cambios de valor» del patrimonio neto del balance normal». 14. Si, excepcionalmente, la moneda o monedas funcionales de la empresa fueran distintas del euro, las variaciones de valor derivadas de la conversión a la moneda de presentación de las cuentas anuales, se registrarán en un epígrafe específico «Diferencia de conversión» que se creará dentro de la subagrupación A-2. «Ajustes por cambios de valor» del patrimonio neto del balance normal. En este epígrafe figurarán los cambios de valor de los instrumentos de cobertura de inversión neta en un negocio en el extranjero que, de acuerdo con lo dispuesto en las normas de registro y valoración, deban imputarse a patrimonio neto. 15. Las subvenciones, donaciones y legados no reintegrables otorgados por terceros distintos a los socios o propietarios, que estén pendientes de imputar a resultados, formarán parte del patrimonio neto de la empresa, registrándose en la subagrupación A-3. «Subvenciones, donaciones y legados recibidos». Por su parte, las subvenciones, donaciones y legados no reintegrables otorgados por socios o propietarios formarán parte del patrimonio neto, dentro de los fondos propios, registrándose en el epígrafe A-1.VI. «Otras aportaciones de socios.» Del preceptivo detalle de conceptos se corrobora la ubicación diferenciada de cada uno de ellos en el balance de situación. Análoga disertación puede llevarse a cabo en relación al RD 1515/2007 por el que se aprueba el PGC de pequeñas y medianas empresas.

profundo análisis de sus estados financieros. La capacidad de análisis de los estados financieros deberá ser directamente proporcional a la complejidad de los mismos, de tal manera que será el intérprete quien, con su pericia, trasladará el objeto de su análisis al lenguaje común para atender las *“necesidades comunes de información”*. Por consiguiente, en la medida que el documento contable a analizar contenga información sustantiva, el requisito de especialidad interpretativa no desvirtúa, *per se*, el alcance del umbral de importancia relativa. Sin embargo, dicha circunstancia podría verse matizada en el contexto de calificación concursal en la medida que el documento contable a interpretar no tuviese sustantividad propia, como puede interpretarse que sucede con el ECPN.

A la luz de lo expuesto podemos dotar al ECPN de cierto grado de complementariedad respecto a lo ya ilustrado en el propio balance. De tal modo que los análisis, de entre otros, de solvencia, liquidez o de capacidad de autofinanciación, se llevan a cabo a partir de la información consignada en el balance de situación, sin perjuicio de las aclaraciones o especificaciones que puedan desprenderse del ECPN.

Siendo así, puede entenderse que la falta de formulación de este documento aun cuando resulte preceptivo, o su formulación incorrecta, no repercute en la percepción de solvencia que pueda alcanzar un analista. Por consiguiente, invocando nuevamente el principio de importancia relativa por el que cabe entender como relevantes, exclusivamente, aquellas incorrecciones que puedan haber llegado a influir en la toma de decisiones de terceros; por la naturaleza complementaria que cabe dotar al estado de cambios en el patrimonio neto, su formulación incorrecta no hallaría acogida en los supuestos de incumplimientos sustanciales o irregularidades relevantes ex art. 164.2.1º LC.

14ª proposición interpretativa:

Las incorrecciones mostradas en el estado de flujos de efectivo, a los efectos concursales, pueden resultar relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor.

En relación al EFE, cabe llegar a conclusión distintas con respecto a lo alegado para el ECPN. Si bien también cabe entender el EFE como un documento que complementa el balance de situación y la cuenta de pérdidas y ganancias, lo cierto es que, por la naturaleza de la información mostrada, sí cabe entender ésta como sustancial para la adecuada percepción de solvencia de la empresa.

La tendencia actual en cuanto a los modelos de valoración de empresas, muestra una deriva significativa en el sentido de dotar de mayor relevancia a los modelos dinámicos. Más allá de la valoración estática, mostrada en gran medida por el balance de situación, resulta determinante el análisis de flujos para la adecuada comprensión, no solamente de la situación económica histórica, sino también para poder llevar a cabo previsiones de rentabilidad y realizar proyecciones a largo plazo. El análisis de los estados financieros tradicionales (balance y cuenta de pérdidas y ganancias), no ostentan su relevancia solamente por mostrar los hechos históricos, sino también como predictores de lo que puede acontecer en el futuro. Los inversores, entidades de financiación, acreedores, ..., no utilizan la información contable para saber, *per se*, cuál fue la situación económica, patrimonial y financiera, sino para poder predecir qué puede ocurrir en el futuro próximo y llevar a cabo una estimación del riesgo de su inversión. Por consiguiente, un estado financiero que resulte útil a los efectos de llevar a cabo previsiones de futuro, cabe entenderse como “relevante para la comprensión”.

El EFE muestra, por tipos de actividad, los flujos de efectivo dentro de la empresa. De tal manera que se pondrá de manifiesto la composición de los orígenes de fondos, cobros, así como de las aplicaciones de éstos, los pagos. La corriente monetaria que se

muestra en el EFE se clasifica de acuerdo con su procedencia: actividades de explotación, de inversión o de financiación. De este modo, el EFE permite valorar la gestión financiera de la empresa, pudiendo llegarse a determinar la viabilidad de la misma a largo plazo a partir de la estructura y evolución de los flujos de tesorería. Este estado contable no puede considerarse un mero complemento de los estados financieros principales. El EFE ostenta autonomía interpretativa propia, fruto de la cual puede llevarse a cabo una percepción de solvencia que permite corroborar o desmentir aquella mostrada en el balance de situación.

Si bien es cierto que, hasta el momento, no hemos hallado pronunciamientos judiciales que remitan al EFE para acreditar en sede concursal la concurrencia de incumplimientos o incorrecciones contables, lo cierto es que dicha circunstancia puede deberse a la escasa antigüedad del mismo en tanto que de preceptiva formulación y por consiguiente no habiendo llegado a los tribunales las posibles controversias al respecto. El hecho de que el legislador entendiese que era necesario introducir el EFE como documento obligatorio en determinados casos³²⁴, cabe entenderlo como un avance en la senda de dotar a la información contable, de los elementos de transparencia informativa necesarios en el contexto de comparabilidad internacional de las cuentas anuales. Mientras que una disparidad de criterios de devengo puede llevar a la imposibilidad de comparar estados financieros de empresas de distintos países, la comparación de los flujos de efectivo permite homogeneizar en mejor medida la información contable.

Por todo ello, cabe entender que las incorrecciones que pudiesen consignarse en el estado de flujos de efectivo son relevantes en términos cualitativos. Por consiguiente, al objeto de llevar a cabo un escrutinio de relevancia en términos concursales, será necesario analizar la interpretación cuantitativa de las mismas.

³²⁴ Recordemos que las sociedades que puedan formular balance de situación abreviado no están obligadas a formular el estado de flujos de efectivo ni el estado de cambios en el patrimonio neto.

Llegados a este punto, en coherencia con lo expuesto anteriormente relativo a la necesaria argumentación de las causas que pueden determinar la disfunción informativa, las mismas conclusiones pueden establecerse para la valoración cuantitativa de la incorrección en el EFE. Tal y como se exponía en lo referido al análisis del balance de situación y a la cuenta de pérdidas y ganancias, en que se invocaba el uso de los ratios para acotar la relevancia de la disfunción informativa, análoga referencia puede hacerse para el caso concreto del EFE.

Es una práctica habitual en el estudio del estado de flujos de efectivo, relacionar los flujos con otras variables utilizadas para el análisis. Así, resulta de utilidad interpretativa el EPO (Flujo neto procedente de las actividades ordinarias) que puede dimensionarse en relación al total de la deuda de la empresa; también es frecuentemente utilizado el EPI (Efectivo Procedente de las Inversiones), o el EPF (Efectivo Procedente de las actividades de Financiación). La relación existente entre estas variables, entre otras, determinará las conclusiones que el analista puede alcanzar en cuanto a la existencia de situaciones generalmente valoradas como positivas (superávits de las operaciones para cubrir inversión y financiación, ...) o situaciones comúnmente aceptadas como negativas (liquidación de activos para cubrir las necesidades de fondos que supone el déficit de operaciones, ...). Análogamente, puede también utilizarse el EFE para analizar la relación existente entre rentabilidad y liquidez, herramienta esencial para evaluar los riesgos de insolvencia.

Los cálculos sobre los diferentes flujos permiten comprender mejor la dimensión financiera de la actividad desarrollada por la empresa, así como los equilibrios que se alcanzan. La interpretación de estos cálculos y la disfunción informativa que pueda desprenderse ante eventuales incorrecciones en la formulación del EFE, será función de la administración concursal en su cometido de cuantificar la relevancia de la incorrección.

Habida cuenta lo determinante que resulta conocer los flujos de efectivo para llevar a cabo una trazabilidad de la liquidez de la empresa, en la medida que las incorrecciones en el EFE sean cuantitativamente relevantes, cabe considerar que éstas han podido influir en la percepción de solvencia, por lo que cabe subsumirlas en el supuesto de irregularidad relevante para la comprensión ex art. 164.2.1º LC.

3.- Síntesis casuística

El elenco de proposiciones interpretativas relacionadas en el apartado anterior en lo que a las incorrecciones sustantivas se refiere, no excluye la necesidad de acometer un análisis de los distintos supuestos de hecho en los que puede reflejarse la incorrección contable. El carácter eminentemente casuístico del presupuesto objetivo sugiere la proposición de una lista exhaustiva de supuestos que, en sí mismo, puedan afectar a la adecuada comprensión de la situación económica, patrimonial y financiera de la empresa. Supuestos fácticos que, para su incardinación en el precepto concursal, deberán ser sometidos a un escrutinio de importancia relativa en los términos expuestos anteriormente.

Siendo la finalidad del precepto, determinar los supuestos de quebrantamiento del Derecho Contable susceptibles de inducir a error en las decisiones de riesgo patrimonial de los acreedores, más allá del escrutinio de relevancia, resulta también necesario diferenciar entre aquellas incorrecciones cuyo signo determina mostrar una imagen de solvencia mayor que la verdadera, con respecto de aquellas que arrojan una situación económica, patrimonial y financiera minusvalorada respecto la concordante con la imagen fiel.

El primero de los escenarios posibles, el de mostrar una imagen “mejorada” con respecto a la concordante con el principio de imagen fiel, no parece discutible que se trata de un supuesto tipo de incorrección que ha podido inducir a error en las decisiones de inversión o financiación. No obstante, en cuanto a la segunda de las alternativas posibles, haber mostrado una imagen “empeorada”, ya es más discutible que pueda haber inducido a error en las decisiones de riesgo patrimonial.

En relación a esta segunda alternativa, cabe diferenciar a su vez, dos escenarios posibles. Aquel que la publicidad de una imagen de solvencia “peor” es debida a la llevanza de una doble contabilidad en la que los beneficios se mantienen ocultos; y un

segundo escenario en el que la imagen empeorada viene determinada por una “mera” incorrección en la valoración de determinadas partidas de los estados financieros sin mantener un sistema de registro contable paralelo sistematizado, a saber, un exceso de depreciación de activos o una valoración escasa de las existencias de entre otros supuestos posibles.

Si bien en lo relativo a la llevanza de doble contabilidad, nos remitimos a la valoración interpretativa expuesta anteriormente, en los restantes supuestos de imagen “empeorada” cabe interpretar que aun entrando en contradicción con una interpretación literal del precepto, no nos hallaríamos ante un supuesto de irregularidad relevante para la comprensión ex art. 164.2.1º LC; remitiéndonos una vez más al concepto de importancia relativa y objeto concursal.

Tal y como hemos visto anteriormente, la NIA-ES 320 sobre el concepto de importancia relativa, determina la expresión en cuanto a que la incorrección “*cabe prever razonablemente que influyan en las decisiones económicas que los usuarios toman basándose en los estados financieros*”. Por consiguiente, cabe cuestionarnos si un usuario de los estados financieros habría modificado su decisión de riesgo patrimonial si hubiese sabido que los estados financieros muestran, por ejemplo, una valoración de activos inferior a la real por haber dotado en exceso por la amortización económica; o si modificaría sus decisiones si conoce que las existencias son superiores a las consignada en balance por haberse inventariado por un valor inferior. Sin perjuicio que los ejemplos descritos puedan constituir, llegado el caso, una irregularidad tributaria, un exceso de provisión de gasto no cabe subsumirlo en la delimitación del nivel de importancia relativa, pues bien podría ampararse en la aplicación del principio de prudencia valorativa³²⁵.

³²⁵ El PGC, en su “PRIMERA PARTE” determina el Marco Conceptual de la Contabilidad, estableciéndose, de entre otros, los principios contables de obligado cumplimiento “3º Principios contables”. De entre ellos, hallamos el de “prudencia”, el cual se define del siguiente modo: “4. Prudencia. Se deberá ser prudente en las estimaciones y valoraciones a realizar en condiciones de incertidumbre. La prudencia no justifica que la valoración de los elementos patrimoniales no responda a la imagen fiel que deben reflejar las cuentas anuales. Asimismo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 38 bis del Código de Comercio, únicamente se contabilizarán los beneficios obtenidos hasta la fecha de cierre del ejercicio.

Seguidamente, se plantea una síntesis de los diferentes supuestos de incorrecciones contables sustantivas que, en la medida que resulten relevantes en términos de importancia relativa, cabe considerar que pueden justificar en sí mismas la calificación culpable *ex art. 164.2.1º LC*. La enumeración de supuestos que se exponen, no pretende resultar una lista exhaustiva de antecedentes fácticos subsumibles en el precepto, sino que se trata de una relación de casuística abarcadora clasificada según la naturaleza de la incorrección contable.

i. Reflejo contable de partidas del activo, valoradas indebidamente en exceso con respecto a lo que resultaría en aplicación de las preceptivas normas de valoración y registro, o indebidamente clasificadas mostrando una mayor liquidez irreal.

La valoración del activo del balance de situación es una magnitud que resulta relevante en una variedad de ratios de análisis económico-financieros. De una mera aproximación intuitiva al concepto, se desprende que una sobrevaloración del activo muestra, *ceteris paribus*, una imagen patrimonial de la empresa también sobrevalorada, lo que cabe interpretar como un elemento susceptible de inducir a error en las decisiones de riesgo patrimonial. Sin entrar a valorar las diferentes magnitudes de análisis de balances que utilizan el valor del activo como variable determinante, puede decirse, a modo de ilustración, que una sobrevaloración del activo, en sí mismo, supone la valoración incorrecta de, entre otros, el patrimonio neto

Por el contrario, se deberán tener en cuenta todos los riesgos, con origen en el ejercicio o en otro anterior, tan pronto sean conocidos, incluso si sólo se conocieran entre la fecha de cierre de las cuentas anuales y la fecha en que éstas se formulen. En tales casos se dará cumplida información en la memoria, sin perjuicio de su reflejo, cuando se haya generado un pasivo y un gasto, en otros documentos integrantes de las cuentas anuales. Excepcionalmente, si los riesgos se conocieran entre la formulación y antes de la aprobación de las cuentas anuales y afectaran de forma muy significativa a la imagen fiel, las cuentas anuales deberán ser reformuladas. Deberán tenerse en cuenta las amortizaciones y correcciones de valor por deterioro de los activos, tanto si el ejercicio se salda con beneficio como con pérdida.”.

de una sociedad de capitales³²⁶. Dicha circunstancia, por sí sola, resulta de gran relevancia analítica pues estaría distorsionando magnitudes trascendentes como el Valor Neto Contable de las acciones de una sociedad de capitales³²⁷ o el nivel de solvencia a largo plazo³²⁸.

Análogamente, una clasificación de las partidas del activo que no se corresponda con el criterio temporal de realización, puede mostrar una imagen de liquidez irreal. La consideración como activo corriente³²⁹, partidas de bienes o derechos que por su carácter de permanencia en la empresa deban de considerarse activos no corrientes, dotan de mayor valor al fondo de maniobra³³⁰, ratio esencial en la valoración de la liquidez a corto plazo de la empresa.

³²⁶ En cuanto a la interpretación de los ratios financieros: AMAT, ORIOL. *Análisis económico-financiero*. Ediciones Gestión 2000, S.A. 1991, p. 41 y ss.; también Memento Práctico Contable 2009, obra colectiva bajo la coordinación de Ediciones Francis y Taylor, Ediciones Francis y Taylor, S.A. 2008, p. 1421 y ss

³²⁷ El Valor Neto Contable de las acciones se obtiene de dividir el valor total de la partida del patrimonio neto del balance entre el número de acciones que conforma el capital social. Dicho de otro modo, es el valor monetario de cada acción, de procederse a liquidar activos y pasivos exigibles.

³²⁸ El nivel de solvencia a largo plazo se determina como el coeficiente entre el valor total del activo y el pasivo exigible. Es la ponderación que, comúnmente, se conoce como el índice que mide la distancia a la que se encuentra la situación de quiebra; muestra la viabilidad esperada de la empresa a largo plazo.

³²⁹ Se incluye en el activo corriente, las partidas de bienes y derechos cuyo plazo de realización económica se presuma inferior al año, tal es así como, de entre otros, los saldos deudores por cobrar o las existencias. "a) El activo corriente comprenderá: – Los activos vinculados al ciclo normal de explotación que la empresa espera vender, consumir o realizar en el transcurso del mismo. Con carácter general, el ciclo normal de explotación no excederá de un año. A estos efectos se entiende por ciclo normal de explotación, el periodo de tiempo que transcurre entre la adquisición de los activos que se incorporan al proceso productivo y la realización de los productos en forma de efectivo o equivalentes al efectivo. Cuando el ciclo normal de explotación no resulte claramente identificable, se asumirá que es de un año. – Aquellos activos, diferentes de los citados en el inciso anterior, cuyo vencimiento, enajenación o realización se espera que se produzca en el corto plazo, es decir, en el plazo máximo de un año, contado a partir de la fecha de cierre del ejercicio. En consecuencia, los activos financieros no corrientes se reclasificarán en corrientes en la parte que corresponda. – Los activos financieros clasificados como mantenidos para negociar, excepto los derivados financieros cuyo plazo de liquidación sea superior a un año. – El efectivo y otros activos líquidos equivalentes, cuya utilización no esté restringida, para ser intercambiados o usados para cancelar un pasivo al menos dentro del año siguiente a la fecha de cierre del ejercicio. Los demás elementos del activo se clasificarán como no corrientes." PGC, I. Normas de valoración de las cuentas anuales.

³³⁰ El fondo de maniobra es la diferencia cuantitativa que existe entre el valor del activo corriente (líquido disponible y derechos realizables a corto plazo) y el pasivo exigible a corto plazo. En términos relativos, su cómputo se expresa como el ratio de liquidez, consistente en el cociente entre el activo corriente y el pasivo exigible a corto plazo.

Supuestos que pueden afectar la imagen fiel de la valoración y estructura del activo:

1. Incumplimiento del principio de registro por el precio de adquisición o coste de producción en relación a inmovilizados intangibles, materiales, inmobiliarios e inversiones financieras a corto y a largo plazo.
2. Incumplimiento del deber de registrar el deterioro sufrido por los activos no corrientes. En relación a esta práctica específica, resulta oportuno reseñar como supuesto de riesgo contable elevado, el registro del deterioro de partidas de inmovilizados intangibles. La subjetividad con que en ocasiones se caracteriza su valoración y la variabilidad a la que puede verse sometido el deterioro de su valor, hacen que estas partidas se muestren especialmente sensibles a incorrecciones contables. A título de ejemplo, por su relevancia cuantitativa y su recurrencia en las sentencias judiciales de calificación concursal, cabe hacer mención a la valoración del fondo de comercio y el preceptivo registro de su deterioro.
3. Amortización acumulada del inmovilizado inconsistente con el principio de amortización en función de la vida útil del activo.
4. Indebida cuantificación de existencias por no corresponderse con un verdadero inventario de las mismas o por haberse cuantificado sin considerar alguno de los preceptivos métodos de valoración.
5. Saldos deudores por operaciones comerciales no ajustados a su valor de realización y/o habiéndose obviado la debida provisión ante el deterioro de su valor.
6. Consignación de saldos incorrectos de cuentas financieras.

7. Activación indebida de partidas que no tengan la consideración de bienes titularidad de la empresa o la consideración indebida de derechos cuya realización se estime razonable. En lo relativo a esta práctica concreta, cabe reseñar como significativa y recurrente en sentencias, la activación indebida de créditos fiscales cuya razonabilidad de su realización a corto plazo no resulta, en numerosas ocasiones, apreciable.
8. Indebida clasificación de saldos del activo en las partidas del activo corriente mostrando de este modo una mayor liquidez.

ii. Reflejo contable de partidas del pasivo exigible, valoradas indebidamente por debajo del importe adeudado o indebidamente clasificadas para mostrar una irreal mejor calidad del endeudamiento.

De forma análoga a lo que se expresaba en relación a la valoración del activo, cabe entender que un reflejo contable de las partidas que componen el pasivo exigible, por debajo de su valor de exigibilidad, muestra un montante de deudas a pagar menor por parte de la empresa, circunstancia que puede inducir a error en la valoración del riesgo. Con base en esta magnitud, es frecuente la utilización de ratios como el de endeudamiento³³¹, o los ya expuestos en relación a los activos: valoración del patrimonio neto de la empresa y, por consiguiente, el Valor Neto Contable de las acciones de la sociedad, o el ratio de solvencia a largo plazo.

De igual modo, en concordancia con lo expuesto anteriormente relativo a la solvencia a corto plazo, una clasificación de deudas que deban de ser satisfechas a corto plazo (vencimientos inferiores a un año) y que sin embargo estén registradas

³³¹ El ratio de endeudamiento se expresa como el coeficiente entre el total de las deudas exigibles y el total valor del pasivo.

como deudas a largo plazo, incide, de entre otros, en la valoración del fondo de maniobra, así como en el análisis de la calidad de la deuda³³².

Supuestos que pueden afectar la imagen fiel de la valoración y estructura del pasivo exigible:

1. Saldos acreedores por operaciones comerciales, deudas financieras o por cualquier otro concepto entendido como una deuda conocida a satisfacer, registrados por un valor inferior al importe que resultan exigibles.
2. Indebida clasificación como pasivo no corriente, partidas que a la luz de su exigibilidad deben ser consideradas como pasivo a corto plazo.

iii. Indebido reflejo contable de partidas en el patrimonio neto del balance, o valoradas en exceso con respecto a lo que resultaría en aplicación de las preceptivas normas de valoración y registro.

El patrimonio neto reflejado en el balance de situación nos ilustra acerca del valor contable que ostenta la empresa, calculado como diferencia entre el valor del activo y las deudas. Una segunda lectura que puede llevarse a cabo, cuando a una sociedad de capital nos estuviésemos refiriendo, es considerar el patrimonio neto, tal y como ya se ha expresado al referirnos a la valoración del activo y del pasivo, como el valor contable que ostentan el conjunto de acciones de la compañía. Por consiguiente, una valoración indebida que aumente dicha magnitud supondría una disfunción informativa que podría afectar también a la percepción de determinados índices analíticos. La propia valoración de la empresa en su componente estático, la

³³² El ratio de calidad de la deuda se obtiene por medio del cociente entre el importe del pasivo exigible a corto plazo y el total de deudas. Su importancia radica en el hecho de que ilustra acerca de la ponderación entre la exigibilidad de deuda a corto y a largo plazo.

rentabilidad de las acciones³³³, el análisis del apalancamiento financiero³³⁴, o incluso los ratios de solvencia al haber incluido en el patrimonio neto partidas que debiesen considerarse pasivo exigible, resultan todas ellas magnitudes relevantes para un agente con intereses económicos en tal empresa.

Supuestos que pueden afectar la imagen fiel de la valoración patrimonial neta de la empresa:

1. Valoración o inclusión de partidas en el epígrafe “Capital”, “Reservas” o “Resultados pendientes de aplicación” que no se correspondan con los preceptivos documentos societarios o, en su caso, faltando la debida publicidad registral.

Al referirnos a inclusión de partidas en el epígrafe de “Reservas” resulta pertinente hacer mención a una práctica contable que, si bien podría incardinarse en algunos de los supuestos que se están describiendo, por sus características parece plausible remarcarla de forma diferenciada. Esto es, la imputación en “Reservas Voluntarias” de diferencias provenientes de ejercicios anteriores debidas a errores o cambios de criterio contable. El PGC establece que dicha naturaleza de registros contables se reflejará, al inicio del ejercicio, por medio de cargos o abonos en la cuenta de “Reservas Voluntarias”, parte integrante del patrimonio neto, sin que resulte necesario su imputación previa en la cuenta de pérdidas y ganancias. A los efectos que nos concierne, cabe entender que resulta una irregularidad contable que puede resultar relevante, la utilización de tal mandato legal para albergar arbitrariamente ajustes sucesivos a lo largo del ejercicio para la corrección de errores o la aplicación de cambios de criterio contable, evitando así su reflejo en la cuenta de pérdidas y ganancias. A

³³³ También denominada rentabilidad financiera, es un ratio de gran relevancia pues mide el beneficio neto generado en relación a la inversión de los propietarios de la empresa.

³³⁴ El ratio de apalancamiento financiero mide la idoneidad del endeudamiento de la empresa en cuanto que relaciona el patrimonio neto con el activo, ponderándolo con la importancia relativa del coste financiero en el resultado contable.

saber, de entre otros supuestos, las correcciones valorativas sin su reflejo en la cuenta de pérdidas y ganancias imputándose directamente en cuentas del patrimonio neto.

2. Cualquier otro reflejo contable que por su naturaleza no deba ostentar la condición de “Financiación básica”, o llegado el caso, ésta fuese exigible a largo plazo.

iv. Determinación del resultado contable en cuantía superior al que correspondería de aplicar debidamente las preceptivas normas de valoración y registro; así como el reflejo de una estructura de ingresos y gastos que no muestren una razonable proyección temporal de los mismos.

Resulta innecesario resaltar la importancia del resultado económico como magnitud determinante de la capacidad de generar recursos por parte de la empresa. No obstante, sí resulta oportuno hacer mención al hecho que la estructura interna de la cuenta de pérdidas y ganancias, en sí mismo, también puede ostentar determinada relevancia interpretativa. Mostrar como ingresos recurrentes, hechos económicos excepcionales, o a *sensu contrario*, mostrar como excepcionales partidas de gastos que sean recurrentes, puede inducir a error en el análisis económico. El estudio de la evolución de la cifra de negocio, del margen bruto global o la evolución de la estructura de gastos fijos son, de entre otras, una serie de magnitudes cuya observancia puede resultar sesgada ante incorrecciones internas en la cuenta de pérdidas y ganancias, aun no viéndose distorsionado el resultado neto contable.

Supuestos que pueden afectar la adecuada valoración de la actividad económica de la empresa:

1. El registro de ingresos o gastos que, de forma agregada, comporten el reflejo de un mayor resultado contable del que resultaría de la aplicación del debido principio de devengo.
2. El registro de ingresos que, en sí mismo, muestren una cifra de negocio superior a la que correspondería en aplicación de los preceptivos criterios de clasificación de ingresos. Así como la clasificación indebida de cualquier partida de ingresos que muestre un carácter reiterativo de los mismos cuando deberían considerarse como ingresos no recurrentes.
3. La clasificación indebida de gastos que muestren apariencia de excepcionalidad cuando deberían considerarse como gastos de carácter recurrente.

v. Omisión en la memoria de información cuantitativa o cualitativa tendente a complementar las cifras mostradas en el balance de situación y la cuenta de pérdidas y ganancias y que afecte a la consecución del objetivo de imagen fiel.

Si bien los análisis económico-financieros se basan, en esencia, en la información consignada exclusivamente en el balance de situación y en la cuenta de pérdidas y ganancias, lo cierto es que determinada información que debe de consignarse en la memoria puede resultar relevante para la adecuada comprensión de los mismos o incluso para valorar las perspectivas empresariales a corto plazo. De hecho, la memoria tiene la finalidad de recoger toda aquella información que, no debiendo incluirse en los estados financieros principales, su inclusión sea necesaria para poder llevar a cabo valoraciones adecuadas y para conocer posibles eventualidades que puedan enervar el principio de empresa en funcionamiento.

Información a incluir en la memoria que puede resultar relevante para la consecución del objetivo de imagen fiel:

1. Información relativa a contingencias fiscales conocidas (nota 12)³³⁵.
2. Información relativa a provisiones o contingencias que, no habiendo sido registradas en la cuenta de pérdidas y ganancias, no resulten remotas (nota 14).
3. Hechos posteriores al cierre que, si bien fuesen desconocidos a la fecha de cierre del ejercicio, resulta oportuna su exposición una vez conocidos (nota 22).
4. Cualquier mención de circunstancias que puedan afectar a la aplicación del principio de empresa en funcionamiento (nota 24).

vi. Estado de flujos de efectivo que presente una recurrencia y estructura irreal de la corriente monetaria, o unos excedentes positivos entre los orígenes y aplicaciones de fondos inconsistentes con la estructura económica, patrimonial y financiera.

El signo y la relación existente entre los distintos flujos de efectivo según su origen y aplicación, sirven para analizar el comportamiento financiero de la empresa. El estudio del EFE resulta relevante para la comprensión de la situación financiera del deudor concursado en la medida que ilustra sobre diversas magnitudes de carácter dinámico, lo que nos permite trasladar conceptos analíticos basados en el principio de devengo, al uso del criterio de caja. De este modo, el estudio de la evolución de la solvencia de la empresa, ostenta un mayor grado de precisión y permite así, la toma de decisiones de forma más eficiente.

Cabe considerar relevante para la comprensión, ex art. 164.2.1º LC, en la medida que ostente importancia cuantitativa, las incorrecciones en el EFE que muestren una situación irreal en cuanto a:

³³⁵ El concepto “nota” que se cita en este apartado hace referencia a los apartados que deben consignarse en la memoria, identificándolos en estos términos el PGC.

1. la cuantificación del flujo neto procedente de las actividades ordinarias (EPO), así como su signo resultante³³⁶.
2. la capacidad del superávit del flujo neto de las actividades ordinarias (EPO) para hacer frente a las necesidades de inversión o financiación, EPI y EPF respectivamente ³³⁷. En sentido contrario, también resultará relevante la incorrección tendente a no mostrar fielmente los déficits de flujos ordinarios que deban ser financiados con flujos de desinversión o financiación ajena³³⁸.
3. la relación existente entre la rentabilidad y la liquidez³³⁹.

³³⁶ Un EPO positivo es significativo de un saldo de la corriente de cobros por operaciones ordinarias, superior al saldo de la corriente de pagos; mientras que el flujo negativo indica que la corriente de pagos por las operaciones ordinarias es superior a la de cobros.

³³⁷ Se entiende como una situación positiva que el superávit, *s*, del flujo neto de las actividades ordinarias (EPO), sea suficiente para hacer frente a las necesidades (déficit, *d*) de inversión o financiación. Gráficamente, $EPOs = EPI_d + EPF_d$.

³³⁸ $EPO_d = EPI_s + EPF_s$

³³⁹ Ante la incertidumbre que puede desprenderse sobre el grado de manipulación del resultado contable, su relación con la presumible objetividad de los flujos de efectivo permite establecer determinadas presunciones de liquidez en función de que se solapen resultados positivos/negativos, con EPO positivo/negativo. Mientras que la conjunción de un resultado contable neto positivo con un EPO también positivo puede hacer prever una situación de liquidez suficiente, en extremo opuesto podría llegarse a solapar un resultado contable negativo con un EPO negativo, lo que estaría mostrando un escenario de previsible falta de liquidez severa.

CAPÍTULO VI

SINOPSIS

Sinopsis

La Constitución Española se proclama garante, de entre otros, del principio de seguridad jurídica, entendido éste como el mantenimiento de la certeza del Derecho, tanto en lo que a su publicidad se refiere como a la aplicación de sus normas; lo que se traduce en que debe garantizarse que se conozca o pueda conocerse lo ordenado o prohibido en norma jurídica. La ambigüedad de los términos de una norma de derecho positivo supone una dificultad para su interpretación, lo que redundaría necesariamente en inseguridad jurídica. Por su parte, ciertos institutos jurídicos requieren determinado grado de discrecionalidad interpretativa, lo que se manifiesta por medio de una pretendida ambigüedad de los términos, modulada por conceptos jurídicos indeterminados o conformando preceptos como normas “en blanco” que nos remitan a otras áreas del Derecho o incluso a otras disciplinas científicas. Esta circunstancia, en ocasiones, resulta inevitable e incluso conveniente para la eficiente aplicación normativa.

Hemos visto que el art. 164.2.1º LC es un supuesto de norma jurídica a la que el legislador concursal le ha querido dotar de gran dosis de discrecionalidad interpretativa. A lo largo del trabajo se han planteado una serie de proposiciones cuya finalidad, en esencia, es la de establecer unas pautas de aplicación del precepto que minimicen el grado de discrecionalidad y, ante todo, que eviten el riesgo de arbitrariedad que puede llegar a suponer la interpretación literal de alguno de sus términos. El llamamiento a la interpretación finalista y la sugerida remisión a prácticas de análisis económico y financiero para acotar la disfunción informativa que los incumplimientos o irregularidades contables hayan podido suponer, tiene por objeto dotar de seguridad jurídica este instituto jurídico.

A lo largo del trabajo, se ha constatado el necesario solapamiento del estudio de las ciencias jurídicas y económicas. Ambas disciplinas forman parte de las ciencias sociales, circunstancia que no puede pasar desapercibida en el estudio de la norma. A

pesar de remitirnos a principios de valoración económica, patrimonial y financiera para la interpretación del concepto de irregularidad contable, cada uno de los agentes económicos que interprete los estados financieros, alcanzará sus propias conclusiones acerca de si determinadas disfunciones informativas afectan sus decisiones de inversión o riesgo patrimonial. Lo que a los ojos de un analista puede resultar una disfunción sustancial, para otro puede no traspasar el umbral de relevancia suficiente; la propensión o aversión al riesgo es también un factor inherente a la condición humana y supone un condicionante en la percepción subjetiva de relevancia. Las decisiones económicas son tomadas, a menudo, no tanto como consecuencia de una valoración ponderada del riesgo basada en datos objetivos, sino, utilizando el término que acuñó John Maynard Keynes, como fruto de los “*espíritus animales*”³⁴⁰. Por consiguiente, sin la posibilidad de acotar objetivamente la relevancia de la disfunción informativa, incluso la función del juzgador concursal puede quedar sometida al arbitrio de la percepción de riesgo.

El principio de importancia relativa, establecido en el ámbito de la auditoría de cuentas, al que se ha invocado a lo largo de este trabajo de investigación y sobre el que se sostienen determinadas proposiciones interpretativas planteadas, ha venido a acotar esta problemática. La derogada norma técnica del ICAC sobre el concepto de importancia relativa, de junio de 1999, establecía unos coeficientes sobre las diferentes magnitudes de los estados financieros, a partir de los cuales se entendía que existía importancia relativa de las contravenciones contables. La vigente norma, NIA-ES 320, que ha venido a sustituirla, no incluye esta regulación taxativa de la importancia relativa, apelando a la pericia profesional para determinar los umbrales de relevancia. Más allá de las virtudes que pueda atribuirse a la vigente norma, lo cierto

³⁴⁰ KEYNES, JOHN MAYNARD. *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*. Fondo de Cultura Económica, Serie de Economía, 2ª ed., 1992. p. 147: “... hay otra inestabilidad que resulta de las características de la naturaleza humana: que gran parte de nuestras actividades positivas dependen más del optimismo espontáneo que de una expectativa matemática, ya sea moral, hedonista o económica. Quizá la mayor parte de nuestras decisiones de hacer algo positivo, cuyas consecuencias completas se irán presentando en muchos días por venir, sólo pueden considerarse como el resultado de los espíritus animales —de un resorte espontáneo que impulsa a la acción de preferencia a la quietud, y no como consecuencia de un promedio ponderado de los beneficios cuantitativos multiplicados por las probabilidades cuantitativas—”.

es que la resolución derogada establecía unos parámetros objetivos que favorecían la seguridad jurídica. Sin perjuicio de poder estar de acuerdo o discrepar acerca de la bondad de los coeficientes que determinaban la materialidad de la incorrección, lo que sí resulta innegable es que éstos permitían que el analista conociese, *ex ante*, si determinado quebrantamiento de normas de valoración y registro traspasaba los umbrales de materialidad de las incorrecciones, esto es, se disponía de seguridad jurídica. La evolución hacia criterios más subjetivos de apreciación de la importancia relativa sugiere la toma en consideración de parámetros analíticos que, por medio de criterios convencionales, permitan cuantificar la disfunción informativa.

Si bien en el ámbito de la Unión Europea, la voluntad homogeneizadora del Derecho ha permitido grandes avances armonizadores, hemos podido comprobar que, en lo referido al Derecho Concursal, existen todavía hoy, disonancias sustanciales. No hemos hallado en el Derecho Comparado, analogía a la calificación concursal tal y como la entendemos en España. Si bien, sí que se prevé en los ordenamientos de nuestro entorno, consecuencias jurídicas ante quebrantamientos normativos en situaciones de insolvencia, no se establece un mecanismo de calificación de la insolvencia en sí mismo. El hecho que, en España, derivado del sistema de calificación, determinadas contravenciones normativas detectadas en sede concursal pudiesen comportar la condena al pago del déficit patrimonial aun pudiendo resultar éstas inconexas con la generación o agravación de la insolvencia, ha podido suponer un lastre a la utilización del procedimiento concursal como mecanismo de garantía de continuidad de la actividad empresarial del deudor insolvente. Sin embargo, las recientes modificaciones legislativas han introducido la necesidad que debe quedar acreditada la correlación entre la causa de la calificación culpable y la generación o agravación de la insolvencia para que exista condena al pago del déficit concursal.

Este cambio de criterio del legislador español podemos entenderlo como un avance en la homogeneización de nuestro derecho de la insolvencia con los análogos de ordenamientos cercanos en la senda de hacer prevalecer el intento de preservar la

continuidad económica del deudor concursado. En cualquier caso, hallamos todavía hoy, diferencias sustanciales en lo relativo al escrutinio de responsabilidad concursal por motivos contables; la irrelevancia del elemento intencional que caracteriza la aplicación del precepto concursal español cabe entenderlo como un supuesto de revisión de *lege ferenda* en un escenario de homogeneización con el Derecho Comparado concursal de nuestro entorno.

El elenco de proposiciones interpretativas planteadas son el resultado de un trabajo de investigación y reflexión jurídica cuya pretensión es la de favorecer la aplicación del precepto en concordancia con la *ratio legis* del concurso de acreedores. Más allá de la discrecionalidad en la aplicación de determinados conceptos, en algún caso inevitable por la naturaleza de los mismos, la interpretación teleológica de los preceptos, la remisión a criterios convencionales de análisis de los estados financieros y, en esencia, el carácter eminentemente utilitarista de las proposiciones planteadas, prevalecen en lo que cabe entender como el marco interpretativo del art. 164.2.1º LC. Si la relación de criterios planteados permite un avance en la racionalización y seguridad jurídica de la calificación de las contravenciones contables que se pongan de manifiesto en sede concursal, este trabajo de investigación habrá visto satisfechas sus pretensiones.

REFERENCIAS NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES

Fuentes de Derecho interno español

Código Civil, Real Decreto de 24 de julio de 1889

Código de Comercio de 1829

Código de Comercio, Real Decreto de 22 de agosto de 1885

Constitución Española de 1978

DGRN, Instrucción del 12/02/15, BOE 16 de febrero de 2015

DGRN, Resolución del 03/05/06, BOE 2 de junio de 2006

DGRN, Resolución del 22/07/99, BOE 11 de agosto de 1999

DGRN, Resolución del 25/03/11, BOE 24 de mayo de 2011

ICAC, resolución de 14 de junio de 1999 por la que se publica la Norma Técnica de Auditoría sobre el concepto de "importancia relativa"

ICAC, resolución de 15 de junio de 2000 por la que se publica la Norma Técnica de Auditoría sobre "Errores e Irregularidades"

ICAC, resolución de 15 de octubre de 2013 por la que se publican las nuevas Normas Técnicas de Auditoría, resultado de la adaptación de las Normas Internacionales de Auditoría para su aplicación en España (NIA-ES)

ICAC, resolución de 24 de julio de 2001 por la que se publica la Norma Técnica de Auditoría sobre "Estimaciones Contables".

ICAC, resolución de 9 de octubre de 1997 sobre algunos aspectos de la norma de valoración dieciséis del Plan General de Contabilidad.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización

Ley 16/2007, de 4 de julio de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea.

Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría.

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas.

Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones

Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista

Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas

Ley de 26 de julio de 1922, de suspensión de pagos

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Norma Internacional de Auditoría 240, Responsabilidades del auditor en la auditoría de estados financieros con respecto al fraude (NIA-ES 240)

Norma Internacional de Auditoría 320, Importancia relativa o materialidad en la planificación y ejecución de la auditoría (NIA-ES 320)

Norma Internacional de Auditoría 450, Evaluación de las incorrecciones identificadas durante la realización de la auditoría (NIA-ES 450)

Norma Internacional de Auditoría 540, Auditoría de estimaciones contables, incluidas las de valor razonable, y de la información relacionada a revelar (NIA-ES 540)

Ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737

Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos

Real Decreto 1496/2003, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación.

Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.

Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas.

Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Auditoría de Cuentas.

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

Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

Real Decreto núm. 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal.

Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.

Fuentes de Derecho de la Unión Europea

Cuarta Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad.

Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006 relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo y se deroga la Directiva 84/253/CEE del Consejo.

Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia.

Séptima Directiva 83/349/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1983, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las cuentas consolidadas.

Jurisprudencia de tribunales españoles

Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia de 14 de febrero de 2003

Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4ª, núm. 14/2015 de 26 de enero

Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4ª, núm. 226/2015 de 6 de julio

Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4ª, núm. 282/2014 de 24 septiembre

Audiencia Provincial de Alicante, sección 8ª, sentencia 26/2013, de 24 de enero

Audiencia Provincial de Alicante, sección 8ª, sentencia de 27 de enero de 2009

Audiencia Provincial de Alicante, sección Tribunal de Marca Comunitaria, sentencia 148/2015, de 9 de julio

Audiencia Provincial de Baleares, sentencia de 10 de diciembre de 2009

Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, sentencia de 13 de marzo de 2009

Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, sentencia de 16 de junio de 2011

Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, sentencia de 17 de junio de 2009

Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, sentencia de 18 de diciembre de 2008

Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, sentencia de 23 de octubre de 2012

Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, sentencia de 28 enero 2004

Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, sentencia de 8 de julio de 1998

Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, sentencia de 8 de noviembre de 2012

Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, sentencia núm. 18/2012, de 25 enero

Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, sentencia núm. 19/2015 de 28 de enero

Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, sentencia núm. 218/2015 de 22 de septiembre

Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, sentencia núm. 227/2015 de 1 de octubre

Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, sentencia núm. 78/2014 de 12 de marzo

Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, sentencia núm. 17/2016, de 27 de enero

Audiencia Provincial de Córdoba, sección 3ª, sentencia de 28 de marzo de 2008

Audiencia Provincial de Córdoba, sección 3ª, sentencia núm. 42/2013 de 5 marzo

Audiencia Provincial de Granada, sentencia de 5 de junio de 2009

Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 1ª, sentencia de 16 de junio de 2008

Audiencia Provincial de Jaén, sección 1ª, sentencia de 10 de marzo de 2008

Audiencia Provincial de Jaén, sección 1ª, sentencia de 25 de septiembre de 2009

Audiencia Provincial de León, sección 1ª, sentencia núm. 43/2012 de 13 febrero

Audiencia Provincial de Madrid, sección 10ª, sentencia de 4 de julio de 2005

Audiencia Provincial de Madrid, sección 14ª, sentencia de 5 de junio del 2000

Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, sentencia de 17 de marzo de 2009

Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, sentencia de 18 de noviembre de 2008

Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, sentencia de 24 de marzo de 2009

Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, sentencia de 4 de diciembre de 2009

Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, sentencia de 5 de febrero de 2010

Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, sentencia de 5 de febrero de 2008

Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, sentencia de enero de 2009

Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, sentencia núm. 138/2012 de 7 mayo

Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, sentencia núm. 148/2006 de 19 octubre

Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, sentencia núm. 62/2009, de 24 marzo

Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, sentencia núm. 83/2007 de 12 abril

Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, sentencia núm. 88 de 2009.

Audiencia Provincial de Murcia (sección 4ª), núm. 329/2008 de 31 julio

Audiencia Provincial de Ourense, sección 1ª, sentencia núm. 293/2012 de 29 junio

Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1ª, sentencia de 13 de septiembre de 2010

Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1ª, sentencia núm. 277/2015 de 17 de julio

Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1ª, sentencia núm. 430/2012 de 23 julio

Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3ª, sentencia núm. 398/2011, de 21 noviembre

Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4ª, sentencia núm. 821/2008 de 26 diciembre

Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5ª, sentencia núm. 502/2013 de 3 diciembre

Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5ª, sentencia núm. 657/2012 de 20 diciembre

Juzgado Mercantil de Alicante núm. 1, sentencia de 13 de enero de 2011

Juzgado Mercantil de Alicante núm. 1, sentencia de 21 de noviembre de 2007

Juzgado Mercantil de Barcelona núm. 2, sentencia de 19 de enero de 2007

Juzgado Mercantil de Barcelona núm. 2, sentencia de 9 de mayo de 2006

Juzgado Mercantil de Barcelona núm. 3, sentencia de 18 de febrero de 2008

Juzgado Mercantil de Barcelona núm. 4, sentencia núm. 137/2006 de 31 mayo

Juzgado Mercantil de Madrid núm. 3, sentencia de 16 de julio de 2013

Juzgado Mercantil de Madrid núm. 5, sentencia de 16 de enero de 2012

Juzgado Mercantil de Madrid núm. 5, sentencia de 16 de mayo de 2011

Juzgado Mercantil de Madrid núm. 5, sentencia de 2 de febrero de 2010

Juzgado Mercantil de Málaga núm. 1, sentencia de 13 de febrero de 2009

Juzgado Mercantil de Oviedo núm. 1, sentencia de 17 de septiembre de 2007

Juzgado Mercantil de Oviedo núm. 1, sentencia de 29 de julio de 2011

Juzgado Mercantil de Oviedo núm. 2, sentencia de 31 de enero de 2013

Juzgado Mercantil de Pontevedra núm. 1, sentencia de 30 de junio de 2011

Juzgado Mercantil de Pontevedra núm. 3, auto de 17 de septiembre de 2013

Juzgado Mercantil de Pontevedra núm. 3, sentencia de 15 de julio de 2011

Juzgado Mercantil de Pontevedra núm. 3, sentencia de 25 de mayo de 2012

Juzgado Mercantil de Pontevedra núm. 6, sentencia de 25 de mayo de 2012

Juzgado Mercantil de Vizcaya núm. 1, sentencia de 26 de abril de 2007

Juzgado Primera Instancia de Lugo núm. 2, sentencia de 15 de abril de 2013

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 9ª), sentencia núm. 33 de 19 de enero de 1994

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 1901, de 24 de abril

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 1901, de 4 de mayo

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 1915, de 28 de enero

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 1932, de 6 de julio

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 1956, de 16 de mayo

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 1956, de 9 de mayo

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 1966, de 16 de marzo

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 1982, de 12 de mayo

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 1984, de 23 de junio

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 1985, de 10 de diciembre

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 1985, de 22 de noviembre

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 1990, de 18 de abril

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 1990, de 26 de noviembre

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 1996, de 1 de julio

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 1997, de 27 de octubre

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 2000, de 14 de noviembre

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 2002, de 11 de febrero

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 2005, de 9 de mayo

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 2009, de 20 de marzo

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 2011, de 16 de enero

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 2011, de 17 de noviembre

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 2011, de 19 de diciembre

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 2011, de 6 de octubre

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 2012, de 10 de septiembre

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 2012, de 13 de junio

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 2012, de 20 de abril

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 2012, de 20 de marzo

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 2012, de 21 de marzo

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 2012, de 26 de abril

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 2012, de 30 de septiembre

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 2014, de 12 de enero

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 2014, de 1 de abril

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 2015, de 5 de junio

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 2015, de 22 de julio

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 2015, de 17 de septiembre

Tribunal Supremo (Sala especial del art. 61 de la LOPJ), sentencia núm. 5/1993 de 19 noviembre

Otras fuentes de Derecho

ALEMANIA - Aktiengesetz, 1937

ALEMANIA - Insolvenzordnung (InsO) de 5 de octubre de 1994

AUSTRALIA - Bankruptcy Act 1966, Act No. 33 of 1966

BRASIL - Ley 11.101 de 9 de febrero de 2005, de "Recuperación Judicial y Extrajudicial del empresario y

de la sociedad empresaria”

CHILE - Ley de Quiebras 18.175 de 28 de octubre de 1982

ESTADOS UNIDOS - *United States Code, Title 11 “Bankruptcy”*

FRANCIA - *Code de Commerce*

FRANCIA - *Code de Commerce de 1807*

FRANCIA - *Ordonnance de 1673*

ITALIA - Real Decreto de 6 de marzo de 1942, nº 267, *“Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell’amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa”*

JAPÓN - *Bankruptcy Act, Act No. 75 of June 2, 2004*

MÉXICO - Ley de Concursos Mercantiles, de 2 de mayo de 2000

PORTUGAL - Decreto Legislativo 53/2004 del 18 de marzo, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*

REINO UNIDO - *Companies Act 1948*

REINO UNIDO - *Companies Act 2006*

REINO UNIDO - *Insolvency Act 1986, c. 45*

URUGUAY - Ley de *Declaración judicial del concurso y reorganización empresarial*, Nº 18.387 del 23 de octubre de 2008 de la República Oriental del Uruguay

BIBLIOGRAFÍA

ALCOVER GARAU, GUILLERMO. Obra colectiva *Comentarios a la Legislación Concursal*, (J. Pulgar, A. Alonso y otros, *Dir.*). Editorial Dykinson, S.L. 2004

ALEJANDRE GARCÍA, JUAN ANTONIO. *La quiebra en el Derecho Histórico Español anterior a la Codificación*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1970.

AMAT, ORIOL. *Análisis económico-financiero*. Ediciones Gestión 2000, S.A. 1991

ASENSI, ALTEA. Obra colectiva *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, (Ángel Rojo y Ana Belén Campuzano, *Dir.*). Editorial Aranzadi, S.A., 2013

BARÓ CASALS, A.-PEDREÑO MAESTRE, F. *Derecho Concursal. La quiebra*, Tomo III. Cedecs Editorial, S.L., 1999.

BELTRÁN, EMILIO “*En torno a la naturaleza de la responsabilidad concursal (Comentario de la sentencia de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de febrero de 2008)*”, en Anuario de Derecho Concursal núm. 14, Editorial Aranzadi SA, 2009.

BELTRÁN, EMILIO “*La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores*”, en Anuario de Derecho Concursal núm. 11 2007-2, Editorial Aranzadi SA, 2007.

BENAVIDES VELASCO, PATRICIA “*La calificación jurídica de las previsiones de los artículos 164 y 164 de la Ley Concursal y sus relaciones con el concurso culpable*”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* nº 13 2010 (Pulgar E., Juana *Dir.*), Wolkers Kluwer España, S.A. 2010

BERNAL DEL CASTILLO, JESÚS. *Derecho penal comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*. Ed. Atelier, 2011.

BONARDELL, R. Y MEJÍAS, J. (*Dir.*) “*La Reforma del Derecho Concursal*” en *Cuadernos de Derecho y Comercio, monográfico 1997*. Editorial Dykinson, 1997.

BRIAN COYLE *Risk awareness and Corporate Governance* 2nd edition, The chartered institute of bankers 2004

CÁMARA ÁGUILA, PILAR, obra colectiva *Comentarios a la Ley Concursal*, volumen II (R. Bercovitz *Coord.*). Editorial Tecnos 2004

CAÑIBANO, LEANDRO. “*El concepto de imagen fiel y su aplicación en España*”. En *Partida Doble*, ejemplar nº 178, 2006

CAPUTO, EDUARDO *La Legge Fallimentare*, Padova 1970

CATTANO, MASSIMILIANO *La riforma del diritto fallimentare*, EGEE Spa 2006.

CERDÁ ALBERO, FERNANDO y SANCHO GARGALLO, IGNACIO “*Quiebras y suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal*”, en Colección estudios económicos, nº 25, Servicio de estudios La Caixa, 2001

CONTI, LUIGI *I reati fallimentari 2ª edizione*, Unione Tipografico-Editrice 1991

CHOCLÁN MONTALVO, JOSÉ ANTONIO. *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales. Tratamiento penal de la información societaria inveraz*. Editorial Bosch, SA, 2003

CHOUNDRY, SUJIT. “*Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*”. En *Indiana Law Journal*, Vol. 74:819

D’ORAZIO, LUIGI *Il nouvo diritto fallimentare*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato Spa 2008

DASSO, ARIEL A. *Derecho Comparado Concursal*, Legis Argentina S.A., 2008, Tomos I y II.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, RICARDO Y HERNÁNDO MENDÍVIL, JAVIER. Obra Colectiva *Tratado práctico concursal*, Tomo IV (Pedro Prendes, Dir.), Editorial Aranzadi, S.A. 2009.

DE ARRIBA F., Mª LUISA, *Derecho de grupos de sociedades*, Civitas Ediciones SL 2004

DE MIQUEL BERENGUER, JULI *La pieza de calificación en el concurso de acreedores*. Editorial Bosch, S.A. 2012.

DESDENTADO, ELENA “*Grupo de sociedades y concurso de acreedores*” en *Anuario de Derecho Concursal* núm. 35, Civitas Ediciones SL, 2015

DÍAZ MARTÍNEZ, MANUEL “*El administrador de hecho como eventual sujeto responsable de la calificación culpable del concurso*” en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 273 2009, Gráficas Aguirre Campano, S.L. 2009

DÍAZ REVORIO, ENRIQUE y BLANCO GARCÍA-LOMAS, LEANDRO. *El grupo de empresas en situación de insolvencia*. Editorial Fe d’erratas, 2014

DIGMAN, ALAN AND LOWRY, JOHN. *Company Law. Oxford University Press 7th ed., 2012*.

DIVAR GARTEIZ-AURRECOA, JAVIER. “*Las Ordenanzas de Bilbao como antecedente de la Codificación Mercantil en España*”. En *Boletín JADO de la Academia Vasca de Derecho*, año X nº 22. Bilbao, 2011.

ETXARANDIO HERRERA, EDORTA J., *Manual de Derecho Concursal*. La Ley, Wolters Kluwer España SA 2009.

FARIAS BATLLE, MERCEDES “*La calificación del concurso: presupuestos objetivos, sanciones y presunciones legales*” en *Summa Revista de Derecho Mercantil, Derecho Concursal* (Beltrán, Emilio, ed.), Editorial Aranzadi, S.A. 2013

FERNÁNDEZ, TOMÁS R., *De la arbitrariedad de la administración*, Editorial Aranzadi, S.A. 2008

FERNÁNDEZ PEÑA, ENRIQUE. *Diccionario de auditoría*, SEMSA distribuciones, 1989

FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS. “*Las falsedades en la información social: artículo 290 del Código penal*”. En *Actualidad penal*, Sección Doctrina, 1998, Ref. XLV, pág. 977, tomo 2, Editorial LA LEY

FERRER BARRIENDOS, AGUSTÍN. *Comentarios a la Ley Concursal*, tomo 3, Editorial Bosch, S.A. 2004

FERRI, GIUSEPPE *Manuale di diritto commerciale*, Ed. UTET, Torino 1980

GACTO FERNÁNDEZ, ENRIQUE; ALEJANDRE GARCÍA, JUAN ANTONIO Y GARCÍA MARÍN, JOSÉ MARÍA. *Manual Básico de Historia del Derecho*. Laxes, S.L., 2009.

GALGANO, FRANCESCO. *Atlas de Derecho Privado Comparado*. Fundación cultural del notariado, 2000.

GALLEGO SÁNCHEZ, ESPERANZA. “*La culpabilidad y la inhabilitación en el concurso de sociedades: la aplicación retroactiva de la Ley Concursal (comentario a la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 7 de Madrid de 11 de abril de 2008)*”, en *Anuario de Derecho Concursal* núm. 16, Editorial Aranzadi, S.A. 2009

GALLEGO SÁNCHEZ, ESPERANZA. “*Las presunciones relativas de dolo o culpa grave del artículo 165 de la Ley Concursal*” en la obra colectiva *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, (Ángel Rojo y Ana Belén Campuzano, Dir.), Editorial Aranzadi, S.A., 2013

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Editorial Civitas, 5ª edición 1981

GARCÍA MARRERO, JAVIER. “*La sección de calificación del concurso*” en la obra colectiva *Derecho Concursal* (C. Nieto, Coord.). Tirant lo Blanch 2012

GARCÍA, R., ALONSO, A. Y PULGAR, J. (Dir.) *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*. Editorial Dilex, 2002.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO “*El problema de la represión de la conducta del deudor*” en la obra colectiva *La Reforma de la Legislación Concursal* (A. Rojo, dir.). Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 2003

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO, “*Causas de calificación culpable del concurso, imputación...*”, en *Anuario de Derecho Concursal* núm. 32, Civitas Ediciones SL, 2014

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO. *La Calificación del Concurso*, Editorial Aranzadi, S.A. 2004

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO. Obra colectiva *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo II (Ángel Rojo y Emilio Bertrán, Dir.), Civitas Ediciones, S.L. 2004

- GARRIGUES, JOAQUÍN. *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, 8ª edición. Imprenta Aguirre, 1983.
- GIRGADO PERANDONES, PABLO. *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, Marcial Pons, 2002
- GIULIANI BALESTRINO, UBALDO *La Bancarotta e gli altri Reati Concorsali*, 3ª edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1991
- GLENN, H. PATRICK. *Legal Traditions of the World*, 4th edition. Oxford University Press, 2010
- GÓMEZ SOLER, EDUARDO “*Concurso culpable: concepto general y supuestos de culpabilidad*”, en *La calificación del concurso de acreedores* (Díaz M., Manuel, coord.), Tirant lo Blanch, 2009
- GONDRA ROMERO, JOSÉ MARÍA. *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena. Significado y función del principio de imagen fiel (True and fair view) en el sistema del nuevo Derecho de Balances*. Editorial Civitas, S.A., 1991
- GUERRERO LEBRÓN, MARÍA JESÚS, *Estudios de Derecho concursal*, Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales, S.A., 2006
- GURREA MARTÍNEZ, AURELIO. “*La importancia del informe de auditoría en la calificación del concurso de acreedores*”, en Anuario de Derecho Concursal núm. 26, Mayo-Agosto 2012
- GURREA MARTÍNEZ, AURELIO. *La calificación culpable del concurso por errores e incumplimientos contables*, Editorial Aranzadi SA, 2016
- HARDING, ANDREW AND ÖRÜCÜ (eds.), *Comparative Law in the 21st Century*, Kluwer Law International, 2002.
- HIDALGO GARCÍA, SANTIAGO, *Comentarios a la Legislación Concursal*, Editorial LEX NOVA, S.A., 2004
- HOLLAND, JAMES y WEBB, JULIAN. *Learning Legal Rules*. Oxford University Press, 7th ed., 2010.
- IBÁÑEZ GARCÍA, ISAAC “*Incumplimientos e irregularidades contables y estado de insolvencia*” en Derecho de los Negocios, núm. 249 2011
- ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL. “*Las cuentas anuales de las sociedades anónimas*”, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo VIII, vol. 2º. Editorial Civitas, S.A., 1993
- ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL. *Auditoría, aprobación, depósito y publicidad de las cuentas anuales*, Tomo VIII. Editorial Civitas, 1993
- JUDEL PRIETO, ÁNGEL Y PIÑOL RODRÍGUEZ, JOSÉ RAMÓN. *Manual de Derecho penal Tomo II Parte especial*, 5ª edición, (Carlos Suárez-Mira, Coord.), Editorial Aranzadi 2008
- KINDHÄUSER, URS y otros, *Strafgesetzbuch Band 2*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2005

LACKNER, KARL, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1997

LASO GAITE, JUAN FRANCISCO. *Crónica de la Codificación Española.6. Codificación Mercantil*. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, 1999.

LÁZARO SÁNCHEZ, MIGUEL JESÚS “*La contabilidad como obligación profesional del empresario*” en ANALES DE DERECHO, Universidad de Murcia, número 12 1994.

MACHADO PLAZAS, JOSÉ. *El Concurso de acreedores culpable. Calificación y responsabilidad concursal*. Editorial Aranzadi SA 2006.

MARINA GARCÍA-TUÑÓN, ÁNGEL. *Régimen jurídico de la contabilidad del empresario*, editorial Lex Nova, 1992.

MARTÍNEZ CAÑELLAS, ANSELMO. “*Los hechos de concurso culpable (art. 164.2 LC)*” en la obra colectiva *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, (Ángel Rojo y Ana Belén Campuzano, Dir.). Editorial Aranzadi, S.A., 2013

MARTÍNEZ TÁBOAS, TERESA. *Regulación histórica de la quiebra hispánica de la antigüedad a la Edad Media*. Tirant lo Blanch, 2008.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, AURELIO, “*Autonomía Económica Liberal y Codificación Mercantil*”, en *Centenario del Código de Comercio*, Vol. I. Ministerio de Justicia, Madrid, 1986.

MILMAN, DAVID y DURRANT, CHRIS *Corporate Insolvency: Law and Practice 3rd edition*, Sweet and Maxwell 1999

MONÉGER, JÖEL. “*De la Ordenanza de Colbert de 1673 sobre el comercio al nuevo Código de Comercio de 2000*”, en Revista Dikaion, Año 16, nº 11.

MOYA JIMÉNEZ, ANTONIO *La responsabilidad penal de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas*. Editorial Bosch S.A. 2010.

MUÑOZ PAREDES, ALFONSO. Obra colectiva *Tratado Judicial de la Insolvencia Tomo II*, (Pedro Prendes y Alfonso Muñoz, Dir.), Editorial Aranzadi, S.A. 2012

NIETO DELGADO, CARLOS. “*La calificación del concurso*” en *Tratado Práctico del Derecho Concursal y su Reforma* (Martín S., Fernando Dir.), Editorial Tecnos 2012

OLIVENCIA RUIZ, MANUEL. “*Suspensión de pagos y quiebra en el Código de Comercio*”, en *Centenario del Código de Comercio*, Vol. I. Ministerio de Justicia, Madrid, 1986

PAJARDI, PIERO *Codice del Fallimento*, Giuffrè Editore 1994

PROVINCIALI, RENZO *Manuale di Diritto Fallimentare 5ª edizione*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1970

- PULGAR EZQUERRA, JUANA. *La declaración del concurso de acreedores*. La Ley, 2005.
- QUIJANO GONZÁLEZ, JESÚS “*Las irregularidades relevantes en la contabilidad como hecho de concurso culpable (STS 16.1.2012)*” en Anuario de Derecho Concursal nº 27. Editorial Aranzadi, S.A. 2012
- RAMÍREZ, JOSÉ A. *La quiebra. Derecho Concursal español*, Tomo III, 2ª edición. Bosch, Casa Editorial, S.A., 1998.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO. *Estudios de derecho penal económico*, Editorial Aranzadi, s.a. 2009.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, ÁNGEL. “*La reforma del Derecho Concursal español*”, en la obra colectiva *La reforma de la legislación concursal (A. Rojo, Dir.)*. Marcial Pons, 2003
- ROSENDE VILLAR, CECILIA. Obra colectiva *Comentarios a la Ley Concursal, Tomo II (Faustino Cordón, Dir.)*. Editorial Aranzadi, S.A. 2010
- SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, JUAN “*Calificación del Concurso*”, en *Instituciones de Derecho Mercantil 37ª ed.*, Editorial Aranzadi, S.A. 2015
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, JUAN. “*Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades*” en Anuario de Derecho Concursal nº 5 2005, Editorial Aranzadi S.A., 2005
- SANCHO GARGALLO, IGNACIO. “*Calificación del concurso*”, en *Las Claves de la Ley Concursal*. Editorial Aranzadi, S.A. 2005
- SANZ DE MADRID, CARLOS ROMERO. *La calificación en el concurso de acreedores*, Wolters Kluwers, S.A. 2014
- SARAZÁ, RAFAEL. “*Responsabilidad concursal y grupo de sociedades*”, en *Anuario de Derecho Concursal* núm. 10, Editorial Aranzadi SA, 2007
- TIRADO MARTÍ, IGNACIO “*Reflexiones sobre el concepto de interés concursal*” en Anuario de Derecho Civil tomo LXII-3 2009, Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado 2009
- THOMÁS PUIG, PETRA M. En la obra colectiva *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, (Ángel Rojo y Ana Belén Campuzano, Dir.). Editorial Aranzadi, S.A. 2013
- VICENT CHULIÀ, FRANCISCO. *Introducción al Derecho Mercantil* Vol. II, 23ª ed., Tirant lo Blanch, 2012
- VICENT CHULIÀ, FRANCISCO. “*Las cuentas anuales de las sociedades anónimas*”, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo VIII, vol. 1º. Editorial Civitas, S.A., 1993
- WILHELM LAUFHÜTTE, HEINRICH y otros, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*. De Gruyter Recht, Berlin 2009

YÁÑEZ VELASCO, RICARDO. *Concurso de acreedores y Derecho Penal. Aproximación a los tipos penales relacionados con la insolvencia*. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A., 2004

ZWEIGERT, KONRAD AND KÖTZ, HEIN, "The Method of Comparative Law" en *An Introduction to Comparative Law*, 3ª ed., Oxford University Press, 1989. (trad. por Tony Weir).

OTROS DOCUMENTOS CONSULTADOS _____

OTROS DOCUMENTOS CONSULTADOS

Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 23 de julio de 2002, Serie A: Proyectos de Ley.

COHEN, JUSTICE. *Report of The Committee on Company Law Amendment, 1945*. Texto íntegro en http://www.takeovers.gov.au/content/resources/other_resources/cohen_committee.aspx.

DELPLANQUE, CATHERINE, Secretaria general de la asociación del bicentenario del Código de Comercio, en *"El código de comercio de 1807"*, Instituto Napoleónico México-Francia. Artículo consultado en <http://inmf.org/codecommerce.htm>

Estadística Concursal, anuario 2014, publicado por el Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España

GARCÍA ESPAÑA, JOSÉ JUAN. *"Documentos para la historia económica y mercantil de Málaga –siglos XVIII y XIX–"*. Trabajo publicado en el sitio web de la Universidad de Sevilla, <http://institucional.us.es/revistas/historia/02/02%20garcia%20espana.pdf>, pág. 23 del documento; sitio web consultado el día 1/10/13.

Guía Orientativa de Importancia Relativa, Documento Técnico NIA-ES. Consejo General de Economistas, REA-REGA.

HOFFMANN, LEONARD QC, *"Legal Opinion Obtained by Accounting Standards Committee of True and Fair View, with particular reference to the role of accounting standards"*, 13 de Septiembre de 1983, artículo publicado en *Financial Reporting Council*, obtenido en el sitio web www.frc.org.uk, consultado el día 22/11/14.

<http://datos.bancomundial.org>

<http://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/consleg.html>

<http://uscode.house.gov/download/download.shtml>

<http://www.boe.es/legislacion/legislacion.php>

<http://www.comlaw.gov.au/Details/C2013C00229>

<http://www.companieshouse.gov.uk/infoAndGuide/faq/accountsDue.shtml>

<http://www.congreso.es>

<http://www.gesetze-im-internet.de/index.html>

<http://www.icac.meh.es>

<http://www.ine.es>

<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail?id=1887&vm=04&re=02>

<http://www.legifrance.gouv.fr/>

<http://www.legislation.gov.uk/>

<http://www.nasdaq.com/es/symbol/aapl>

<http://www.normattiva.it>

<http://www.noticias.juridicas.com>

Instituto Nacional de Estadística, *Estadística del Procedimiento Concursal (EPC), cuarto trimestre de 2015 y año 2015, datos provisionales*. Información consignada en *Notas de prensa* de 5 de febrero de 2016

Libro blanco para la reforma de la contabilidad en España, 25 de junio de 2002.

Memento Práctico Contable 2009. Obra colectiva bajo la coordinación de Ediciones Francis Lefebvre. Ediciones Francis Lefebvre, S.A. 2008.

PricewaterhouseCoopers International Limited, 2014. "Encuesta mundial sobre fraude y delito económico 2014, Resumen Ejecutivo para España", (www.pwc.com/crimesurvey).

Sección Especial para la Reforma Concursal, Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia. Trabajos desarrollados entre los años 1997 y 2000: acta nº 59 de la sesión celebrada el día 18 de enero de 2000.

NOTAS

NOTAS

Aquesta Tesi Doctoral ha estat defensada el dia ____ d _____ de 2016
al Centre _____
de la Universitat Ramon Llull, davant el Tribunal format pels Doctors i
Doctors sotasignants, havent obtingut la qualificació:

President/a

Vocal

Vocal *

Vocal *

Secretari/ària

Doctorand/a

(): Només en el cas de tenir un tribunal de 5 membres*