



CAPÍTULO SEGUNDO

NORMATIVA Y RECOMENDACIONES

1. INTRODUCCIÓN

En este capítulo se estudiará la legislación relativa a la contabilidad en el sentido de cuándo, cómo y quién está obligado a su llevanza, así como los deberes de lealtad y diligencia propios de comerciantes y administradores.

Para ello se inicia con el estudio del “deber de llevanza de la contabilidad” que nace en el derecho mercantil y tributario de normas estatales escritas de diverso rango. La legislación mercantil es la que delimita el contenido de la contabilidad formal y material, y las leyes y reglamentos reguladores de los distintos impuestos son las que determinan la contabilidad y libros y registros fiscales obligatorios. Así, en el campo mercantil el Código de Comercio (CCo en adelante) establece las normas contables a seguir por los comerciantes con carácter general y sin perjuicio de que en el caso de existencia de normas especiales sean éstas las que prevalezcan. En el derecho tributario, por el principio de especialidad de las normas, se permite que las normas de cada tributo establezcan los deberes a cumplir (Hernández González, 1990, p. 11)

Respecto a “quién resulta obligado”, aparece el concepto de empresario, que nos plantea una serie de problemas en cuanto a su delimitación, estando más extensamente regulado en la Leyes Tributarias que en el CCo.

También existen diferencias en cuanto a los libros de llevanza obligatoria, forma, lugar y legalización de los mismos o en cuanto al deber de conservación de la contabilidad.

Existe unanimidad en la doctrina mercantil y en la penal al señalar que el contenido de la contabilidad no está bien precisado en los textos legales. No cabe identificar contabilidad únicamente con los libros contables, sino que al igual que sucede en el derecho tributario parece confirmarse una noción amplia de la contabilidad como comprensiva de los libros, registros y demás documentos contables. (Arts. 35.2; 82.1,f; y 83.2 de la LGT).

El término **libros** hace referencia a aquéllos cuya llevanza viene obligada por las distintas leyes y reglamentos, entre otros, el Diario, el Mayor, el de Inventarios y Balances, el Registro de facturas emitidas, etc.

Ordinariamente entendemos por **registro** la expresión escrita de cualquier hecho con incidencia contable; su materialización se realizará teniendo en cuenta los principios contables aplicables en cada caso y persiguiendo el fin último de la contabilidad, la “Imagen Fiel”.

Se entiende por **documento** todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica.

Una **Sentencia del Tribunal Supremo (STS en adelante) de 30 de junio de 1976**, califica la contabilidad como de documento privado, en cuyo caso, serán de aplicación las reglas que tanto la

Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC en adelante), como el código Civil (CC en adelante) establecen para los documentos privados. En este sentido recoge Calle (1999, p. 808) que son tres las funciones que la doctrina atribuye a los documentos: Una función probatoria, una perpetuante y una garantizadora.

Respecto del **valor probatorio** de la contabilidad, aparece recogido en la LEC de 2000 en su art. 327 que expresamente reconoce como medio de prueba los libros de los comerciantes, remitiéndose a lo dispuesto en las Leyes Mercantiles y en particular los arts. 31 a 33 del CCo, que afirman que serán de aplicación las reglas generales del derecho; la fundamental acerca del valor probatorio de los documentos privados aparece recogida en el art. 1228 del CC¹⁰.

De dicho artículo se deduce que la prueba de libros es indivisible; se estará a lo que resulte del conjunto y no sólo de unos determinados asientos. Resulta claro que el “libro” de contabilidad prueba la existencia del asiento, pero no el hecho al que éste se refiere; sólo tiene sentido con relación a hechos positivos, es decir la contabilidad puede probar que un determinado hecho ha existido, pero no es prueba de la inexistencia de hechos no registrados. Sin embargo se le debe conceder, salvo prueba en contrario, la presunción de que ha recogido todos los hechos.

En cuanto a la **función perpetuante**, el documento consiste en la incorporación a un medio material de una realidad espiritual. Por último, su **función garantizadora** se pone de manifiesto ya que el documento representa la declaración de voluntad de persona determinada, lo que comporta su atribución a quienes lo han realizado.

En el presente capítulo, además de las normas de carácter legal en cualquiera de los aspectos vistos, son objeto de mención distintos códigos de conducta recomendados a los administradores y auditores en el ejercicio de sus funciones.

¹⁰ Expone este artículo. que: *Los asientos, registros y papeles privados hacen prueba contra el que los ha escrito en todo aquello que conste con claridad, pero el que quiera aprovecharse de ellos habrá de aceptarlos en la parte que le perjudiquen.*

2. OBLIGACIONES CONTABLES, REGISTRALES, Y DE EJERCICIO DEL CARGO, EN LAS LEYES Y NORMAS MERCANTILES Y ADMINISTRATIVAS

2.1. OBLIGACIONES CONTABLES Y REGISTRALES DERIVADAS DEL EJERCICIO DEL COMERCIO

Las obligaciones de registro y llevanza de la contabilidad se encuentran dispersas en un gran número de cuerpos legales como son¹¹:

- Normas con rango legal: Incluyen la normativa contable de general aplicación recogida principalmente en el CCo; la Ley de Sociedades Anónimas (TRLSA en adelante) y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL en adelante).
- Normas de desarrollo reglamentario: El PGC aprobado por Real Decreto 1643/1990 y los planes sectoriales.
- Normas de desarrollo del PGC y de los Planes Sectoriales. Nos encontramos aquí con las Órdenes Ministeriales (OM en adelante) de adaptación de las normas de valoración. Un ejemplo lo tenemos en la OM sobre tratamiento contable de las diferencias de cambio en moneda extranjera para empresas del sector eléctrico, de transporte aéreo etc. Además en este mismo grupo se ubicarían también las resoluciones del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.
- Respuestas a las consultas planteadas ante el ICAC. Se incluyen dado que este órgano tiene competencia interpretativa de la normativa contable.
- Las Normas contables dictadas por el Banco de España para las entidades de crédito, Normas contables de la CNMV para sociedades rectoras, sociedades de bolsa, sociedades y agencias de valores, sociedades de institución colectiva, sociedades gestoras de inversión colectiva y gestoras de carteras, sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y normas aplicables al servicio de compensación y liquidación de valores, así como las normas contables aplicables a las entidades de seguros

Aunque no se trate de fuente normativa, no podemos olvidar el importante papel de AECA (Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas) por la influencia que ha ejercido en la emisión de normas contables.

¹¹ Clasificación realizada por el Centro de Estudios Financieros.

A lo largo de esta amplia normativa se recogen las obligaciones formales y materiales en cuanto al registro y llevanza de los libros, que con carácter general son las que a continuación se indican:

Respecto del registro, los libros obligatorios deberán ser presentados en el Registro Mercantil (RM en adelante) para su legalización, antes de que transcurran cuatro meses desde el cierre del ejercicio¹².

La legalización cumple tres funciones importantes: Identificación de los libros como libros de contabilidad ante el exterior; indicación de que el comerciante los reconoce como propios y por último sirve para dificultar la sustitución de unas hojas por otras. Lo que no hace es garantizar la veracidad de su contenido.

La legalización de libros consta de dos partes, diligenciado y sellado de todas las hojas (art. 27 CCo).

Respecto de la llevanza de los libros, una de las principales fuentes normativas es el Código de Comercio, del que destacamos su art. 25 ya que en el mismo se recogen dos deberes distintos aunque íntimamente relacionados:

Llevar contabilidad, la cual deberá reunir unos requisitos tales como responder a los sistemas técnicos habituales de llevanza, de tal forma que un tercero ajeno a la entidad pueda captar las relaciones contables, presentar de manera clara la verdadera situación económico-financiera del comerciante y estar soportado por unos justificantes correctamente archivados.

Llevar como mínimo unos libros obligatorios, que son: el Libro Diario y el Libro de Inventarios y Cuentas Anuales.

Mención especial merecen también los arts. 34.2 y 37 del CCo de 1885 en los que se recoge que las Cuentas Anuales deberán redactarse con claridad, mostrando la Imagen Fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa. Además deberán ser firmadas por el empresario individual, los socios de las sociedades colectivas o comanditarios o los administradores de las sociedades anónimas responsabilizándose de esta manera de su contenido. Precisiones similares nos encontramos en el capítulo VII del TRLSA y de la LSRL.

Las anotaciones deberán ajustarse a las reglas recogidas en los artículos 28 y ss. del CCo de 1885, que se pueden resumir en las siguientes formalidades:

1º Será válida la realización de anotaciones por cualquier procedimiento idóneo sobre hojas, que deben estar encuadernadas.

¹² Teóricamente debería realizarse la legalización de los libros antes de su utilización, pero al llevarse la contabilidad mediante sistemas mecanizados esto resulta imposible por lo que se admite la contabilización en

2° Los apuntes deben anotarse por orden de fechas, sin espacios en blanco, interpolaciones, tachaduras ni raspaduras y totalizándose por trimestres y años naturales.

Las raspaduras, tachaduras, interpolaciones y espacios en blanco son síntoma de manipulación de los asientos y por ello se efectúa una prohibición general al afirmar que los errores se salvan mediante contra-asiento y nuevo asiento.

Actualmente y gracias a la informatización de la contabilidad, la corrección de errores resulta mucho más sencilla, siendo posible la modificación del asiento incorrecto de forma directa.

Sanz Santolaria (1989, p. 359), afirma acertadamente que se entiende por error toda divergencia existente entre las anotaciones verificadas y las que realmente corresponderían a las operaciones efectuadas, pudiendo realizarse mediante omisiones, cálculos equivocados, o inexactitudes involuntariamente cometidas, ya que en caso contrario se trataría de actuaciones fraudulentas en perjuicio de terceros. En cuanto se tenga constancia de los mismos, el jefe de contabilidad, administrador etc., debe proceder inmediatamente a su rectificación según la forma vista.

3° Los libros registro deben tener sus folios numerados correlativamente, dejando en blanco (a efectos de su diligenciado) el primer folio inmediatamente siguiente a la última anotación de cada periodo. Los demás espacios en blanco deberán estar convenientemente anulados.

4° Los libros, correspondencia, documentos y justificantes relativos al negocio han de conservarse debidamente ordenados a partir del último asiento realizado durante un periodo de seis años, durante el cual toda la documentación contable y no sólo los libros obligatorios, deben conservarse.

5° La contabilidad de los empresarios es secreta sin perjuicio de lo que se derive de lo dispuesto en las leyes; este mismo código (CCo de 1885) incorpora también la obligación de auditoría a cargo de expertos independientes y la de depósito de las Cuentas Anuales en el Registro Mercantil. Son los arts. 203 y ss. de la LSA los que recogen la normativa aplicable a la verificación de las Cuentas Anuales por parte de los auditores.

Los arts. 32 y 33 del CCo regulan los supuestos de comunicación y exhibición como excepciones del principio del secreto contable. La comunicación implica que se hace entrega de la contabilidad a un tercero designado legalmente que realizará un examen general de la misma. En la exhibición el examen se contrae a un punto concreto de la contabilidad.

hojas sueltas que una vez finalizado el ciclo contable, son encuadernadas correlativamente y presentadas ante el RM competente (en virtud de lo dispuesto en el art. 27.2 CCo).

Además de los supuestos recogidos en estos dos artículos, existen otras importantes excepciones como son las inspecciones de Hacienda, las del Banco de España y las de Seguros, recogidas respectivamente en los arts. 110 de la LGT, art. 3 de la Orden de 16 de julio de 1982 y art. 56 de la Ley 33/1984.

2.2. OBLIGACIONES BASADAS EN EL EJERCICIO DEL CARGO

Además de las obligaciones derivadas del cumplimiento de la Ley y de los estatutos, existen otras obligaciones derivadas de los deberes de diligencia y lealtad que obliga a los comerciantes y administradores de las sociedades a promover con esmero la realización del interés social teniendo presente no sólo el interés común de los socios, sino el de los trabajadores, acreedores y el de la economía en general, debiendo evitar cualquier actuación que obstaculice su cumplimiento.

De todas las obligaciones propias del cargo de comerciante o administrador destacamos dos, por una parte, el deber de los administradores consistente en realizar todos los actos necesarios que permitan a los socios el ejercicio de sus derechos, y por otra, la relativa a la adopción de decisiones con riesgo.

Con respecto a la primera de las obligaciones, los derechos de los socios a los que nos referimos pueden agruparse en derecho de información, de participación y gestión y el de suscripción preferente de acciones.

El derecho de información.

Es uno de los llamados derechos mínimos del socio. Se trata de un derecho administrativo de carácter inderogable o irrevocable, atribuido con igual intensidad a todos los accionistas al margen de la cuantía de su participación.

Descansa este derecho sobre tres bases:

1. El derecho de examen y consulta de documentos por parte del socio en los supuestos establecidos por Ley.
2. Derecho a obtener información con ocasión de la Junta General y en el transcurso de la misma (art. 112 LSA y 51 LSRL). Por el hecho de serlo, todo socio o accionista tiene atribuido este derecho al margen de que se le exija la concurrencia de determinados requisitos en orden a la legitimación para su ejercicio.

3. Facultad de la minoría (cuando represente el 5% de la sociedad), de examinar los documentos que sirvan de soporte y antecedente a las cuentas de la sociedad así como la posibilidad de que esta minoría nombre un auditor.

Derecho del socio de participación y control en la gestión societaria.

Se presenta este derecho bajo diversas manifestaciones, desde asistir a las reuniones del órgano social, a poder intervenir, a dar su voto, etc.

En las sociedades de capital y en general en las organizadas corporativamente, la gestión social le corresponde exclusivamente a los administradores, estando atribuida la función de control, no a cada uno de los socios ni a un conjunto de ellos, sino a la Junta General de Accionistas debidamente convocada. La característica fundamental de este derecho, es que legitima a todos los accionistas para asistir a la junta, incluso a aquellos accionistas desprovistos del derecho de voto.

Mediante el ejercicio del voto, hasta el accionista aislado puede participar de algún modo en la gestión de la sociedad y fiscalizar la actuación de sus administradores.

Ejercicio del derecho de suscripción preferente de acciones.

Su función económica no es otra que evitar la dilución del porcentaje de participación social que disfrutaban los antiguos accionistas, como consecuencia de una ampliación de capital con entrada de terceros. Aunque los accionistas nuevos desembolsen una prima igual a la cuota de reservas correspondiente a las acciones antiguas, no paliará la pérdida de presencia política a efectos de voto u otros derechos. Por lo tanto el derecho de suscripción preferente permite al antiguo accionista, si lo desea, mantener su posición en la sociedad, al posibilitarle la suscripción de parte del nuevo capital, proporcionalmente al que tenía.

Es otro derecho mínimo a la condición de socio, pero que se puede suprimir a veces por decisión libre de la sociedad, o también por la propia naturaleza de la ampliación como sucede en los casos de aportaciones no dinerarias, conversión de obligaciones en acciones, etc. donde no cabe el ejercicio de ese derecho, porque la ampliación se realiza para otros destinatarios distintos de sus propios accionistas.

Uno de los ejemplos más frecuente es el de las fusiones por absorción, en las que el aumento de capital se realiza para compensar a los accionistas de las sociedades absorbidas, sin que sus propios socios tengan derecho a suscribir las nuevas acciones emitidas. Otro caso similar es el que se produce en las operaciones públicas de adquisición, en las que la contraprestación consiste en acciones emitidas con el fin de entregárselas a los accionistas de la sociedad afectada que aceptan la oferta.

Todos ellos constituyen unos derechos consustanciales e irrevocables del socio como herramienta del control social y como cauce ordinario por cuyo conducto puede acceder el socio al

control de los administradores. Pero toda esta regulación resulta sorprendentemente vana ante el mínimo uso que se hace de los mismos. Este hecho puede ser explicado en parte por la falta de credibilidad que los inversores ponen en las Cuentas Anuales (como ya observamos en el capítulo primero) o por su falta de conocimientos contables, pero pensamos que fundamentalmente tiene su razón de ser en la desidia de los pequeños inversores, que exclusivamente adquieren acciones pensando en el incremento patrimonial derivado de su venta, y que abandonan el control dejándolo en manos de los “grandes” inversores que se aprovechan de esta circunstancia dominando a su antojo las sociedades y anteponiendo sus fines particulares a los de éstas.

Respecto de la segunda de las obligaciones, la relativa a la adopción de decisiones, el riesgo asumido deberá sustentarse en una información lo suficientemente precisa como para minimizarlo. Parte de esta información está contenida en los libros y documentos contables, por lo que la rectitud en su llevanza resulta imprescindible, es más, la ausencia de contabilidad o alteraciones importantes en la misma hacen imposible la correcta toma de decisiones. Esto último está directamente relacionado con muchas de las situaciones de crisis empresariales en las que las incorrecciones contables (consciente o inconscientemente realizadas) impidieron tomar oportunamente las medidas más adecuadas para atajar los problemas apenas comenzaron a manifestarse.

2.3. REGULACIÓN MERCANTIL DE LAS SITUACIONES DE INSOLVENCIA

Las insolvencias plantean un problema en el que el denominador común a todas ellas es la continua dificultad financiera de realizar los pagos en sus vencimientos o la imposibilidad de afrontarlos con todos los activos disponibles, aún en el supuesto de una enajenación completa del patrimonio (González Pascual; 1996, a, p. 14).

Un procedimiento concursal tiene siempre como origen próximo una situación de insolvencia, es decir, un desequilibrio financiero que puede derivarse de una mala gestión por parte de los directivos, pero también puede deberse a causas exógenas tales como un cambio en los gustos de los consumidores, la aparición de productos sustitutivos en el mercado, o una crisis económica general (Cabrillo; 1989, pp. 82 y ss.).

En cuanto a su regulación principal, son los arts. 1004 a 1117 del CCo de 1829, arts. 878 a 941 del CCo de 1885 y arts. 1319 a 1396 de la LEC los que rigen en materia de Quiebras, y las normas recogidas en los arts. 870 y ss. del CCo de 1885 y la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 (LSP en adelante) para las Suspensiones de Pagos¹³.

¹³ También pueden ser objeto de consulta necesaria, además de los anteriores, el Estatuto de los Trabajadores, la LGT, el Reglamento General de Recaudación de 1990 (RGR en adelante) (modificado por RD 448/1995), el RGR de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, el TRLSA, etc.

Distingue el CCo de 1829, en su art. 1002, cinco clases de insolvencias:

- Suspensión de pagos, en la que teniendo bienes suficientes para cubrir todas las deudas, el problema que se plantea es la falta de liquidez temporal.
- La insolvencia fortuita, se produce al sobrevenir infortunios inevitables. Es fortuita la insolvencia en que no concurre ninguno de los hechos que califican la quiebra como culpable o fraudulenta, pasando a la categoría de “suceso desgraciado”. La quiebra fortuita no precisa enumeración alguna de posibles supuestos, porque toda quiebra que no pueda ser incluida en alguno de los casos siguientes ha de ser considerada como tal (Soto; 1994, p. 281).
- La insolvencia culpable, sobreviene a causa de gastos excesivos o por apuestas, por no haberse llevado los libros correctamente, o por no haber hecho la manifestación de quiebra en tiempo y forma prescritos.
- La insolvencia fraudulenta surge debido a la inclusión de gastos o deudas supuestas, cuando no se llevan los libros contables o su llevanza se realiza de forma incorrecta, también cuando el contenido de los libros esté rasgado, borrado o alterado en cualquier manera, o si se ocultan en el balance: dinero, créditos, etc., si se hubiesen consumido para negocios propios, fondos o efectos ajenos.
- Alzamiento de bienes. Se recoge en esta figura la ocultación universal de los bienes para que los acreedores no los puedan obtener. No es necesaria una ocultación total de los bienes, sino que basta la que sea suficiente para producir una insolvencia. Deberá darse una relación de causalidad entre el alzamiento y el perjuicio ocasionado a los acreedores.

Las dos figuras centrales del proceso concursal son la Quiebra y la Suspensión de Pagos. La primera supone, casi siempre, la liquidación de la empresa, configurándose la suspensión de pagos como una medida de protección a la empresa (Cabrillo, 1989, p. 62).

El procedimiento de quiebra fue diseñado para la liquidación de empresas en situación de insolvencia definitiva en las que el valor de sus bienes y derechos no es suficiente para cubrir la totalidad de su pasivo exigible. La suspensión de pagos debería, en cambio, ser un procedimiento que permitiera salir de una situación de crisis temporal a aquellas empresas cuyo activo supere en valor a su pasivo exigible y se encuentren con problemas para atender a sus pagos por falta de liquidez.

Una diferencia importante respecto de la calificación vendrá dada por la aplicación a las insolvencias definitivas de la retroacción de la quiebra contenida en los arts. 879 y ss. del CCo de 1885, y es precisamente la existencia o no de retroacción uno de los factores que más influyen en la toma de decisiones del empresario en crisis a la hora de “optar” por uno u otro procedimiento. En este sentido recoge la doctrina que muchas de las suspensiones de pagos son auténticas quiebras

disimuladas en las que el valor de los activos de la empresa es aumentado artificialmente hasta conseguir un neto patrimonial positivo evitando así una situación legal de insolvencia definitiva¹⁴.

SUSPENSIONES DE PAGOS

La suspensión de pagos de hecho en una empresa, viene delimitada por la imposibilidad real de afrontar las deudas a sus respectivos vencimientos, debido a la carencia de medios líquidos en cantidad suficiente, dando origen a un retraso sistemático en los pagos.

La suspensión de pagos de derecho es la declaración del procedimiento de una situación de insolvencia temporal del empresario, que al encontrarse ante la imposibilidad de hacer frente a los pagos de sus deudas a sus vencimientos, solicita al juez este procedimiento con la finalidad de llegar a un acuerdo o convenio con los acreedores que permita resolver dicha situación (Bolufer Nieto; 1993, p. 69).

Aspectos principales del procedimiento concursal de la suspensión de pagos.

El procedimiento concursal en opinión de González Pascual (1996, a, p. 58), no va a proporcionar una salida a la situación de dificultad financiera, sino que supone un mecanismo jurídico de defensa del suspenso que le permite articular los mecanismos financieros diseñados para salir de la crisis financiera, impidiendo que el acoso de acreedores, embargos, etc., limite la aplicación y desarrollo de un plan de viabilidad racional.

La **solicitud de suspensión de pagos** podrá realizarla únicamente el deudor, no siendo posible que sea solicitada por los acreedores.

Los **documentos con información económico-financiera que se deben presentar** con la petición de suspensión vienen establecidos en el art. 2 de la LSP de 1922 y son: un balance detallado o un estado que refleje la situación patrimonial; una relación completa de acreedores; una memoria expresiva de las causas que hayan motivado la suspensión y de los medios con que cuenta para solventar sus débitos; una proposición para el pago de sus débitos. Si la suspensa fuera una Sociedad Anónima, acompañarán su petición dos certificaciones: Una del acuerdo del Consejo de Administración autorizando la presentación de dicha solicitud y otra de haber convocado la Junta de Accionistas con la ratificación del acuerdo; También se indicarán las sucursales, agencias o representaciones directas que tuviese el solicitante.

Además de los anteriores documentos, el art. 3 de la LSP indica que también se presentarán los libros de contabilidad, mencionando el secretario cualquier anomalía existente, como enmiendas, raspaduras o espacios u hojas sin llenar.

¹⁴ Prácticamente la totalidad de los autores consultados mantienen esta posición, un claro ejemplo se recoge

La información contable de la empresa suspensa tiene una importancia fundamental en el desarrollo del proceso concursal. Al formar parte de los requisitos necesarios para la solicitud de apertura de expediente, los defectos de forma y contenido en que se incurran, podrán tener efectos procesales directos y negativos para el deudor (González Pascual; 1996, b, p. 520).

Fundamentalmente nos encontramos con dos problemas, el primero se refiere a la finalidad de la suspensión y el segundo a establecer lo que debe entenderse por balance detallado.

Respecto del primero, surge la duda sobre si no sería más lógico estudiar previamente la viabilidad de la empresa fundamentalmente cuando la situación de insolvencia de la sociedad es debida a causas exógenas a la misma. Estamos de acuerdo con Cabrillo (1989, pp. 77 y ss.) cuando dice que si el objetivo es la continuación de la empresa y la crisis se debe a problemas de liquidez y a la necesidad de proceder a la reestructuración de aquélla, el procedimiento de suspensión de pagos es el que más ventajas ofrece al deudor **permitiéndole conservar la administración de sus bienes**, situándole en una posición ventajosa frente a los acreedores, desde la que negociará a cubierto de amenazas de embargo o de declaración de quiebra.

Además, el Estatuto de los Trabajadores ofrece un incentivo interesante para **que se acuda** a este procedimiento al recoger en su art. 33 que el fondo de garantía salarial se personará en el expediente de suspensión como responsable legal subsidiario del pago de los créditos laborales, haciéndose cargo de los salarios pendientes a causa de suspensión y sobre todo, abonando las indemnizaciones reconocidas como consecuencia de los despidos colectivos. Sin embargo, este procedimiento tiene para la empresa una importante desventaja, como es el elevado coste derivado de la pérdida de confianza que los proveedores y acreedores en general y los bancos en particular, experimentan hacia la empresa suspensa, que hará que en el futuro reduzcan sus ventas y servicios a crédito hacia ella y en el caso de instituciones financieras sólo ofrezcan créditos o realicen descuentos comerciales con garantías reales o personales del empresario o de sus socios. El problema que se observa es que, como ya hemos afirmado, en muchos casos se tratará de verdaderas quiebras encubiertas tramitadas como suspensiones, ya que además de continuar con la administración de su negocio, una de las principales ventajas para el deudor que desee liquidar la empresa amparándose en este procedimiento, es la **inexistencia de retroacción**, siempre que se presente un balance que permita calificar la insolvencia como provisional y cuando ningún acreedor inste el procedimiento de quiebra una vez levantada la suspensión, en los casos en que no se alcance un convenio.

En cuanto al segundo de los problemas, dados los objetivos perseguidos con la información contable¹⁵ es necesario que su contenido, extensión y formato estén sometidos a un marco normativo que regule los principios contables que deben presidir su elaboración.

Así, se suele afirmar que la continuidad es el motivo por el que es de aplicación el principio contable de empresa en funcionamiento en la elaboración de las Cuentas Anuales, de acuerdo con los principios contables señalados en nuestra legislación mercantil. En este sentido se manifiesta Bolufer Nieto (1993) cuando afirma que este balance debería ir acompañado de notas que amplíen y aclaren sus partidas, entre las que deberían incluirse los valores de liquidación de las partidas de activo y pasivo.

Si los interventores¹⁶ lo consideran necesario redactarán un dictamen, previo informe de los peritos, que versará sobre: La exactitud, en el sentido de Imagen Fiel, de los activos y pasivos del balance; el estado de la contabilidad del suspenso e informalidades que en ella se notaren con arreglo a la ley; y la certeza o inexactitud de las causas que, según la memoria presentada, hayan originado la suspensión (art. 8 LSP).

El juez en vista de los anteriores antecedentes y del informe, declarará al solicitante en estado de suspensión de pagos.

En el mismo auto, el juez declarará si el estado de insolvencia es provisional (con activos superiores a los pasivos) acordándose la convocatoria de la junta general de acreedores, o definitivo (con pasivos superiores a los activos); en este caso el juez concederá un plazo de 15 días para que el deudor o persona en su nombre afiance la diferencia por el importe en que los pasivos superen los activos y se pase a estado de insolvencia provisional. Si una vez transcurrido el plazo para el afianzamiento del déficit, se mantuviera la misma calificación, convocará la junta de acreedores salvo que el suspenso o acreedores que representen los dos quintos del pasivo soliciten su sobreseimiento o la declaración de quiebra.

Una vez señalada y **constituida legalmente la junta de acreedores**¹⁷, se dará lectura a la proposición formulada, que tras un proceso de debate realizado de acuerdo al art. 14 del TRLSA,

¹⁵ La finalidad perseguida con ello es múltiple, recogiendo González Pascual (1996, b, p. 526) que: (i) Muestran la situación financiera y del patrimonio de la suspensa. (ii) Indican la causa de la suspensión. (iii) Determinan la capacidad de la empresa para continuar con sus actividades y si el plan de viabilidad es real y está de acuerdo con ella. (iv) Determinan la veracidad de las deudas y la naturaleza de los créditos. (v) Sirven de cauce informativo a los acreedores. (vi) Ayudan a determinar el grado de culpabilidad y responsabilidad. (vii) Ayudan a detectar situaciones fraudulentas.

¹⁶ La función de los interventores-audidores se recoge en el art. 5 LSP y consiste en la inspección de los libros del suspenso, intervención de todas las operaciones que el suspenso pueda realizar verificando diariamente el balance de caja, proporcionan información al juez de cuanto importante ocurra respecto al suspenso y sus negocios y sobre la procedencia de las reclamaciones que el suspenso pretenda entablar.

¹⁷ En la que cualquiera de los acreedores podrá realizar impugnaciones de los créditos incluidos por el deudor o pedir su inclusión o el aumento de su crédito, respectivamente en caso de haber sido omitido de la relación o aparecer por importe inferior.

será sometida a votación. La mayoría necesaria para la aprobación del convenio (con distintos porcentajes para convenios consistentes en espera, que para los de quita o para los casos de insolvencia definitiva) aparece recogida en este mismo artículo. Si en la votación no se reuniera la mayoría necesaria, se entenderá desechada la propuesta de convenio.

Hasta que la propuesta de convenio obtenga la aprobación de los acreedores, el suspenso conservará la administración de sus bienes y gerencia de sus negocios con las limitaciones que en cada caso fije el Juzgado, y siempre ajustando sus operaciones a las reglas contenidas en el art. 6 de la LSP.

El convenio, representa la verdadera razón de ser de los procesos de suspensión de pagos así como el argumento básico que sustenta la filosofía jurídica de dicho proceso y el amparo legal que representa para los deudores.

Como recoge González Pascual (1996, a, p. 85), para que el convenio sea efectivo:

- Su finalidad deberá ser la recuperación financiera de la empresa, por lo que debe contener el plan de actuación de la empresa a largo plazo donde se aprecie la consecución final del objetivo de la viabilidad después de cumplir con sus obligaciones de pago.
- Contendrá el plan de pago de todas las deudas y los compromisos de actuación por parte de la empresa.
- Será claro y preciso, reflejando con suficiente precisión la aportación de cada parte al objetivo común perseguido. Deberá ser real y posible, estará basado en la capacidad económica y financiera de la empresa y tratará de reconciliar las posturas del deudor y acreedores.

Cuando la suspensión de pagos sea calificada de insolvencia definitiva, se formará una pieza separada para la depuración de responsabilidades en que hayan podido incurrir el comerciante suspenso o los consejeros o gerentes de las compañías mercantiles.

LA QUIEBRA

En la quiebra el concepto de insolvencia hace referencia a la situación “de hecho” en la que el pasivo exigible resulta superior al activo real, situación que presupone la impotencia del empresario para hacer frente a todas las deudas contraídas. Es una situación de dificultad financiera caracterizada porque la empresa tiene unas deudas superiores a los activos reales con lo que se plantea la imposibilidad real de afrontar los pagos en sus vencimientos, aún cuando se proceda a la total enajenación de sus inversiones (González Pascual; 1996, a, p. 129).

Puede explicarse como la consecuencia de fallos en la organización interna de la empresa. Estos fallos hacen que el valor de mercado de la producción sea inferior al valor de mercado de los factores de producción empleados y como consecuencia de todo esto la empresa desaparezca del

mercado o se produzca un cambio en su estructura organizativa. Para Moya (1998, p. 12), se consideran insolventes aquellas sociedades que no cuentan con ningún patrimonio que responda de las deudas generadas, ya sea porque éste se haya perdido por la desidia y mala gestión de sus dirigentes, o porque nunca ha existido tal patrimonio al encontrarnos ante sociedades “fantasmas”.

Aspectos principales del procedimiento concursal en la quiebra.

El procedimiento de quiebra tiene por finalidad evitar que con las ejecuciones individuales, cobren únicamente los acreedores más diligentes o más cercanos al deudor, mientras que los restantes corran el riesgo de no cobrar sus créditos. Supone un proceso de destrucción de la empresa por lo que genera inconvenientes, tanto para la empresa como para los trabajadores o para la economía en general (González Pascual; 1996, a, 137). Desde el punto de vista de la eficacia, el objetivo del derecho concursal debería ser minimizar los costes sociales de las quiebras y las liquidaciones subsiguientes; sin embargo las leyes de quiebras se han interesado especialmente por el establecimiento de normas que permitan alcanzar soluciones equitativas desde el punto de vista de la distribución, olvidando a menudo el problema de la eficiencia.

En este sentido nos encontramos con tres principales tipos de costes sociales a los que puede dar origen un procedimiento de esta naturaleza: El primero es la reducción del valor social que experimentan los activos del deudor cuando se produce la reasignación de factores de producción. Esta pérdida de valor se debe principalmente a que la productividad de un bien de capital concreto, que forma parte de una estructura productiva más amplia, puede reducirse cuando se le saca de dicha estructura para insertarlo en otra diferente. La causa está en la no-adaptabilidad perfecta de los bienes de capital en diferentes empleos y en la formación de capital humano muy específico que puede tener lugar en la utilización de un bien de producción. El segundo es el desempleo de recursos productivos y el deterioro que pueden experimentar los bienes de capital mientras dura el procedimiento. Este tipo de costes está motivado por la falta de utilización de factores de producción en el caso de que el procedimiento concursal interrumpa la actividad productiva habitual de la empresa. El tercero es el coste en sí del procedimiento legal (Cabrillo; 1989, pp. 50 y ss.).

El procedimiento a seguir en los casos de quiebra se recoge en los arts. 1321 y 1322 LEC, indicándose en dicha ley que se divide este procedimiento en cinco secciones, disponiendo las actuaciones de cada una de ellas en su respectiva pieza separada. Cada una de las secciones comprende:

Sección 1ª. Todo lo relativo a la declaración de quiebra, las disposiciones consiguientes, nombramiento de síndicos, etc.

Su regulación se recoge en los arts. 1323 a 1349 de la LEC, donde se indica que la **solicitud** se hace por providencia judicial a solicitud del quebrado, o a instancia de acreedor legítimo.

Deberá presentarse, además de la exposición en que se manifieste en quiebra, un balance general de sus negocios y una memoria de las causas directas e inmediatas de su quiebra (art. 1018 del CCo.).

Cuando se realiza a instancia de acreedor, será indispensable que conste previamente la cesación de pagos por haberse negado a ello, o por motivo de fuga u ocultación (art. 1025 del CCo.).

En este sentido recoge el art. 1026 del CCo. de 1829 que:

“...no será suficiente para declarar en quiebra a un comerciante a instancia de sus acreedores que haya ejecuciones pendientes contra sus bienes mientras él manifieste o se le hallen bienes disponibles sobre los que trabarlas”.

Cuando se hace a instancia de acreedor pueden surgir problemas de prioridades de la suspensión de pagos frente a la quiebra. **La STS de 3 de julio de 1933** recoge que la suspensión merece trato prioritario cuando haya sido solicitada antes de ser practicada la información testifical, imprescindible en la quiebra para justificar el sobreseimiento en el pago corriente de las obligaciones. Esto mismo nos encontramos en la **STS de 5 de julio de 1985** donde se recoge que se persigue con esto facilitar el convenio entre los acreedores y el deudor evitándose el demérito, la depreciación y la ruina del capital que llevan tras de sí los procedimientos de quiebra.

Sección 2ª. Las diligencias de la ocupación de bienes del quebrado y todo lo concerniente a la administración de la quiebra hasta su liquidación.

La **administración de la quiebra**, regulada en los arts. 1350 a 1365 de la LEC, se realiza por los síndicos que procederán conforme los arts. 1079 y ss. del CCo de 1829 donde se dice que se encargarán de realizar el inventario formal y general de todos los bienes, efectos, libros y papeles de la quiebra, acto al que se citará al quebrado a asistir por sí o por medio de representante. Una vez formalizado el inventario, se hará entrega a los síndicos de todos los bienes, efectos y papeles para su administración y enajenación.

Sección 3ª. Acciones que den lugar a la **retroacción de la quiebra**.

La retroacción de la quiebra será realizada por los síndicos ajustándose al contenido de los arts. 1366 y ss. de la LEC y 878 y ss. del CCo de 1885, pudiendo anularse los actos que en perjuicio de la quiebra haya hecho el quebrado en tiempo inhábil, o los que presentan carácter fraudulento aunque se hubieran realizado en tiempo hábil.

Ya en el propio auto de declaración de quiebra voluntaria o necesaria, se señalará la fecha provisional de retroacción, con lo que se adelantan ciertos efectos de la quiebra a un periodo anterior a su declaración. Es el juez quien tiene la facultad de determinar el periodo durante el cual todos los actos realizados por el deudor son nulos, lo que se denomina “retroacción absoluta” (art. 878 párrafo 2º). Señala también la ley el periodo sospechoso anterior a la fecha determinada por la retroacción absoluta, denominado “retroacción relativa” en el que se pueden ejercitar acciones de impugnación de determinados actos, que será distinta para cada tipo de acto, según se recoge en los arts. 1366 a 1377 de la LEC y 879 a 882 del CCo de 1885.

Sección 4ª. Examen y reconocimiento de los créditos contra la quiebra, y la graduación y pago a los acreedores. Es objeto de regulación en los arts. 1378 a 1381 de la LEC y 912 y ss. del CCo de 1885, donde se dispone que se realizarán todas las operaciones que para la justificación y examen de los créditos prescriben los arts. 1100 y ss. del CCo de 1829.

Consisten estas operaciones en la entrega a los síndicos por parte de los acreedores de la documentación justificativa de sus créditos, documentos que serán cotejados por los síndicos con los libros y papeles de la quiebra. Con ellos formarán un estado general de créditos a cargo de la quiebra que pasarán al comisario, dando copia al quebrado.

El listado general se presentará ante los acreedores en la fecha señalada para la “Junta de examen y reconocimiento de créditos”, para que realicen los comentarios y observaciones que estimen oportuno sobre cada partida.

Además de los problemas relativos a la pieza cuarta, se originan otros muchos a la hora de redactar la lista definitiva de los acreedores, siendo los de mayor frecuencia:

- Tratamiento de la cuenta: “deudas por descuentos de efectos”¹⁸.
- Introducción en la masa de acreedores de las provisiones internas de pensiones¹⁹.

¹⁸ Para Gómez Martín, (1996, pp. 204 y ss), su inclusión en lista definitiva de acreedores dependerá del estudio particular del caso concreto que aconseja mantener estos créditos cuando las letras no hayan vencido aún, o la entidad de crédito justifique que han resultado impagadas. Problemática similar se produce con los proveedores a quienes se han endosado efectos comerciales en cartera para pago de sus créditos; su inclusión en lista definitiva dependerá de que los endosatarios manifiesten su crédito en la suspensión bien por encontrarse en las letras endosadas pendientes de vencimiento o por haber resultado impagadas. En los casos de los acreedores que hayan sido garantizados con el suspenso, bien por aval cambiario, o mediante póliza de fianzamiento, cuando la garantía haya sido solidaria con renuncia a los beneficios de exclusión y haya insinuado su crédito o acuda en trámite de impugnaciones, entendemos que debe ser incluido en la mencionada lista.

Mayor preocupación puede proporcionar la existencia de letras de colusión en poder de terceros en las que hubiese intervenido el suspenso. Si fue librador el suspenso y descontó la letra, el tenedor será acreedor en la lista definitiva, sin contrapartida deudora si no hubiese aceptante y con contrapartida si fue aceptada por el librado al margen de valorar su solvencia en el dictamen. Cuando figuren en la lista definitiva de acreedores créditos contraídos en moneda extranjera, los interventores deberán mencionar su equivalencia en la divisa correspondiente al cambio que estuviere en la fecha de la providencia de admisión de la solicitud de suspensión de pagos.

- Tratamiento de los préstamos participativos²⁰.
- Diferencia entre los acreedores de la masa y los acreedores en la masa²¹

Sección 5ª **Calificación de la quiebra y rehabilitación del quebrado.**

Por último la regulación de la pieza quinta sobre calificación de la quiebra y rehabilitación del quebrado se contiene en los arts. 1382 y ss. de la LEC y 886 a 897 del CCo de 1885 y 1138 del CCo de 1829 respecto de la calificación de la quiebra y 920, 921 y 922 del CCo de 1885 respecto de la rehabilitación del quebrado.

DEFICIENCIAS DE LA SITUACIÓN ACTUAL Y LA FUTURA REGULACION LEGAL DE LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES.

Como ya se ha mencionado, el objetivo principal del derecho concursal es ofrecer un marco legal que permita con eficiencia, la reestructuración de empresas con futuro o bien la desaparición de aquellas empresas irrecuperables y el desplazamiento de factores de producción a empleos de mayor rentabilidad.

Pensamos que estos objetivos no se cumplen, y el motivo es que los largos procesos concursales resultan caros y en numerosas ocasiones inapropiados, alargando la vida de empresas muy insolventes, que iniciando un procedimiento de suspensión de pagos, acaban en otro de quiebra con su correspondiente liquidación posterior, lo que conlleva unos costes muy elevados, no sólo procesales que paulatinamente aumentan la cifra de acreedores de la masa, sino para sus acreedores y trabajadores, que dejan de cobrar la totalidad o parte del importe adeudado o lo cobran en una fecha muy lejana a la de su vencimiento.

Para corroborarlo se presenta en la tabla siguiente el número de Sociedades Anónimas y Limitadas que inician cada uno de estos procedimientos entre los años 1990 y 1996.

Tabla 1: Número de Sociedades Anónimas y limitadas que inician procedimientos de quiebra y suspensión de pagos.

¹⁹ La jurisprudencia ha optado por su exclusión, debiéndose considerar en opinión del profesor Latorre, como menor valor de los activos en los que se encuentra materializada.

¹⁷ No queda claro si deben formar parte de la lista de acreedores, o si por el contrario es más conveniente excluirlos de la misma, debiéndose realizar un estudio particularizado para cada caso, ya que puede en muchas ocasiones tratarse de neto encubierto bajo la forma de un pasivo (para ahorrarse los impuestos de su capitalización), y que dada su importancia cuantitativa, podría tener posición de dominio entre los acreedores decidiendo los propios accionistas o empresas del grupo, sobre la posposición de las deudas, o lo que es más importante sobre su minoración.

²¹ Son acreedores de la masa aquellos cuyos créditos hayan surgido con posterioridad al proceso concursal, siempre y cuando provengan de gastos derivados del proceso o de operaciones de administración. Cobran antes que los concursales por su ajenedad a las reglas del concurso. Varona (2000)

	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996
S.Pagos	291	683	949	1174	864	598	596
Quiebras	116	311	468	565	649	644	660

Fuente: INE y Ballester y Monclús (1999).

Las causas aducidas por las empresas que solicitan estado de **suspensión de pagos** son fundamentalmente dos: la falta de liquidez, con las reacciones en cadena que provoca (véase en el capítulo primero) y la escasez de demanda. Podemos observar en el cuadro anterior como el periodo de crisis económica (años 1992 a 1994) provoca un importante aumento en el número de sociedades suspensas.

En cuanto a las **quiebras**, como es lógico su crecimiento numérico va con unos pocos años de retardo respecto a la crisis y al número de sociedades que recurren al procedimiento de suspensión de pagos, por una parte, por el motivo ya comentado, la tramitación como suspensión de situaciones deficitarias, o bien porque muchas veces son empresas que tras realizar un proceso de suspensión de pagos no pueden superar sus problemas cuando éstos difieren de la mera falta de liquidez temporal; por último otro motivo puede venir dado por la propia empresa, que no se constituye en estado de suspensión de pagos hasta que es demasiado tarde y la insolvencia no tiene ya solución, o cuando no quiere sufrir el demérito de una quiebra y la retrasa tanto como puede.

También llama la atención el aumento en el número de quiebras, superando en algunos casos al número de suspensiones algunos de los años. Este hecho era desconocido tiempo atrás; a modo de ejemplo podemos citar cómo en los años anteriores a 1974, por cada solicitud de quiebra había tres de suspensiones, pasando a partir de dicha fecha y hasta 1986 a una relación de uno a seis²².

Otro aspecto que destacamos extrañados al observar la tabla siguiente, es el pequeño número de quiebras calificadas como de culpables, fraudulentas o incluso las derivadas de un alzamiento de bienes.

Tabla 2: Calificación de las insolvencias.

Año	Susp pagos	Fortuita	Culpable	Fraudulenta	Alzamiento	Otras
1993	13%	40%	3%	2%	2%	40%
1994	19%	27%	2%	1%	2%	49%
1995	16%	19%	1%	1%	1%	62%
1996	13%	14%	1%	1%	0%	71%

Fuente : INE y Ballester y Monclús (1999).

En conclusión, el vigente marco legal que regula los procedimientos concursales en España necesita una urgente reforma que corrija las deficiencias que actualmente presenta. El procedimiento de Suspensión de Pagos no soluciona en la mayoría de las sociedades los problemas

que dan origen a la insolvencia que se trata de corregir, por lo que muchas de estas empresas acaban sus días engrosando el grupo de empresas en quiebra. En cualquier caso, el procedimiento concursal no es el único culpable, ya que como venimos afirmando, en numerosas ocasiones se tramitan como suspensiones mediante la manipulación de los estados contables, lo que claramente son verdaderas situaciones de quiebra, buscando en definitiva los beneficios que el proceso de suspensión de pagos proporciona.

En cuanto al procedimiento de quiebra, se hace patente su falta de eficacia, no sólo porque no se busca la viabilidad de las empresas, o una reducción de los costes derivados del proceso, sino también por la falta de expectativas de cobro de los acreedores ordinarios, que observan cómo cuando sus créditos se ven involucrados en el sistema concursal, resultan definitivamente incobrables.

Estas deficiencias se manifiestan fundamentalmente:

- En la obsolescencia, pluralidad y sucesión histórica de los textos reguladores de los procedimientos concursales.
- Al contemplar el problema desde una óptica patrimonialista careciendo de una visión moderna, en la que se dan dos procedimientos: suspensión de pagos y quiebra cuyas fronteras no están claras.
- En que limita el contenido informativo contable necesario.
- Por una falta de estructura orgánica adecuada en la que los jueces no siempre están preparados para afrontar el procedimiento concursal y por la deficiente configuración del órgano encargado de gestionar la empresa en crisis.
- Porque se da una gran desigualdad en el trato a los acreedores.

En este mismo sentido se manifiesta Rodríguez Acebes (1990, p. 175), al señalar que la necesidad de una reforma es patente desde hace largo tiempo, afirmando que *“se ha demostrado suficientemente que las soluciones jurídicas actuales son incapaces de tratar adecuadamente las crisis empresariales y que las soluciones coyunturales, que han ido surgiendo a medida que las carencias de otras normas lo provocaban, no llenan el vacío de una Ley General adaptada a la realidad económica que acoja en un procedimiento único todas las situaciones de insolvencia”*.

La necesidad imperiosa de reforma se evidencia ante el descrédito de la regulación actual, que no satisface el interés público o social, el de los acreedores, el del deudor o el de terceros afectados, y además fomenta abusos de todo género debido a la caótica dispersión de las múltiples

²² Una mayor información acerca de estos datos se recoge en el trabajo de Rodríguez Acebes (1990).

normas concursales y paraconcursoales aplicables, que determinan una confusión generalizada y de una total ausencia de sistema, que redundan en la completa falta de seguridad jurídica.

Van Hemmen (1997) demuestra cómo los mecanismos de valoración previstos por la LSP son ineficientes²³, ya que además de los costes ocasionados por la actividad de los interventores, se pierden oportunidades para la toma de decisiones correctivas al retrasar la etapa de valoración al inicio de la negociación.

La necesidad de una reforma de los procedimientos concursales es patente desde hace muchos años, actualmente, se está elaborando una Ley Concursal que persigue subsanar, al menos en parte, las deficiencias vistas. Vemos a continuación algunos de los aspectos más destacados del último proyecto de Ley Concursal de 2002.

Por su parte, el ICAC consciente también de estos problemas, está elaborando un proyecto de reforma acerca de la información que deben presentar las empresas en suspensión de pagos. De momento ha elaborado un anteproyecto que describimos de forma muy somera, observando las diferencias más importantes con respecto al borrador presentado por La Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas (AECA en adelante) en junio de 1993 sobre los criterios y normas de valoración aplicables a los activos y pasivos a la hora de calcular los balances de suspensión y quiebra.

2.3.1. Borrador de anteproyecto de ley concursal de 1995 y proyecto de 2002

Sus antecedentes se remontan a 1959 con la aparición de un proyecto de Ley Concursal elaborado por el Instituto de Estudios Políticos que no llegó a ser aprobado como ley. Más tarde, en 1978, se inicia la elaboración de un nuevo anteproyecto cuyo texto articulado ve la luz en 1983 y que al igual que en el caso anterior, tampoco llega a ser aprobado. Posteriormente en 1994, el Ministerio de Justicia e Interior comunicó a la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación los criterios básicos de elaboración de un nuevo proyecto de Ley Concursal cuyo borrador se entregó a dicho Ministerio el 12 de diciembre de 1995 y al que brevemente nos referiremos a continuación. Por último, existe desde septiembre del año 2000 un nuevo texto provisional de Anteproyecto de Ley Concursal que ha culminado con muy pocas variaciones en el proyecto al que también se hará referencia a lo largo de este epígrafe.

²³ En su trabajo analiza 92 casos de reestructuración financiera entre 1984 y 1992, observa en los mismos, cómo los mecanismos legales establecidos para valorar las empresas no reducen la asimetría de información entre el deudor y los acreedores y no permiten evaluar las posibilidades reales de creación de valor de las empresas.

Borrador de Anteproyecto de Ley Concursal de 12 de diciembre de 1995.

Este borrador de anteproyecto (BALC en adelante) busca la unidad legal, de tal modo que una sola Ley regule los aspectos materiales y formales del fenómeno concursal y la unidad de disciplina con superación de la diversidad de regímenes jurídicos según el carácter civil o mercantil del deudor.

Sus rasgos más destacados son:

1º La regulación de dos procedimientos, suspensión de pagos, previsto para las situaciones de iliquidez, y el concurso de acreedores, cuyo presupuesto objetivo será la insolvencia del deudor. Así, en el art. 2 del BALC se indica que **la declaración judicial de concurso** procederá en el caso de insolvencia del deudor, es decir en el supuesto en que se encuentre en dicho estado al no poder cumplir puntualmente con sus obligaciones por insuficiencia de bienes propios o por falta de crédito.

En este sentido conviene aclarar que existe insuficiencia cuando el pasivo exigible sea mayor al activo real, valorándose las distintas partidas según los principios de contabilidad generalmente aceptados.

Respecto del primero de los procedimientos apuntado, **la suspensión de pagos**, únicamente podrán constituirse en dicho estado aquellos deudores que reúnan requisitos objetivos de seriedad, exigiéndose que el activo sea manifiestamente superior al pasivo²⁴.

Están legitimados para solicitar la declaración judicial de concurso tanto el deudor como sus acreedores, salvo que en los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud hubieran adquirido el crédito por actos *intervivos* después de su vencimiento. La solicitud deberá venir acompañada por una memoria expresiva de la historia jurídica y económica del deudor; un inventario de los bienes y derechos con expresión de su valor y lugar en que se encuentran; una relación de acreedores con expresión de la identidad de cada uno de ellos, la cuantía y vencimiento de los respectivos créditos y las garantías personales o reales constituidas, y por último, si el deudor estuviera obligado legalmente a la llevanza de

²⁴ En el art. 274 del BALC, nos encontramos con una serie de restricciones subjetivas que impedirían constituirse en este estado:

A) Cuando el deudor ha sido condenado por cualquier clase de delito contra el patrimonio, contra el orden socio económico o por falsedad documental.

B) Cuando siendo los sujetos suspensos inscribibles en el registro mercantil, no lo estuvieran con una antelación de al menos tres años a la fecha en que se constituyan en estado de suspensión de pagos.

C) Las personas que durante los tres últimos ejercicios, estando obligados a ello, no hubieran depositado sus Cuentas Anuales en el RM.

D) Aquellos que en los últimos tres años se hubieran constituido en estado de suspensión de pagos o de concurso de acreedores.

contabilidad, acompañarán a la solicitud las Cuentas Anuales, el Informe de Gestión, y el Informe de Auditoría, si lo tuviera, correspondientes a los tres últimos ejercicios. En este último caso, deberá conocer la insuficiencia de bienes al formular las Cuentas Anuales, debiendo solicitar la declaración judicial de concurso dentro del mes siguiente.

En el caso de la insolvencia temporal o iliquidez, además de los documentos anteriores, deberá adjuntarse una relación de los préstamos y créditos concedidos, renovados o cancelados durante el año anterior por cualquier clase de entidad de crédito o de financiación, una relación de las operaciones realizadas durante el año anterior a título oneroso o lucrativo sobre bienes inmuebles y demás derechos, y una certificación del auditor de cuentas de que el activo real es mayor al pasivo exigible.

El deudor con la suspensión, no sólo suspende el curso de los intereses, sino que cierra el camino de posibles ejecuciones por deudas anteriores.

2º Con la declaración judicial de concurso, el deudor ve suspendida la capacidad de obrar siendo sustituido por la judicatura. Se admite en algunas ocasiones la limitación de esa suspensión de la capacidad de obrar, por lo que en estos casos la actuación del deudor deberá ser contemplada por los interventores.

3º Convenio y liquidación son las soluciones del concurso, correspondiéndole al deudor elegir entre una y otra.

La solución prevista para la suspensión es el convenio.

El convenio figura bajo el principio de libertad de contenido a la vez que se establecen importantes cautelas para garantizar la seriedad de la propuesta del deudor. En el caso de incumplimiento del convenio, cualquier acreedor podrá solicitar la apertura de la liquidación, también cuando no presenta oportunamente la propuesta de convenio, el juez acordará la apertura de la liquidación, con suspensión de la capacidad de obrar de ese deudor respecto de la masa activa.

La liquidación puede ser consecuencia de la falta de aceptación de la propuesta de convenio por los acreedores o de la falta de aprobación judicial del convenio por el deudor.

Mientras que en el concurso la propuesta de convenio se debate y vota en la junta, la propuesta del convenio en la suspensión queda sometida a la adhesión de los acreedores.

4º En el art. 294 del BALC se establece que el concurso puede ser consecutivo de una suspensión de pagos si la solicitud de declaración judicial de concurso se presentase en el año siguiente a contar desde la fecha en que hubiera sido publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORM en adelante); también en el caso de que la propuesta de convenio no hubiera alcanzado las adhesiones necesarias o cuando el deudor incumpliese el convenio

de la suspensión de pagos y por último, cuando el convenio aprobado fuese incumplido por el deudor.

5° Entre las principales innovaciones merece mención especial el tratamiento jurídico de los acreedores que se clasifican en privilegiados, ordinarios, y legalmente postergados.

6° Respecto de la calificación del concurso se califica de fortuito o de culpable. Los efectos de la calificación se agotan en el plano civil, sin trascender al puramente penal ya que la calificación concursal no es condición suficiente para proceder criminalmente contra los autores de tales conductas.

Proyecto de Ley Concursal de 2002

Por la OM de Justicia de 23 de diciembre de 1996, se constituyó en el seno de la Comisión de Codificación una Sección Especial para la Reforma Concursal a la que le fue confiada la elaboración de una propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal y de modificación, en su caso, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, del Código Penal y de cuantas otras normas resultara necesario, para cuya realización se utilizó como documento inicial de referencia la Propuesta elaborada por el Profesor Rojo (Anteproyecto de 1995). El resultado de este trabajo se plasma en un texto articulado concluido en el año 2000 que constituye el antecedente de este proyecto, cuya remisión a las Cortes fue aprobada por Consejo de ministros de 5 de julio de 2002 y cuyos elementos más significativos de cara a nuestro estudio son los siguientes:

1° El nuevo proyecto opta por los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema, con un único procedimiento denominado concurso con dos soluciones posibles: convenio y liquidación. La unidad de procedimiento impone la de su presupuesto objetivo: la insolvencia, que es definida en su art. 2 como aquel estado en el que el deudor no puede cumplir sus obligaciones; el sobreseimiento debe ser general sin que basten meros incumplimientos de ciertas obligaciones y ha de afectar al pago corriente. También puede ser debido a la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor, por la desaparición injustificada del deudor o abandono de sus funciones por parte de los administradores, por alzamiento, liquidación apresurada o ruinosa de los bienes por parte del deudor, o por incumplimiento generalizado de sus obligaciones tributarias, de pago de las cuotas de la Seguridad social, salarios, o rentas de todo tipo correspondientes a un período de seis meses.

2° Los legitimados para solicitar el concurso, además del propio deudor, son sus acreedores y, si se trata de persona jurídica, son competentes para decidir sobre la solicitud, el órgano de administración o de liquidación y sus socios miembros o integrantes que sean personalmente responsables de las deudas de aquella (art. 3 puntos 1° y 3°).

El deudor tiene el deber de solicitar la declaración de concurso el mes siguiente a la fecha en la que conozca o hubiera debido conocer su estado de insolvencia; pero tiene la facultad de anticiparse a éste para evitar el deterioro de su estado patrimonial.

A la solicitud se acompañarán entre otros los documentos siguientes (art. 5):

- Inventario de bienes y derechos.
- Relación de acreedores con expresión de la identidad, cuantía y vencimiento.
- Cuentas Anuales, Informe de Gestión e Informes de Auditoría (si estuviera obligada) de los tres últimos ejercicios.
- Memoria de los cambios significativos operados en el patrimonio con posterioridad a las últimas cuentas presentadas y operaciones que por su naturaleza, objeto o cuantía excedan del giro o tráfico ordinario del deudor.
- Estados financieros intermedios elaborados con posterioridad a las últimas Cuentas Anuales presentadas en el caso de que estuviese obligado a comunicarlos o remitirlos a las autoridades supervisoras.
- Si formara parte de un grupo, las Cuentas Anuales y el Informe de Gestión Consolidados, así como el Informe de Auditoría.

3º El procedimiento tiene dos fases, una común para determinar la situación patrimonial del deudor y propuestas de salida de la crisis por el órgano de administración judicial, que se abre con la declaración del concurso y concluye una vez presentado el informe de la administración judicial y transcurrido el plazo de impugnaciones o resueltas las formuladas contra el inventario o la lista de acreedores. Y una segunda fase, en la que previo conocimiento por los acreedores de los informes procedentes, deciden si liquidar o continuar.

4º Declarado el concurso, el ejercicio de las facultades patrimoniales del deudor se somete a intervención (en concursos voluntarios) o suspensión (para los concursos necesarios).

La administración judicial tiene como funciones esenciales las de intervenir los actos realizados por el deudor en ejercicio de sus facultades patrimoniales o sustituirle cuando haya sido suspendido en este ejercicio, así como redactar el informe de la administración judicial, el inventario de la masa activa, la lista de acreedores y la evaluación, en su caso, de las propuestas de convenio presentadas.

5º El sistema de retroacción se sustituye por unas acciones de reintegración los dos años anteriores, destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa (art. 70) .

6º La regulación de la clasificación de los créditos reduce drásticamente (en cuanto a número y cuantía) los privilegios y preferencias a efectos del concurso, quedando establecidos cuatro

grupos: créditos con privilegio especial (hipotecarios y prendarios), con privilegio general (laborales, institucionales...), ordinarios y subordinados (morosos, intereses, no comunicados oportunamente, multas...).

7° Está prevista la admisión de la propuesta anticipada del convenio, que el deudor puede presentar con la propia solicitud de concurso voluntario o incluso cuando se trate de concurso necesario (teniendo en cuenta las prohibiciones del art. 104).

8° La ley le concede al deudor la facultad de optar por una solución liquidatoria como alternativa al convenio; pero cuando durante la vigencia del convenio conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a su aprobación, le obliga a acogerse a esta solución (liquidación).

9° La calificación del concurso como fortuito y culpable, esta calificación no vinculará a los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional penal. La calificación como culpable está prevista para aquellos casos en los que la generación o agravación del estado de insolvencia hubiere mediado dolo o culpa grave del deudor, de sus representantes legales, administradores o liquidadores. La sentencia que califique el concurso como de culpable deberá determinar las personas afectadas y las cómplices.

En cualquier caso se calificará como culpable, entre otros, en los siguientes supuestos (art. 164.2): incumplimiento del deber de llevanza de la contabilidad, llevar contabilidades distintas o cometer irregularidades relevantes para la comprensión de su situación patrimonial; inexactitud grave en los documentos que acompañan la solicitud de declaración de concurso o los presentados en su tramitación; si el deudor se alza con sus bienes; etc.

Se presume la existencia de dolo o culpa grave salvo prueba en contrario (art. 165) si no hubiera solicitado la declaración de concurso; si incumple el deber de colaboración con el Juez, no hubiera formulado las Cuentas anuales, no estuvieran auditadas, no hubieran sido depositadas.

10° Este proyecto de Ley concursal está adaptado al modelo del reglamento de la Unión Europea sobre procedimientos de insolvencia de 29 de mayo de 2000²⁵ y se inspira en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre insolvencia transfronteriza.

En el cuadro siguiente se presentan comparativamente distintos aspectos de los procedimientos comentados, pudiendo observar cómo la mayoría de los problemas derivados de la actual normativa concursal, se van corrigiendo, o al menos minimizando.

²⁵ Del mismo destacamos su considerando 2° que recoge que el buen funcionamiento del mercado interior exige que los procedimientos transfronterizos de insolvencia se desarrollen de forma eficaz y efectiva, siendo la adopción del presente reglamento, necesaria para alcanzar dicho objetivo.

ASPECTOS MÁS SIGNIFICATIVOS DE LOS PROCEDIMIENTOS MENCIONADOS

	SITUACIÓN ACTUAL	BORRADOR 1995	PROYECTO 2002
SOLICITUD	<p>*Existencia de procedimientos distintos para el deudor comerciante y no comerciante.</p> <p>*Existencia de procedimientos distintos para el comerciante:</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Suspensión de Pagos. ➤ Quiebras. (Activo Real<Pasivo Exigible). <p>*Solicitud: Suspensión: el deudor. Quiebra: el quebrado o los acreedores.</p> <p>*Documentación: <u>Suspensión de Pagos:</u> Balance detallado. Memoria de las causas. Proposición para el pago. Presentación de los libros. <u>Quiebra:</u> Balance general. Causas.</p>	<p>*Existencia de un único procedimiento para el deudor comerciante y no comerciante.</p> <p>*Dos procedimientos: Suspensión: para los casos de iliquidez. Concurso: para la insolvencia por incumplimiento de obligaciones y cuando el activo real es superior al pasivo exigible.</p> <p>*Solicitud: Suspensión: el deudor. Concurso: el deudor o sus acreedores.</p> <p>*Documentación: <u>Suspensión de Pagos:</u> Memoria. Inventario de bienes y derechos. Relación de acreedores. Relación de créditos y préstamos concedidos renovados o cancelados y otras operaciones sobre bienes inmuebles el año anterior. Certificación del auditor de que el Activo Real es manifiestamente superior al Pasivo Exigible. Cuentas Anuales, informe de gestión y de auditoría de los tres últimos ejercicios. <u>Concurso</u> Cuentas Anuales. Informe de gestión. Informe de auditoría. Memoria. Inventario general. <u>Relación de acreedores.</u></p>	<p>*Existencia de un único procedimiento para el deudor comerciante y no comerciante.</p> <p>*Existencia de un único procedimiento para las situaciones de insolvencia. *Se produce la insolvencia (art.2)</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Sobreseimiento de los pagos. ➤ Existencia de embargos. ➤ Abandono del administrador. ➤ Incumplimiento generalizado de sus obligaciones. ➤ Etc. <p>*Solicitud: el deudor o sus acreedores.</p> <p>*Documentación: ➤ Memoria. ➤ Inventario. ➤ Relación de acreedores. ➤ Cuentas Anuales. ➤ Informe de gestión. ➤ Informe de auditoría. ➤ Estados intermedios.</p>
SOLUCIONES PREVISTAS	<p>Para la Suspensión de Pagos: el convenio.</p> <p>Para la quiebra. La liquidación, es posible el convenio si la calificación de la quiebra es de 1ª o 2ª.</p>	<p>Para la suspensión: el convenio.</p> <p>Para el concurso, fundamentalmente la liquidación.</p>	<p>Dos soluciones previstas, convenio y liquidación.</p>
EFFECTOS SOBRE EL DEUDOR Y EXISTENCIA DE RETROACCIÓN	<p>En la suspensión de Pagos:</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Administra sus bienes. ➤ No existe retroacción. <p>En la quiebra:</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ La administración la realizan los síndicos y el quebrado pierde su capacidad de obrar ➤ Existe retroacción. 	<p>En la suspensión de pagos:</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Administra sus bienes. ➤ No existe retroacción. <p>El deudor en el concurso pierde su capacidad de obrar.</p>	<p>En concursos voluntarios el ejercicio de facultades patrimoniales del deudor se somete a intervención. En el concurso necesario se le suspende la capacidad de obrar. Se producen las acciones de reintegración.</p>
RECONOCIMIENTO DE CRÉDITOS	<p>Acreedores con acciones de dominio. Acreedores hipotecarios. Acreedores estatutarios. Acreedores comunes.</p>	<p>Acreedores principales. Acreedores ordinarios. Acreedores legalmente postergados</p>	<p>Créditos con privilegio especial. Créditos con privilegio general. Créditos ordinarios. Créditos subordinados.</p>
CALIFICACIÓN DE LA INSOLVENCIA	<p>Suspensión de pagos. Insolvencia fortuita. Insolvencia culpable. Insolvencia fraudulenta. Alzamiento de bienes.</p>	<p>Suspensión de pagos: Se calificará de culpable en caso de incumplimiento de convenio con dolo o culpa por parte del suspenso. Concurso: Fortuito. Culpable.</p>	<p>Fortuita. Culpable.</p>

Entre las conclusiones que se podrían extraer se destaca en primer lugar, que se solucionaría mediante la aprobación de alguno de estos anteproyectos el problema derivado de la obsolescencia y pluralidad legislativa existente en la actualidad, hecho que creemos no va a tener lugar en un breve plazo de tiempo.

Se observa igualmente el abandono de la óptica patrimonialista, y la evolución hacia un único procedimiento para las situaciones de insolvencia (en el anteproyecto de 2000), en cuya primera fase no sólo se determina la situación patrimonial del deudor sino que el órgano de administración judicial busca propuestas para la salida de la crisis.

Respecto del contenido informativo, aunque la información que debe ser suministrada, tanto en el Borrador como en el último proyecto estudiado, es mayor que la prevista en la actual regulación, pensamos que se mantiene el problema derivado de la presentación de las Cuentas Anuales redactadas en cumplimiento de los principios contables, aspecto al que nos dedicamos en el siguiente subapartado.

La reducción del número de privilegios y preferencias a efectos del concurso, ya observada en el Borrador, se hace más drástica en el proyecto.

También ha sido muy profunda la reforma relativa a la calificación de la insolvencia. En el Borrador se calificaba el concurso en culpable y fortuito en función de dos criterios, existencia o no de causación o agravamiento de la insolvencia concurriendo dolo o culpa y distintos supuestos en los que la calificación es puramente objetiva.

El último proyecto limita la calificación a supuestos muy concretos: convenios especialmente gravosos para los acreedores y apertura de la liquidación. En estos supuestos el concurso se califica de fortuito o culpable, reservando esta última calificación a aquellos casos en los que hubiera mediado dolo o culpa.

Se puede observar cómo algunas de las deficiencias planteadas en la actual regulación podrían solucionarse mediante la aplicación del último proyecto (u otro de contenido similar); lo que no queda tan claro, es si se corregirán los problemas derivados de la duración de los procesos concursales, o si por el contrario el coste de estos procesos y la pérdida de valor de los activos del deudor en los casos de liquidación, no van a verse reducidos mediante la implantación de este anteproyecto. Por otra parte, mantenemos la necesidad de especialización de los jueces encargados del procedimiento y la valoración de las distintas partidas (activos y pasivos) por sus valores de liquidación, olvidando los principios contables de general aceptación.

2.3.2. Anteproyecto de norma sobre información de empresas en suspensión de pagos. Propuesta del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas

Cuando el sujeto se encuentra en estado de suspensión de pagos, se dan unas condiciones especiales que motivan la incorporación a las Cuentas Anuales de ciertas informaciones específicas derivadas de dicha situación, hecho que justifica la reforma prevista.

En estas situaciones, las Cuentas Anuales de la empresa deberían incluir información suficiente sobre las circunstancias acaecidas, de tal manera que permitan reflejar la Imagen Fiel de su patrimonio, de su situación financiera y de sus resultados, es decir, las Cuentas Anuales se verán modificadas o completadas con respecto a las formuladas con carácter general por las empresas, con objeto de que el juez obtenga la información necesaria para adoptar una decisión. En este sentido, la solución planteada por el ICAC en la norma primera de su anteproyecto consiste en acompañar la solicitud de declaración con un balance de situación acompañado de notas que completen, amplíen y comenten la información del mismo. Se incluirán en particular los cambios significativos producidos entre la fecha de elaboración de la memoria y la solicitud de suspensión de pagos; los resultados de los cinco últimos ejercicios y las operaciones más significativas desde el último cierre o en los últimos seis meses, en concreto: los gastos desproporcionados en relación con ejercicios anteriores, las operaciones especulativas con pérdidas, operaciones de compraventa y con empresas vinculadas, ventas de bienes con pérdidas o a precios inferiores a los del mercado, garantías reales o personales prestadas, conciliación entre acreedores contables y los presentados al juez, proyección de cobros y pagos futuros, proyección de ingresos y gastos futuros.

El punto más polémico está situado en la elaboración del balance de situación, dándose en este sentido dos posiciones enfrentadas con respecto a la aplicación o no del principio de empresa en funcionamiento, lo que puede tener dos efectos fundamentales:

1º Afloración de las plusvalías tácitas existentes en determinados activos por ser el valor de mercado o de liquidación superior al contable.

2º Nacimiento de nuevas obligaciones derivadas de la liquidación de la empresa que pudieran provocar una situación de insolvencia definitiva.

La opinión del ICAC se basa en que la empresa trata de continuar con su actividad a pesar de estar atravesando, en el momento de la solicitud, una situación de falta de liquidez; y en este sentido, en la introducción del anteproyecto nos encontramos con las siguientes precisiones:

“...no parece que la información contable que deban suministrar las empresas al juez, es decir el balance, deba confeccionarse sobre la base de principios distintos a los que una empresa con situación normal deba observar. En particular, debe aplicarse el principio de empresa en

funcionamiento ya que la finalidad de la solicitud de la declaración de la suspensión es posibilitar la continuidad de la empresa y eludir la entrada en una etapa de liquidación.”

Esta opinión está siendo criticada por los defensores de la no-aplicación de este principio. Se basan en que la finalidad del balance de suspensión es la de apreciar a través del mismo la solvencia estática de la empresa, lo que no se apreciaría en un balance donde se hayan aplicado todos los principios y normas contables obligatorios. En este sentido Larriba Díaz-Zorita (1996, p. 822), mantiene la tesis defendida por AECA cuando afirma que el balance de suspensión es un auténtico balance de liquidación encaminado a determinar el valor del patrimonio a efectos de su liquidación global, ya que sólo así se apreciará si su activo es o no suficiente para la cobertura de todos los créditos.

En concreto en el Borrador sobre principios de contabilidad y normas de valoración aplicables en las suspensiones de pagos y quiebras de AECA se recoge que tanto en la suspensión de pagos como en la quiebra, el balance de suspensión es un estado financiero aislado que debe formularse a la fecha concreta de la solicitud de la misma; tiene carácter de estado financiero excepcional al estar orientado hacia una finalidad concreta y específica y la ley no le asigna ninguna otra finalidad, no constituyendo ni formando parte de las Cuentas Anuales.

En la Suspensión de Pagos este balance es de gran importancia porque sirve de base al juez para declarar de provisional o definitiva la insolvencia. Se establece en el art. 8 de la LSP que el deudor o los interventores deberán presentar el “balance definitivo”, sobre el que estos últimos redactarán un informe acerca de la exactitud del balance, del estado de la contabilidad del suspenso y las informalidades apreciadas en ella. Cuando en la Ley de Suspensión de Pagos se menciona el término “exactitud”, surgen dos interpretaciones, la primera que hace referencia a que el balance tenga concordancia con los registros contables y los justificantes, de acuerdo con la normativa legal vigente, y la segunda, tiene en cuenta la finalidad del balance de suspensión. Acertadamente afirma AECA que según esta interpretación, no serán aplicables estrictamente todos los principios y normas de contabilidad legalmente enunciados para la formulación de las Cuentas Anuales, que podrían distorsionar la información sobre todo si tenemos en cuenta a quien va dirigida y con qué finalidad.

En coherencia con la LSP, se producen tres períodos o momentos a tener en cuenta en la aplicación de principios y normas contables: uno previo a la suspensión en el que han debido ser aplicados estrictamente todos los principios y normas contables; el momento de la solicitud de suspensión, en el que se aporta un balance específico para su calificación legal y el posterior a la calificación, en el sentido de que una vez efectuada la misma, si se presume la continuidad de la empresa, las valoraciones empleadas en la formulación del balance no servirán para corregir las que figuren en la contabilidad, manteniéndose éstas, y si la calificación es de insolvencia definitiva no existe razón, ni causa, para retornar a la aplicación de los principios en régimen de continuidad

De la normativa aplicable a las quiebras se deduce que el quebrado deberá presentar un balance que servirá de base para apreciar la cobertura que los activos representan sobre el total de los pasivos exigibles, debiendo ser comprobado y rectificado por los síndicos hasta que el mismo alcance el resultado exacto de la verdadera situación de los negocios.

En cuanto a los principios aplicables, la consecución de la Imagen Fiel obligará a formular un balance específico en el que la información cuantificada de los elementos patrimoniales se ciña a valores de liquidación en las partidas de activo y de reembolso para el pasivo.

Para Martínez Churiaque (1990, pp. 105 y 106), es preciso que las empresas en crisis, y más aún, las que operan en sectores en declive, produzcan algún tipo de información financiera que ayude a enjuiciar el cumplimiento del principio de gestión continuada. Para ello propone la integración de este tipo de información en las Cuentas Anuales convencionales utilizando las notas o el anexo; continúa afirmando que los principios contables, y sobre todo el principio de prudencia, introducen cierto grado de pesimismo en los estados contables al recoger de forma distinta los beneficios y las pérdidas potenciales. Resolver la incertidumbre incorporando los datos sobre los riesgos latentes e ignorando los presuntos incrementos de riqueza, puede dar una imagen que perjudique la situación real de la empresa.

Gabás (1986, p. 629) considera que cuando el futuro de una empresa se torna incierto y la probabilidad de discontinuidad se hace muy alta, deben introducirse criterios valorativos de liquidación, tanto en activos como en pasivos, por el contrario, cuando no está prevista la discontinuidad de la entidad, ésta sigue en funcionamiento y no es preciso aplicar valores de liquidación; siendo para Gonzalo Angulo y Gabás (1990; pp. 36 y 37) el criterio aplicable el coste histórico, matizado por la prudencia valorativa en casos aislados.

En sentido contrario se manifiesta Gómez Martín (2000, p. 44) cuando refiriéndose al Anteproyecto de Ley Concursal de 2000 afirma que la aprobación de esta Ley sería la ocasión para que la nueva Ley concursal requiriera la presentación del balance, que respete la legislación contable vigente en la forma ordenada por el art. 35 del CCo. así como en su desarrollo reglamentario (PGC), particularmente lo dispuesto en la norma de valoración duodécima de su Cuarta Parte, lo que supone aceptación plena de la norma primera del ICAC.

El resto de las normas se centran en los siguientes aspectos: La norma segunda versa sobre el registro contable y valoración de las consecuencias derivadas de la aprobación del convenio con los acreedores, indicando cómo proceder en el caso de producirse una reducción del importe de las deudas o de sus intereses o en el de una prórroga en el vencimiento de la misma. La norma tercera trata el tema de la información a incluir en las Cuentas Anuales de las empresas en suspensión de pagos. La norma cuarta es la referente a las cuentas a utilizar.

2.4. OBLIGACIONES CONTABLES DEL SUJETO PASIVO DERIVADAS DE SU RELACIÓN JURÍDICO-TRIBUTARIA

El derecho financiero está considerado como una rama del derecho público que podemos definir desde un doble punto de vista: por razón del sujeto, es el conjunto normativo regulador de aquella administración que dentro del Estado tiene encomendada la exacción de los ingresos públicos y la gestión y distribución de los mismos y desde el punto de vista objetivo o material, se define como la actividad financiera realizada por el Estado, consistente en detraer los ingresos de las economías privadas para emplearlos o invertirlos en los gastos públicos.

El derecho tributario se encuadra dentro del derecho público y más concretamente como una rama en el sector financiero, pudiendo definirse como el conjunto de principios y normas de naturaleza jurídica que gobiernan la exacción efectiva de los tributos con arreglo al principio de legalidad.

La parte general del derecho tributario se corresponde básicamente con la LGT, abarcando los aspectos materiales del derecho tributario y los de naturaleza formal o procedimental. La parte especial del derecho tributario tiene un contenido determinado por las disposiciones específicas de cada tributo.

Dentro de este contexto podemos definir y diferenciar la relación jurídico tributaria y la tributaria.

La relación jurídico tributaria es una relación compleja en su contenido, existiendo numerosos vínculos, deberes y relaciones obligatorias. La tributaria, es la obligación establecida por ley, de entregar a un ente público a título de tributo una cantidad de dinero. En la relación jurídico-tributaria además de la tributaria, encontramos una serie de obligaciones accesorias (no pecuniarias), que acompañan a la principal, que vendría definida por el pago.

Éstas se establecen en el artículo 35 de la LGT que ofrece el catálogo de las obligaciones del sujeto pasivo en los términos siguientes:

- “1. La obligación principal de todo sujeto pasivo consiste en el pago de la deuda tributaria. Asimismo, queda obligado a formular cuantas declaraciones y comunicaciones se exijan para cada tributo.*
- 2. Están igualmente obligados a llevar y conservar los libros de contabilidad, registros y demás documentos que en cada caso se establezca; a facilitar la práctica de las inspecciones y comprobaciones y a proporcionar a la Administración los datos, informes, antecedentes y justificantes que tengan relación con el hecho imponible.*
- 3. Las obligaciones a que se refiere el número anterior en cuanto tengan el carácter de accesorias, no podrán exigirse una vez expirado el plazo de prescripción de la acción administrativa para hacer efectiva la obligación principal.”*

También en el art. 111 de la LGT encontramos una nueva obligación consistente en presentar a requerimiento de la Administración, datos, informes o antecedentes de naturaleza tributaria deducidos de sus relaciones financieras con otras personas.

Los deberes formales de los sujetos pasivos se vieron ampliados desde la Reforma Fiscal de 1978 en la que uno de los objetivos fundamentales fue la implantación del régimen de estimación directa como régimen general de determinación de bases imponibles. La forma de aplicar el método de estimación directa se basa en datos ciertos, lo que implica que los contribuyentes tienen la obligación de cumplir una serie de deberes formales: contabilidad, registros, ficheros, facturas, justificantes de gastos, etc. Mediante este régimen se trata de determinar de una manera directa, cierta, exacta, efectiva y real la capacidad contributiva de cada sujeto pasivo al realizar un determinado hecho imponible.

Una cuestión de gran importancia en el derecho tributario es la **delimitación del sujeto pasivo**.

Esta figura se encuentra regulada en el Capítulo II, Título II, arts. 30 y ss. de la LGT, en los que exclusivamente se engloban las figuras del contribuyente y del sustituto.

Reconoce también en este capítulo, otra figura que denomina “otros obligados”, entre los que incluye los responsables tributarios y los adquirentes de bienes afectos al pago de deudas tributarias, pero se omite cualquier referencia a otros importantes obligados que sí son objeto de enumeración y clasificación en el art. 10 del RGR en el que configura como deudores tributarios además de los anteriores, los retenedores y obligados a efectuar ingresos a cuenta, los sujetos infractores por las sanciones pecuniarias que les sean impuestas, los responsables solidarios y subsidiarios, los adquirentes de explotaciones y actividades económicas, y los sucesores en las deudas tributarias (*mortis causa* y en los supuestos de sociedades o entidades disueltas y liquidadas).

En consecuencia, como recoge Delgado (1999, pp. 877 y ss.), se observa cómo el concepto de sujeto pasivo o contribuyente en sus términos estrictos, no sirve para aglutinar la pluralidad de vínculos subjetivos existentes frente a la administración, por lo que prefiere acudir a otra figura, la de “obligado tributario”, más amplia que la anterior y a la que define como aquella persona a quien la ley impone el cumplimiento de una determinada obligación o deber de índole tributario, es decir, sujeto sometido a cualquier potestad establecida por las normas tributarias ya sean de contenido material o formal y con obligaciones pecuniarias o no pecuniarias.

Para finalizar hay que recoger la diferencia existente entre las figuras de sujeto pasivo y contribuyente, definiendo este último como aquella persona que según la norma jurídica deba soportar el tributo por ser titular de la respectiva capacidad tributaria, y como sujeto pasivo, a

quienes según la norma jurídica deben cumplir las obligaciones dimanantes de las exacciones de los tributos (punto sexto de la exposición de motivos de la LGT)

Se realiza a continuación un somero estudio de los deberes formales recogidos en las leyes y reglamentos de los distintos impuestos, en los que los preceptos que veremos a continuación muestran el modo de proceder del legislador tributario, que suele ser el de afirmar en el impuesto correspondiente la existencia de otros deberes contables que se especifican en los reglamentos de dichos impuestos.

2.4.1. En el impuesto de sociedades

En el punto primero del art. 139 de la Ley del Impuesto de Sociedades (LIS en adelante) se regulan las obligaciones contables de los sujetos pasivos del Impuesto de Sociedades. Se dispone en dicho precepto que:

“Los sujetos pasivos de este impuesto deberán llevar su contabilidad de acuerdo con lo previsto en el Código de Comercio o con lo establecido en las normas por las que se rigen”.

Las normas contables contienen las reglas y principios de contabilidad que determinan el resultado contable, mientras que las normas fiscales determinan la base imponible. Las normas fiscales parten de la existencia de un resultado contable al que corrigen para determinar la base imponible. Basándose en esto, la LIS realiza una remisión al derecho contable y mercantil para determinar la base imponible en el régimen de estimación directa.

Como una obligación adicional y a pesar de no venir recogida por el CCo, el Reglamento del Impuesto de Sociedades (RIS en adelante) establece como libros obligatorios de la contabilidad del empresario, además del libro diario y el de inventarios y balances, el libro mayor.

El caso de estimación indirecta sólo podrá darse en algunas circunstancias: cuando el sujeto pasivo no haya presentado su declaración o la presentada no permita la estimación directa, cuando ofrezca excusa, resistencia o negativa a la actuación inspectora, cuando haya incumplido sustancialmente sus obligaciones contables, o cuando por fuerza mayor se haya producido la desaparición de los libros y registros contables o de los justificantes de las operaciones anotadas en los mismos.

2.4.2. En el impuesto de la renta de las personas físicas

Es muy importante hacer una doble distinción, primero entre aquellos sujetos pasivos que determinan su base imponible en régimen de estimación directa, de los que la calculan mediante los métodos de estimación objetiva sea ésta por coeficientes, por signos, índices, o módulos; y segundo, habrá que diferenciar los sujetos pasivos que realizan actividades empresariales o profesionales, pues sus obligaciones están determinadas en función del grupo al que pertenezcan.

El único grupo que nos interesa con relación al tema tratado es el formado por sujetos pasivos de actividades empresariales con carácter mercantil y que declaren en régimen de estimación directa de bases.

Es este el grupo con mayores obligaciones contables y registrales, señalando la Ley del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas (LIRPF en adelante), en su art. 86 que los sujetos pasivos que desarrollen actividades empresariales:

1. “...estarán obligados a conservar, durante el plazo de prescripción los justificantes y documentos acreditativos de las operaciones, rentas, gastos, ingresos, reducciones y deducciones de cualquier tipo que deban constar en sus declaraciones.

2. A efectos de esta ley, los sujetos pasivos que desarrollen actividades empresariales cuyo rendimiento se determine en régimen de estimación directa, estarán obligados a llevar contabilidad ajustada a lo dispuesto en el Código de Comercio...

3. Asimismo los sujetos pasivos de este impuesto están obligados a llevar los libros o registros que reglamentariamente se establezcan, en la forma que se determine por el Ministro de Economía y Hacienda.

4. Reglamentariamente podrán establecerse obligaciones específicas de información de carácter patrimonial, simultaneas a la presentación de la declaración del IRPF o del Impuesto sobre Patrimonio, destinadas al control de las rentas o de la utilización de determinados bienes y derechos de los contribuyentes”

Las obligaciones contables establecidas en dicho artículo consisten fundamentalmente en la llevanza de la contabilidad ajustada a las formalidades previstas en la legislación mercantil.

2.4.3. En el impuesto del valor añadido

Las obligaciones contables se recogen en los arts. 62 a 70 del Reglamento del Impuesto del Valor Añadido (RIVA en adelante), donde se indica que los sujetos pasivos de este impuesto deberán llevar con carácter general unos libros registros a efectos del impuesto, sin perjuicio de otros establecidos por la ley para cada régimen especial de tributación. Esta información debe permitir determinar con precisión en cada periodo de liquidación el importe total del IVA repercutido a los clientes y el soportado por el sujeto pasivo por sus adquisiciones, importaciones de bienes o de servicios, e incluso los autoconsumos.

Los **libros registros** que hay que llevar son los que se mencionan a continuación:

Libro registro de facturas emitidas, en el que se deben anotar separadamente las facturas emitidas y documentos equivalentes (autofacturas) o sustitutivos (vales o tickets) de todas las operaciones sujetas al impuesto, especificándose que si en una misma factura existen operaciones que tributan a distintos tipos se anotará la misma en varios asientos correlativos.

Libro registro de facturas recibidas, en el que se anotan las facturas y documentos de aduanas de los bienes adquiridos o importados y de los servicios recibidos en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, incluso de operaciones no sujetas o exentas. También se

anotarán las facturas emitidas por los autoconsumos y los documentos equivalentes en el caso de inversión del sujeto pasivo y adquisiciones intracomunitarias. En el caso de recibirse una factura que tribute a distintos tipos impositivos, se operará de igual manera que en el libro anterior.

Libro registro de bienes de inversión, es únicamente obligatorio para los sujetos pasivos sometidos en IVA a la regla de la prorratea. Se anotarán individualmente los bienes de inversión adquiridos, independientemente de que se hayan anotado en el libro de facturas recibidas. Si los bienes de inversión se transmiten en el periodo de regularización, deberán darse de baja en el libro (indicando el asiento en el que se recoge la entrega y la regularización efectuada con motivo de la misma).

Libro registro de determinadas operaciones intracomunitarias, que reflejará el movimiento de los bienes objeto de estas operaciones.

Al margen de los plazos previstos para las anotaciones de las facturas en los libros²⁶, la llevanza de estos libros no está sometida a ningún formato especial, si bien deberá cumplir unos requisitos como claridad y exactitud en su confección, anotaciones por orden de fechas, sin espacios en blanco, raspaduras o tachaduras, con valores expresados en pesetas y con las páginas numeradas correlativamente.

Además de las obligaciones contables, en el Impuesto del Valor Añadido presentan una relevancia singular **los deberes de facturación**, que se hallan lógicamente conexos con los de naturaleza contable y registral²⁷, se recoge este deber en el art. 164.1. 3º de la Ley 37/1992, Ley del IVA (LIVA en adelante), que obliga a:

“...expedir y entregar facturas o documentos equivalentes de sus operaciones, ajustados a lo dispuesto en este título y conservar duplicado de los mismos”.

El desarrollo sobre la facturación se efectúa en el RD 2402/1985, de 18 de diciembre, por el que se regula el deber de expedir y entregar factura que incumbe a los empresarios y profesionales en todas las operaciones que realicen ya sea entrega de bienes, prestaciones de servicios o autoconsumos.

Las facturas deben cumplir unos requisitos mínimos tales como: contener el número y serie; nombre y apellidos o denominación social del emisor, número de identificación fiscal del

²⁶ Estos plazos son los siguientes:

Las facturas emitidas deberán anotarse antes de la finalización del plazo legal para realizar la liquidación y el plazo voluntario. En los casos en que no se emitan facturas o se expidan documentos equivalentes (autofacturas) o sustitutivos (vales), el plazo es de siete días a partir de la realización de las operaciones o expedición de los documentos, sin superarse el plazo general.

Las facturas recibidas deben anotarse por el orden en que se reciban y dentro del período de liquidación en que proceda efectuar su deducción.

En las ejecuciones de obra intracomunitarias y transferencia de bienes las anotaciones deben efectuarse en el plazo de siete días desde el momento del inicio de la expedición o transporte de los bienes.

expedidor y destinatario, descripción de la operación, y lugar y fecha de su emisión. Además, la emisión de las facturas deberá ser correlativa, hecho que resulta de gran importancia porque es una medida tendente a evitar fraudes.

Pueden emplearse tickets o vales numerados en lugar de las facturas en los casos previstos en el RD 1811/1994 de 2 de septiembre (que modifica el RD 2402/1985) y siempre que su importe no supere las 500.000 ptas., pero cuando le sean requeridas por el destinatario, el sujeto pasivo estará obligado a emitir factura completa.

Los sujetos pasivos sólo pueden emitir un duplicado de la factura, o de los tickets o vales, si en una misma operación existen varios destinatarios o en los casos de pérdida del original. Los duplicados, en los que figurará la expresión “duplicado”, tienen la misma eficacia que los documentos originales. Las copias de las facturas deberán conservarse hasta el período de prescripción del derecho de la administración para determinar las deudas tributarias de las operaciones correspondientes.

2.5. REGULACIÓN DE LA AUDITORÍA DE CUENTAS

Se define auditoría de cuentas como la revisión y verificación de documentos contables siempre que aquella tenga por objeto la emisión de un informe que pueda tener efectos frente a terceros. Las encargadas de su regulación son fundamentalmente la Ley y el Reglamento de Auditoría de Cuentas recogiendo distintas obligaciones relativas no sólo a la verificación y revisión de la contabilidad, sino también a las incompatibilidades y responsabilidades del auditor en el ejercicio de su actividad.

En cuanto a las empresas que deben someter sus estados contables a una auditoría, la disposición adicional primera de esta la citada Ley de Auditoría enumera que son aquellas que coticen sus títulos en cualquiera de las Bolsas Oficiales de Comercio; que emitan obligaciones en oferta pública; que se dediquen de forma habitual a la intermediación financiera, incluso comisionistas, agentes de Cambio y Bolsa y en todo caso empresas o entidades financieras que deban estar inscritas en los correspondientes registros del Ministerio de Economía y Hacienda y del Banco de España; que tengan por objeto social cualquier actividad sujeta a la Ley 33/1984 de ordenación del Seguro privado, dentro de los límites que reglamentariamente se establezcan; que reciban subvenciones, ayudas o realicen obras, prestaciones o servicios o suministren bienes al Estado y demás Organismos Públicos dentro de los límites que reglamentariamente se fijen. Además, están sometidas a auditoría aquellas empresas, incluidas sociedades cooperativas y demás entidades, que superen dos de los tres límites que reglamentariamente se establece, y que a partir del Real Decreto 572/1997 de 18 de abril son:

²⁷ Es más, los tipos penales relativos a este impuesto aparecen configurados, en mayor medida en torno al fraude en la emisión y recepción de facturas, que en torno a la contabilidad.

- Activo superior a 3.125.000 euros.
- Importe neto de la cifra de negocios superior a 6.150.000 euros.
- Número medio de trabajadores en el ejercicio mayor de 50 personas.

Obligaciones relativas a la verificación y revisión.

Todo lo relativo a los informes de auditoría se encuentra regulado con carácter general en los artículos 2 de la LAC y 4 y 5 del RLAC y ampliamente desarrollados en el apartado tercero relativo a los “Informes”, de las Normas Técnicas de Auditoría (NTA en adelante), en las que se especifican las características y el contenido de los informes y se proponen los modelos normalizados a utilizar por los auditores en el desarrollo de sus trabajos. En nuestro caso resulta de especial importancia la Norma Técnica de Auditoría sobre errores e irregularidades y la Norma Técnica de Auditoría sobre cumplimiento de la normativa aplicable de 6-VII-2001 a las que nos referiremos al final de este epígrafe.

La LAC en el punto 2º del art. 2 contiene la obligación del auditor de manifestar en el informe de forma clara y precisa, su opinión sobre los siguientes extremos:

- a) *Si las Cuentas Anuales examinadas expresan la Imagen Fiel del patrimonio, resultados de la empresa o entidad auditada o, en su caso, las razones por las que no lo expresan.*
- b) *Si se han preparado y presentado de conformidad con los principios y normas contables que establece el ICAC. El auditor deberá indicar de modo individualizado los principios contables que no se hubieran aplicado.*
- c) *Si dichos principios y normas han sido aplicados uniformemente respecto a los ejercicios precedentes.*
- d) *Si la no aplicación de uno o varios principios o normas se considera procedente en el marco de la Imagen Fiel.*
- e) *Sobre los acontecimientos que se hubieren producido entre la fecha de cierre del ejercicio y la de realización del informe y que pudieran tener repercusiones en la marcha de la empresa o de la entidad auditada.*

Contenido similar se recoge en el art. 209 del TRLSA que establece taxativamente que el informe a emitir es un documento que deberá contener observaciones, acerca de las eventuales infracciones de las normas legales o estatutarias o, sobre cualquier hecho que suponga riesgo para la situación financiera que hubieran comprobado. Aunque no tuviera que formularse ninguna reserva como consecuencia de la comprobación realizada, también deberá expresarse este hecho en el informe.

La mención sobre las eventuales infracciones de las normas legales o estatutarias que hubiera comprobado en los libros de contabilidad, las Cuentas Anuales o el Informe de Gestión, encuentra su correspondencia en el artículo 5.1 del RLAC donde se establece que en el informe de auditoría se deberá dar información entre otros extremos, de las eventuales infracciones de las

normas legales o estatutarias que se hubieran comprobado durante la realización de los trabajos y que puedan tener relevancia en la Imagen Fiel que deben mostrar las Cuentas Anuales.

Un problema que se les plantea a los auditores es qué decisión tomar ante la detección de información fraudulenta basada en sospechas de fraude y no en hechos demostrados. En muchos países se recomienda que el auditor comunique sin tardanza todo hecho fraudulento detectado durante la auditoría, salvo cuando el auditor sospeche que la dirección o los administradores puedan estar implicados en el fraude (López Combarros; 1998, pp. 28 y ss.).

Recoge el mismo autor (1998, p. 29) que en la Ley 13/1992, de 1 de julio de recursos propios y supervisión en bases consolidadas de las entidades financieras se añade a la disposición final primera de la ley de Auditoría de Cuentas el siguiente párrafo:

“...cuando los auditores de cuentas conocieran y comprobaran la existencia de presuntas irregularidades o situaciones que puedan afectar gravemente a la estabilidad, solvencia o continuidad de la entidad auditada, emitirán de forma inmediata el correspondiente informe de auditoría de Cuentas Anuales quedando la entidad auditada obligada a remitir copia del mismo al Banco de España, la CNMV. o la Dirección General de Seguros. Si en el plazo de una semana el auditor no tuviera constancia fehaciente de que se ha producido dicha remisión, deberá enviar directamente el informe al citado órgano o institución”.

La posición del auditor respecto de los fraudes cometidos en las empresas que audita no es cómoda. Como comentan Urías y Blasco (1997, p. 135), si se descubren actuaciones irregulares de los ejecutivos y el informe no menciona nada, difícilmente la opinión pública aceptará esas omisiones, pero si la mención no se confirma en los Tribunales, el auditor puede quedar en una situación desairada y ser objeto de posibles demandas de responsabilidad.

Normas para el ejercicio de la actividad de auditoría.

Están establecidas en el capítulo II de la LAC, pudiendo destacar:

Primero, las obligaciones de todo auditor en el transcurso de su auditoría que consisten en:

(1) La realización de una auditoría contratada en firme. (2) Emisión en el plazo de tiempo previsto por la ley, de un informe cuyo contenido sea acorde con las pruebas obtenidas por el auditor. (3) Cumplimiento de las normas técnicas de auditoría. (4) Deber de secreto profesional, no utilizando en beneficio propio o ajeno la información obtenida en el ejercicio de su trabajo. (5) Remisión al ICAC de los datos que se requieren en el ejercicio de sus funciones. (6) Aceptación de trabajos de auditoría de cuentas que no superen la capacidad anual media en horas del auditor de cuentas. (7) Respecto de la realización de las pruebas, se llevarán a cabo con arreglo a las Normas Técnicas de Auditoría.

Y segundo, el requisito de incompatibilidad que tras la modificación dada por el art. 51 de la Ley de Medidas de Reforma del sistema Financiero, recoge que el auditor deberá ser y parecer independiente, debiendo abstenerse de actuar cuando su objetividad en relación con la verificación

de documentos pudiera verse comprometida. En el punto segundo de este artículo recoge que el encargado de velar por este deber de independencia es el ICAC y proporciona un listado de supuestos de incompatibilidad, entre otros: ostentar cargos directivos, de administración, de empleo,... que posea, directa o indirectamente, más del 20% de los derechos de voto, tener interés financiero en la entidad, existencia de vínculos de consanguinidad o afinidad con el empresario, los administradores, responsables del área económica-financiera, llevanza o preparación de los documentos contables, prestación por el socio firmante del informe de servicios distintos del de auditoría, percepción de honorarios derivados de la prestación de servicios de auditoría y distintos del de auditoría a un solo cliente, siempre que constituyan un porcentaje indebidamente elevado del total de los ingresos anuales del auditor,...

Finalmente se debe mencionar que el trabajo de los auditores no está específicamente destinado a detectar irregularidades de todo tipo e importe que hayan podido cometerse y por lo tanto no puede esperarse que sea uno de sus resultados; no obstante, como recoge la NTA de errores e irregularidades, deberán planificar su examen teniendo en cuenta esta posibilidad. Tampoco entre sus funciones está la de predecir sucesos futuros, por lo que un informe limpio no constituye una garantía de la capacidad de la empresa para continuar con su actividad. Lo que sí tienen como obligación es comunicar a la Dirección, al Comité de Auditoría, o cuando lo consideren necesario a los Administradores, las debilidades significativas de control interno identificadas en el curso de su trabajo como consecuencia del estudio y evaluación de dicho sistema. No debe olvidarse que la implantación y mantenimiento del sistema de control interno es responsabilidad de la entidad y no del auditor. Son estos los aspectos en los que se centran las Normas Técnicas de Auditoría que brevemente describimos a continuación.

2.5.1. Norma Técnica de Auditoría sobre errores e irregularidades

Su objeto es establecer los procedimientos que ha de aplicar el auditor, así como delimitar su responsabilidad en la detección de errores e irregularidades que afecten significativamente a la Imagen Fiel de las Cuentas Anuales, y en consecuencia su efecto en el informe de auditoría, su comunicación a la dirección y en su caso a los organismos reguladores.

Para ello, recoge que el auditor debe planificar su trabajo teniendo en cuenta que pueden existir errores e irregularidades con efecto significativo (la diferencia entre ambos se establece en la intencionalidad) y que la existencia de sistemas de contabilidad y procedimientos de control interno reducen la posibilidad de errores e irregularidades en las Cuentas Anuales, sin embargo, debe plantearse la posibilidad de que no funcionen correctamente. A este riesgo se une el riesgo de auditoría consistente en que errores e irregularidades significativos no sean detectados por el auditor, que será mayor si se han cometido irregularidades que conllevan actuaciones tendentes a ocultarlas.

En este sentido se tendrán en cuenta circunstancias, condiciones o hechos que incrementen el riesgo de errores e irregularidades, tales como:

- Integridad y competencia de la dirección.
- Presiones no usuales tanto internas como externas a la sociedad.
- Transacciones no habituales.
- Problemas de obtención de evidencia suficiente y adecuada.

Basándose en esto, el auditor debe diseñar los procedimientos de auditoría necesarios para obtener seguridad razonable de que las irregularidades y errores significativos que pudieran existir en las Cuentas Anuales, se detectan adecuadamente.

2.5.2. Norma Técnica de Auditoría sobre cumplimiento de la normativa aplicable a la entidad auditada

De esta norma se destacan los siguientes aspectos:

Se entiende por normativa aplicable el conjunto de disposiciones cualquiera que sea su rango, a las que se halla sujeta la entidad auditada, ya sea con carácter general, específico o sectorial, es decir, cualquier norma jurídica que obliga a la sociedad ya sean contables, mercantiles, fiscales, laborales, locales, autonómicas..., constituyendo incumplimiento cualquier acción u omisión contraria a la normativa aplicable cuyo sujeto pasivo sea la sociedad.

En el informe se tendrán en cuenta los incumplimientos que, de acuerdo con la NTA de importancia relativa, puedan tener relevancia en la Imagen Fiel, teniéndose en cuenta únicamente los incumplimientos legales que por su importancia afectan a las Cuentas Anuales.

Aunque es responsabilidad de los administradores y no de los auditores asegurar que la actividad se realiza de acuerdo con la normativa aplicable, el auditor deberá ser consciente de que, incluso ejecutando la auditoría de acuerdo con las Normas Técnicas, persiste el riesgo de que no se detecten todos los incumplimientos; en este sentido deberá tenerse en cuenta que existen incumplimientos que no tienen por qué tener efectos significativos en las Cuentas Anuales; que algunos incumplimientos no se detectan a través del control interno contable; que existen limitaciones propias de los procedimientos de auditoría; que el trabajo del auditor tiene por finalidad obtener una evidencia suficiente y adecuada y no una certeza absoluta y que los incumplimientos suelen ir acompañados de conductas tendentes a la ocultación.

3. RECOMENDACIONES

En el ámbito empresarial y financiero internacional existía desde hace mucho tiempo una gran inquietud por el bajo nivel de confianza que los usuarios de la información contable depositaban en ella. A esta situación se le unió una crisis empresarial que generó quiebras en muchas empresas y críticas a los consejeros de administración por falta de control eficaz sobre asuntos tales como el aumento de la remuneración de los directivos en empresas con importantes pérdidas, manipulaciones contables, etc.

Ante estos hechos, los usuarios de la información contable demandaban que la auditoría asumiera un papel tal, que protegiese sus intereses ofreciéndoles garantías respecto a: la exactitud de los estados financieros; la solvencia de la empresa; la existencia de fraudes; el respeto por parte de la sociedad de sus obligaciones legales y el comportamiento responsable en los asuntos medioambientales y sociales.

Todo lo anterior provocó la aparición de códigos de conducta que perseguían la delimitación de las obligaciones y consecuentemente responsabilidades, tanto del consejo de administración como de los auditores.

En este sentido se recoge a continuación alguno de estos códigos: “*El informe y Código de Buen Gobierno*”, conocido como informe Olivencia y el documento sobre “*Función, posición y responsabilidad civil del auditor legal en la Unión Europea*” o Libro verde.

3.1. LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

En España en 1997 el Consejo de Ministros acordó crear una Comisión Especial a la que se encargó la redacción de un informe sobre la problemática de los Consejos de Administración de las sociedades que acuden a los mercados financieros y la elaboración de un código ético de buen gobierno. Dicha comisión, presidida por D. Manuel Olivencia entregó en 1998 al Gobierno, “*El informe y Código de Buen Gobierno*”, conocido como “Informe Olivencia”, documento que está en la línea de los informes Cadbury²⁸, Hampel (1997 y 1998), sobre el gobierno corporativo,

²⁸ En 1991 se creó en el Reino Unido un comité formado por la bolsa de Londres, la profesión contable y auditora y el Consejo de Información Financiera, para abordar los aspectos financieros y de gobierno corporativo de las empresas. El resultado de su trabajo el “Informe sobre aspectos financieros y del gobierno de las empresas” más conocido como Informe Cadbury, que era el nombre del presidente del comité, aparece publicado en diciembre de 1992.

Ya en el informe Cadbury se recomendaba que el consejo estuviera constituido por miembros ejecutivos y miembros externos no ejecutivos y a estos últimos les otorgaba una importancia capital diciendo que debían aportar a la compañía un juicio independiente sobre la estrategia empresarial, nombramientos clave, normas de conducta y aspectos económico-financieros. Este informe fue posteriormente revisado por el *Hampel*

Greenbury (1995) sobre remuneración de los directivos y Turnbull (1999) sobre el control interno en el Reino Unido, Viennot en Francia, Peters en Holanda, Preda en Italia, etc..

3.1.1 El informe sobre el consejo de administración y el código de buen gobierno: *El Informe Olivencia*

En líneas generales el contenido del informe podría resumirse en los apartados siguientes:

1º La función de supervisión

En el mismo se configura al Consejo de Administración como un instrumento de supervisión y control, dirigido a alinear los planes de quienes gestionan la sociedad con los intereses de quienes aportan los recursos y soportan el riesgo empresarial. Con la función de supervisión se persigue orientar la política de la compañía, controlar las instancias de gestión y servir de enlace con los accionistas.

Recomienda la comisión que el consejo asuma las responsabilidades relativas a: aprobación de las estrategias generales; nombramiento, retribución y destitución de los altos directivos, control y evaluación de la gestión de los directivos, identificación de los riesgos de la sociedad e implantación y seguimiento de los sistemas de control interno y de información adecuados y determinación de las políticas de información y comunicación con los accionistas, los mercados y la opinión pública.

El fin que debe perseguir la administración de la sociedad es, según este informe, la creación de valor para el accionista respetando las exigencias impuestas por el derecho, cumpliendo de buena fe las obligaciones contractuales explícitas e implícitas y, en general, observando aquellos deberes éticos que razonablemente sean apropiados para la responsable conducción de los negocios.

2º Composición del Consejo de Administración

Con respecto a este tema se realizan recomendaciones tanto de índole cualitativa como cuantitativa. Cualitativas, en tanto en cuanto definen la figura del consejero independiente, que no es otro que el encargado de hacer valer en el consejo los intereses del capital flotante, no están vinculados con el equipo de gestión ni con los núcleos accionariales de control que más influyen, pero que además posea características tales como experiencia, competencia y prestigio profesional. Por otra parte consideran conveniente que formen parte del consejo las personas más significativas del equipo de gestión al tiempo que se recomienda que una amplia mayoría de los miembros del consejo sean consejeros externos, grupo este último que incluye tanto los consejeros independientes como los que denomina dominicales (los vinculados al grupo de accionistas de

Committee que en enero de 1998 emitió su informe definitivo mejorando el anterior en dos aspectos de gran importancia, los relativos al control interno y a los riesgos de dirección.

control o significativos). La composición numérica del grupo de consejeros, no sólo debe estar acotada tanto en su número mínimo como máximo (recomiendan entre 5 y 15) sino que además la relación entre los consejeros independientes y los dominicales debería establecerse teniendo en cuenta la relación existente en el accionariado.

3º Funciones del Consejo

Además de potenciar las figuras y funciones del presidente y secretario²⁹, se recomienda la creación de distintas comisiones delegadas como la *Comisión de auditoría* (encargada de evaluar el sistema de verificación contable, velar por la independencia del auditor externo y revisar el sistema de control interno); la *Comisión de nombramientos* (encargada de cuidar la integridad del proceso de selección de los consejeros y altos ejecutivos de la compañía, en el mismo, el sistema de designación debe dirigirse a garantizar la debida representatividad del Consejo y la competencia, solvencia y experiencia de las candidaturas seleccionadas, con extremo cuidado respecto de la independencia de los consejeros independientes); la *Comisión de retribuciones* (cuya misión es auxiliar al Consejo en la determinación y supervisión de la política de remuneraciones de los consejeros y altos ejecutivos de la sociedad); la *Comisión de cumplimiento* (que vigila la observancia de las reglas que componen el sistema de gobierno de la compañía, revisa periódicamente sus resultados y eleva al Consejo las propuestas de reforma). El papel de estas comisiones es informativo y consultivo pero para conseguir que realicen una función eficaz informando con fiabilidad y rigor, será conveniente una regularidad en su funcionamiento y una cierta independencia en su composición, para ello deberá nutrirse única y exclusivamente con consejeros externos y guardando la relación entre independientes y dominicales vista con anterioridad. El número mínimo aconsejable es de tres personas.

4º Funcionamiento del Consejo

Se plasma en la celebración de las reuniones -sesiones- que deberían ser realizadas tomando las medidas necesarias para asegurar que todos los consejeros hayan tenido acceso, antes de las reuniones, a la información relevante y que dicha información les haya llegado con la antelación debida, además no es suficiente la información financiera de tipo histórico, sería igualmente conveniente proporcionarles otra información de carácter cualitativo y previsional. El Consejo además debería evaluar su funcionamiento al menos una vez al año, valorando la calidad de sus trabajos y la eficiencia de sus reglas.

²⁹ Las funciones del presidente deberían consistir además de formular el orden del día y dirigir las reuniones, velar por que los miembros del Consejo reciban la información necesaria, participen de manera activa y se comprometan en sus tareas, en líneas generales, promover el buen funcionamiento del consejo. Por su parte el secretario deberá facilitar el buen desarrollo de las funciones del Consejo; velar por la legalidad formal y material de las actuaciones del Consejo y garantizar que sus procedimientos y reglas de gobierno son respetadas y regularmente revisadas.

La retribución de los Consejeros es un tema de capital importancia en el buen gobierno de la compañía y legítima preocupación para los accionistas, lo que la motiva suficientemente a la comisión para que recomiende la constitución de una comisión de retribuciones encargada de proponer el sistema y la cuantía de las retribuciones anuales de los consejeros; revisar periódicamente los programas de retribución y velar por la transparencia de las retribuciones.

5º Los deberes de diligencia y lealtad

Las principales obligaciones derivadas del deber de diligencia consisten en informarse y preparar adecuadamente las reuniones del consejo y de los órganos delegados a que pertenezca el consejero; asistir a las reuniones y participar activamente en las deliberaciones a fin de que su criterio contribuya efectivamente a la toma de decisiones; realizar cualquier cometido específico que, dentro de su compromiso de dedicación, le encomiende el Consejo; trasladar cualquier irregularidad en la gestión de la compañía de la que haya tenido noticia; y vigilar las situaciones de riesgo que se pudieran presentar.

Respecto del deber de lealtad, uno de los aspectos más descuidados es el establecimiento de reglas claras para afrontar las situaciones de conflicto de intereses (entre la sociedad y los consejeros), en este sentido la comisión entiende que deberían establecerse al menos dos reglas: que el consejero se abstenga de asistir e intervenir en las deliberaciones que afecten a asuntos en los que se halle interesado y la necesidad de limitar y rodear del máximo de cautelas la realización por vía directa o indirecta de transacciones profesionales o comerciales entre el consejero y la compañía, porque pueden resultar peligrosas para el fin social.

Además, las reglas de funcionamiento interno deberían recoger expresamente las obligaciones de discreción (sobre secreto profesional y de revelación de información) y de pasividad (no hacer uso de la información reservada de la compañía para fines privados). También la imposibilidad de usar para fines privados los activos sociales e impedir a los consejeros aprovechar en beneficio propio o de sus allegados una oportunidad de negocio que corresponda a la sociedad. El deber de lealtad implica también la obligación del consejero de revelar las situaciones personales relativas a participaciones, puestos desempeñados, etc. hecho que debería estar recogido en la normativa interna de la compañía.

6º Relación del Consejo de Administración con los accionistas, mercados y auditores

La Junta General como instrumento de control y decisión está obligada a tomar muchas decisiones estructurales, pero se encuentra con una situación en la que la mayor parte de los accionistas se desentiende de estas tareas. Este hecho si bien es comprensible a causa de los problemas de “apatía racional” (el coste de participar es superior al rendimiento que puede obtenerse) y de “acción colectiva” (no es posible coordinar las iniciativas individuales de los accionistas dispersos por lo que no hay incentivos para realizar esfuerzos que fundamentalmente aprovecharán otros), debería ser tenido en cuenta e intentar solventarlo mediante la adopción de

medidas que estimulen la participación de los accionistas (comités de accionistas, primas de asistencia, etc.) pero también aquellas otras que busquen la efectividad del control de los accionistas, tales como: hacer más transparente el mecanismo de delegación de votos, acentuar la comunicación de la sociedad con sus accionistas (a través de reuniones, oficinas permanentes de información, etc.) y estimular la actividad de aquellos accionistas que más pueden contribuir al control de la gestión: los inversores institucionales (fondos de inversión, pólizas de seguros,...son agentes de gran importancia porque los intereses de sus afiliados o partícipes coinciden en buena medida con los intereses de los accionistas ordinarios, debido a esto el consejo debe propiciar políticas de comunicación con ellos que les permita articular sus estrategias empresariales y de gobierno).

En sus relaciones con el mercado, la Comisión recomienda que el Consejo de Administración ofrezca información inmediata y suficiente, no sólo sobre los hechos relevantes capaces de influir en la formación de los precios en bolsa, sino también sobre aquellos que afecten a la estructura de propiedad de la sociedad (variaciones de las participaciones significativas, pactos de sindicación,...); que entrañen una modificación sustancial de las reglas de gobierno; que versen sobre operaciones vinculadas o que se refieran a los fondos propios de la sociedad y sobre todo en este punto las relativas a la autocartera. Además recomienda que la información financiera intermedia se elabore de acuerdo a los mismos principios, criterios y prácticas profesionales con que se elaboran las Cuentas Anuales y que sea objeto de examen y revisión por la Comisión de Auditoría.

Por último y dada la importancia de la auditoría de cuentas, se recomienda al Consejo que tome las medidas necesarias para asegurar que los auditores realicen su trabajo convenientemente y, en especial, libres de interferencias de la línea ejecutiva, así como que garanticen la independencia mediante la verificación del grado de diversificación de la auditora, que se abstengan de contratar aquellas firmas en las que los honorarios representen un porcentaje significativo de sus ingresos totales.

Para conseguir esto, propone el cumplimiento del Código de buen gobierno que contiene veintitrés recomendaciones cuyo contenido deriva del informe anterior y con cuyo seguimiento se pretende conseguir los objetivos marcados en este mismo informe.

A pesar de las buenas intenciones en la redacción de este informe, estamos de acuerdo con Blasco (1999, pp. 32 y ss.), que efectúa una dura crítica del mismo poniendo de manifiesto algunas de sus principales deficiencias.

Opina que el informe de la Comisión Olivencia no representa ninguna innovación legislativa pues no modifica ninguna norma existente. Tan sólo debe considerarse como un catálogo de ideas y consejos vagos e imprecisos que no consiguen salvaguardar los diferentes

intereses que confluyen en las empresas y evitar que se produzcan conductas irregulares y fraudulentas en el seno de sus consejos de administración.

Afirma que además de quedarse corto en la realización de recomendaciones sobre la auditoría de cuentas y los auditores, no trata temas de tanta importancia como la inclusión de nuevos párrafos sobre la evolución futura de la sociedad, la actuación a seguir por los auditores ante las prácticas irregulares, o su asistencia a la Junta General de Accionistas para responder a preguntas referidas al contenido de su informe, sobre su incompatibilidad para realizar determinados trabajos o para valorar las ventajas e inconvenientes del sistema de rotación recientemente suprimido.

Destaca la introducción de la figura del consejero independiente, definida como una persona preparada, técnica, con experiencia, ajena a los intereses y luchas que puedan darse en el seno de la compañía, en definitiva alguien capaz de guiar sus actuaciones sólo en función de los intereses de la empresa en sí y del proyecto empresarial que de ella se deriva. A este respecto y a modo de crítica se pregunta cómo es posible encontrar estos candidatos, cuando todavía no se ha encontrado la mejor forma de garantizar la independencia de los auditores externos.

Omite incluir recomendaciones indispensables para que la figura del consejero independiente pueda ser creíble y cumpla con un mínimo de eficacia, es decir, olvida aspectos como el sistema de nombramiento, características y perfil de los candidatos, incompatibilidades y duración del mandato. Igualmente opina que es más interesante avanzar en la línea de facilitar la elección democrática y sin presiones de los administradores, asegurando una neutralidad escrupulosa del consejo y de los ejecutivos de la empresa.

Otro punto de crítica es la regulación de las comisiones de auditoría a las que define de genéricas y minimalistas, dejando demasiados aspectos sin recomendaciones concretas.

3.1.2 Grado de cumplimiento de las recomendaciones del informe Olivencia a partir de los resultados de las encuestas enviadas por la CNMV³⁰

Para comprobar el seguimiento de este Código, una segunda comisión Olivencia promovió dos encuestas en el año 2000, dirigidas a expertos y a accionistas, con distintos resultados acerca del conocimiento del Informe y Código Olivencia. Si bien era conocido y valorado favorablemente por el grupo de expertos, sin embargo, los accionistas apenas los conocían. La opinión mayoritaria para ambos grupos era que en la práctica, la información proporcionada por las sociedades cotizadas a los mercados e incluso a sus accionistas, era insuficiente, generando esta falta de

³⁰ Obtenidos a partir del análisis de los resultados del cuestionario, realizado por el área de seguimiento de la dirección general de mercados primarios de la CNMV

transparencia conflictos de intereses y el uso de información privilegiada por parte de algunos directivos y consejeros en detrimento de la sociedad, igualmente dudaban de la independencia real del “*consejero independiente*”.

Paralelamente, la Comisión Nacional del Mercado de Valores realizó unas encuestas mediante las cuales, con las limitaciones que se comentarán en los siguientes apartados de esta comunicación, pretendía observar el grado de cumplimiento de las sociedades a las recomendaciones del Código de Buen Gobierno en los ejercicios 1999, 2000 y 2001, cuyos resultados podrían calificarse de inciertos.

En líneas generales podríamos destacar que el incumplimiento, según parece, ha sido mayor respecto de las recomendaciones relativas a la transparencia en las remuneraciones; al nombramiento de los miembros del consejo (lo que hace dudar de su independencia), a la creación de comisiones de control y la relativa a las edades de jubilación. Por otra parte es destacable que el grado de cumplimiento resulte mayor para las entidades privatizadas y las que han salido a bolsa desde la publicación del Código, hecho que podría estar impulsado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV en adelante) que exige el pronunciamiento expreso sobre el grado de cumplimiento de las recomendaciones en los folletos de emisión.

Se realiza en este apartado un análisis basado en el grado de cumplimiento de las recomendaciones del informe Olivencia, para ello debemos recoger previamente algunos comentarios que extraídos de los propios análisis de los resultados, resultan imprescindibles a la hora de obtener conclusiones acerca de los mismos.

- ◆ Se advierte en los resultados que se trata de un análisis meramente estadístico realizado a partir de los datos recibidos, sin valorar si las respuestas se ajustan o no a la realidad.
- ◆ No se tienen en cuenta las observaciones o justificaciones que se hacen respecto del “no seguimiento” o “seguimiento parcial” de las recomendaciones en cada entidad, en este sentido también se recoge como es la valoración realizada de las respuestas: (1) cuando se aplica; (0,5) cuando se aplica parcialmente y (0) cuando no se aplica.
- ◆ No se verifica el contenido de los cuestionarios, pero si realiza las comprobaciones necesarias para evitar omisiones o errores formales.

Resumen de los resultados obtenidos

Respecto de los resultados obtenidos, recogidos en su mayor parte de lo que erróneamente se denomina en los análisis: “Principales Conclusiones” (donde se mezclan, información acerca de la muestra, resultados y alguna medida propuesta para conseguir el cumplimiento generalizado de algunas recomendaciones, y siempre teniendo presente los comentarios anteriores podemos observar

además del grado del cumplimiento, su evolución en los tres años que constituyen el período de estudio.

a) Número de empresas que responden al cuestionario.

	TOTAL	IBEX 35	MDO CONTIN	CORROS
1999	61 (cuestionario) +22 (memoria) 16 en ambas	24 (69% IBEX 35)	33 (28% Mdo Cont)	4
2000	67 (cuestionario) +18 (memoria) 21 en ambas	27 (77% IBEX 35)	33 (32% Mdo. Cont)	7
2001	59 (cuestionario) +20 (memoria) 19 en ambas	20 (57%IBEX 35)	31 (30% Mdo Cont)	8

b) Nivel de cumplimiento.

Los valores medios de seguimiento de las sociedades que han contestado al cuestionario, sobre un valor máximo de 23 puntos, han sido 20 para 1999; 19 puntos para 2000 y 19,6 puntos en el año 2001.

En el año 1999: hay dos entidades que cumplen las recomendaciones al 100%, se elevan a cinco en el año 2000 y a ocho en 2001.

El cumplimiento reducido (menos de la mitad para 2000 y dos terceras partes de las recomendaciones) ha sido realizado por dos entidades en 1999; cinco en 2000 y nueve en 2001.

Además de la vigésimo tercera (cumplimiento del 100%), las recomendaciones más seguidas en 1999 han sido la sexta (que se dote de relevancia al secretario del consejo) y la vigésimo segunda (que las cuentas se presenten sin salvedades y, si esto no es posible que se explique a los accionistas); en los años 2000 y 2001, la vigésimo segunda, la décima (sobre la frecuencia de las reuniones, fomento de las intervenciones y evaluación de la calidad y eficiencia de sus trabajos) y la decimonovena (sobre el suministro de información rápida, precisa y fiable a los mercados).

Respecto de las menos seguidas son:

La decimoquinta (relativa a la remuneración de los Consejeros), seguida parcialmente por el 49%, el 39% y el 32% y no seguida por el 0%, el 7% y el 9% respectivamente para 1999, 2000 y 2001. Puede tener su base en la larga tradición de opacidad que perdura incumpliendo incluso en muchas ocasiones el desglose previsto en el art. 200 de la LSA. El resultado probablemente sea peor al reflejado por las empresas dado la favorable interpretación para manifestar si cumplen o no.

La decimotercera (sobre la edad de jubilación) seguida parcialmente por el 8% , el 7 y el 7 % y no seguida por el 34%, el 40% y el 41% respectivamente para 1999, 2000 y 2001. En principio

parecía que se iban a acoger las sociedades mediante una transición gradual, pero se recoge en 2001 que esta fórmula transitoria no ha sido adoptada.

La octava (acerca de la constitución de las comisiones delegadas), seguida parcialmente por el 46%, el 34% y el 27% y no seguida por el 8%, el 18% y el 15% respectivamente para 1999, 2000 y 2001. Su incumplimiento parcial se debe a la inclusión de consejeros ejecutivos, y también porque en sociedades reducidas con pocos consejeros es difícil de seguir.

La undécima (transparencia en la selección de los consejeros), seguida parcialmente por el 11%, el 18% y el 19% y no seguida por el 18%, el 18% y el 17% respectivamente para 1999, 2000 y 2001. Su falta de seguimiento viene determinada por la falta de existencia del comité de nombramiento (el 23%, el 31% y el 29%, respectivamente para 1999, 2000 y 2001).

También se recoge en el análisis para 2000 y 2001 la preocupación que se refleja en el informe Olivencia por el elevado número de sociedades con informes con salvedades, sin embargo, casi la totalidad de las sociedades dicen cumplir la recomendación vigésima segunda, por lo que habrán explicado el alcance de las salvedades. ¿Esto quiere decir que con el incumplimiento de algún principio y/o norma contable de obligado cumplimiento y cumplimiento de los artículos 34.3, 34.4, 38.2 y 44.3 del CCo, buscan las sociedades la obtención de la Imagen Fiel?

De las 61 empresas que contestaron el cuestionario en 1999, 46 repiten en el año 2000 y 31 en 2001, en cuanto a la puntuación media de estas empresas, se produce una ligera mejora en el año 2000 respecto del anterior pasando de 20,1 a 20,3 que se mantiene en 2001, esto podría indicar, concluye el análisis, que las sociedades han llegado al nivel de asunción del Código de Buen Gobierno que ellas consideran óptimo; se ha producido un aumento en el grado de cumplimiento en las recomendaciones decimonovena y séptima (que en la composición de la Comisión Ejecutiva se refleje el mismo equilibrio que el Consejo de Administración), si bien el grado de cumplimiento de esta última es más dispar. También ha sido dispar el grado de cumplimiento de la recomendación vigésima (relativa a que la información pública periódica se elabore de acuerdo a los mismos principios y prácticas profesionales y sea revisada antes de su difusión por la Comisión de Auditoría). Por último destacar que las recomendaciones undécima (relativa al nombramiento de los consejeros mediante un procedimiento formal y transparente) y decimotercera reflejan un decrecimiento en su nivel de cumplimiento.

Respecto de los resultados obtenidos, destacan que:

- ◆ Para algunas respuestas, dada la falta de sentido y la imposibilidad de encontrar una justificación intuitiva, se recoge que su resultado tal vez se deba a una incorrecta interpretación de la recomendación³¹.
- ◆ Observan una falta de rigor al responder a algunas preguntas³².
- ◆ Se pone de manifiesto, al menos surge la incertidumbre, respecto a la independencia real de los consejeros independientes. A esta conclusión se llega mediante el análisis de una serie de preguntas cruzadas del cuestionario, que fueron incluidas para observar si existían contradicciones en las respuestas, también por el poco peso de los consejeros externos (independientes) y por razones de su nombramiento.
- ◆ Gran parte de las entidades, casi la mitad, no han previsto reglas para posibles situaciones complicadas, en que se planteen conflictos de intereses con los accionistas consejeros o la propia entidad.
- ◆ Las entidades, para seguir la recomendación del porcentaje de consejeros, incumple la del número máximo recomendado porque su forma de actuar es ampliar el tamaño del consejo, en lugar de sustituir consejeros dominicales por independientes.

Grado de cumplimiento de las recomendaciones: aspectos a tener en cuenta

Antes de tratar de hablar sobre el éxito o fracaso en el grado de cumplimiento, parece necesario recordar dos aspectos que podrían ser de interés a la hora de enjuiciarlo me refiero:

1º A la situación económica que atravesaban las sociedades en estos años:

A principios del año 1997, cuando el Consejo de Ministros encarga la creación de la comisión a la que estamos haciendo referencia, o en 1998 cuando aparece publicada, la situación española, comunitaria e incluso mundial es de expansión económica y bonanza, con una aceleración progresiva de la actividad económica compatible con la contención de precios en 1997; que continúa en sus caracteres favorables económicos en durante el año siguiente en el contexto de una coyuntura de crecimiento y estabilidad muy positiva, con una imagen óptima en cuanto al índice de inflación, reducción de los tipos de interés, crecimiento del Producto Interior Bruto (PIB en adelante) y con mejores resultados en España que en el resto de la Unión Europea. No obstante, la economía mundial se ve afectada por la continuidad y agudización de la crisis del Sudeste Asiático, la suspensión de pagos de la deuda exterior de Rusia y el desplome del real brasileño.

³¹ Como sucede en 1999 con el elevado “cumplimiento” de la recomendación N° 15 por parte de las empresas que no forman parte del BEX 35.

³² En preguntas tales como: “si el número de consejeros es menor de 15”, 4 de ellas dicen que cumplen parcialmente.

La crisis mundial en 1999 comienza a afectar la economía española, lo que provoca que aunque se ha producido un importante crecimiento del PIB, éste ha sido debido según el INE a una notable aceleración de las exportaciones que ha permitido compensar una tendencia de suave moderación en el crecimiento de la demanda interna.

En el año 2000 el PIB generado por la economía española registró un crecimiento realmente importante. Este dinamismo de la economía española significó un avance adicional en el proceso de convergencia real en renta y empleo con las economías más desarrolladas de Europa. El crecimiento fue también importante a nivel mundial, sin embargo en la segunda mitad del año, la fuerte escalada del precio del petróleo alcanzó su valor más alto desde la crisis del Golfo, este clima de incertidumbre se vio agravado por la rápida desaceleración del crecimiento de EE UU y por unos beneficios empresariales inferiores a los esperados, acentuándose la tendencia a la baja del mercado bursátil iniciada en el segundo trimestre del año.

La incertidumbre respecto al crecimiento, la depreciación del euro, las tensiones inflacionistas por la subida del precio del crudo, así como la fuerte volatilidad de las compañías tecnológicas, presionaron a la baja los mercados de valores (un 22% para el IBEX 35), esta situación persiste en el año 2001 a pesar de la fuerte bajada en el precio del petróleo, los mercados de valores continúan con una alta volatilidad acentuada por la gradual revisión a la baja de los beneficios empresariales en este año.

2º Al carácter voluntario y relativo de las recomendaciones.

Al referirse a la naturaleza del trabajo, la comisión dejó constancia expresa de la relatividad de sus formulaciones que estaban inspiradas en el propósito de sintetizar las prácticas de buen gobierno y se referían a situaciones concretas de lugar y tiempo, por lo que habrían de ser ponderadas en cada caso, valoradas en su adecuación a las características de cada sociedad y enmarcadas en un proceso dinámico que determinará su continua adaptación al cambio de circunstancias. Recogía también que sólo en el caso de que en su ámbito de autonomía y facultad de autorregulación asumieran estas recomendaciones, pasarían a tener vigencia, pero no como normas de derecho positivo, sino como reglas de origen convencional o negocial.

En conclusión, al comentar los resultados obtenidos tendríamos que replantearnos el carácter no sólo de voluntariedad de este código, sino también de ponderación, que ha quedado olvidado, y que junto al aspecto tratado en las líneas anteriores relativas a la situación de la economía, permitirían, al menos por mi parte, pensar que la aplicación voluntaria y en las circunstancias económicas atravesadas en este trienio, es sino óptima, si al menos satisfactoria.

3.1.3 Informe de la comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas: *El Informe Aldama*

Con la misma estructura que la seguida en el resumen realizado del Informe Olivencia-con la finalidad de facilitar su comparación- y recogiendo en alguno de los puntos tratados algunos comentarios, se expone a continuación en líneas generales los aspectos principales del Informe Aldama.

1º La función de supervisión

Responde este informe a la búsqueda de un equilibrio entre una regulación orientada a la protección legal de los derechos de los accionistas y la mayor autorregulación posible de las empresas cotizadas. Se puede resumir en una afirmación del principio de libertad si se entiende que este principio tiene una doble dimensión: la relativa al ejercicio de la libertad de los accionistas y la relativa a la autorregulación de las empresas a la hora de decidir y aplicar sus estrategias.

La Comisión defiende que la misión de todos los miembros del Consejo es defender la viabilidad a largo plazo de la empresa, proteger los intereses generales de la sociedad y para ello debería poder contar con los medios y la información necesaria para el mejor y más eficaz ejercicio de sus funciones, en este sentido, propone unas recomendaciones que ayudarían a aumentar la eficacia del consejo de administración.

2º Composición del Consejo de Administración

Respecto de la división del consejo, al igual que en el informe Olivencia se propone la división entre: Consejeros internos o ejecutivos: aquellos que poseen funciones ejecutivas o directivas en la sociedad o en alguna de sus participadas, mantienen una relación contractual (mercantil, laboral,...) distinta de su condición de Consejero; también integrarían el grupo quienes tengan alguna capacidad de decisión en relación con alguna parte del negocio mediante delegación o apoderamiento estable. Consejeros Externos a los que se divide en dominicales e independientes. En este informe se aclara un poco más el régimen de incompatibilidades, (punto que fue objeto de críticas del informe Olivencia), incluyendo entre otros los siguientes:

- ◆ No tener o haber tenido relación de trabajo, comercial, o contractual, directa o indirectamente con la sociedad, sus directivos, los consejeros, sociedades del grupo,...
- ◆ No ser Consejero de otra Sociedad cotizada que tenga consejeros dominicales en la sociedad.
- ◆ No tener relación de parentesco próximo con los consejeros ejecutivos, dominicales o los miembros de la alta dirección.

Respecto de otros puntos relativos a la composición, duración,... la Comisión sigue, en general, en la línea seguida en el informe Olivencia, modificando la proporción de los consejeros externos (que sean mayoría amplia) y dentro de este grupo que los independientes tuvieran una participación importante.

3º Funciones del Consejo de Administración

Respecto de la constitución de Comisiones, y sin perjuicio de cuantas otras pudieran constituirse, propone la Comisión la creación de la *Comisión Ejecutiva o delegada*: con funciones ejecutivas para la adopción de acuerdos vinculantes sobre la administración y gestión de la sociedad y que ejerce sus funciones de forma estable o permanente; la *Comisión de Auditoría y Control*³³ sus miembros deberían ser elegidos teniendo en cuenta sus conocimientos y experiencia profesional, deberán ser todos externos manteniendo la proporción entre ellos similar a la del Consejo, deberá tener su propio reglamento de funcionamiento elaborado y aprobado por el Consejo de Administración; *Comisión de Nombramientos y Retribuciones*: su función sería la de informar al Consejo de Administración sobre el nombramiento, reelecciones, ceses, y retribución del Consejo de Administración, respecto de su composición estará formado por consejeros externos y se tendrá en cuenta la relación entre independientes y dominicales; la *Comisión de estrategia e inversiones* tiene por función la propuesta e informe sobre las decisiones estratégicas, inversiones y desinversiones que sean de relevancia para la sociedad, también el análisis y seguimiento de los riesgos del negocio, en ella podrán formar parte los consejeros ejecutivos.

4º Funcionamiento del Consejo

El principio de transparencia se encuentra orientado a la información cuantitativa (económica y contable) y a la de impacto más inmediato (hechos relevantes) pero debe desarrollarse más con relación a la información cualitativa y específicamente en materia de gobierno corporativo. En este mismo sentido se propone en el libro blanco³⁴ la ampliación, desgloses o inclusión de notas en la memoria relativas a remuneración de los administradores, operaciones con acciones propias, información sobre empresas filiales y asociadas y sobre terceros vinculados, etc.

Además, tiene especial relevancia en este contexto el informe de gestión; la información a presentar en el mismo, cuyo criterio básico es la relevancia, vendría dada por su función, que no es otra que explicar la forma en que los administradores han llevado a cabo su misión, dentro de la estrategia general de gobierno de la entidad y las misiones que la propiedad de la empresa les ha

³³ La Ley de medidas de reforma del sistema financiero: “Ley Financiera” establece la obligatoriedad de la comisión de auditoría en las sociedades cotizadas.

³⁴ Informe sobre la situación actual de la contabilidad en España y líneas básicas para su reforma: Libro blanco para la reforma de la contabilidad en España.

encargado, dando cuenta de los riesgos y la manera de afrontarlos, principales decisiones estratégicas adoptadas y resultados que han dado esta forma de actuar.

Recoge el informe que la información a proporcionar debería ser completa, lo que hace referencia a la Imagen Fiel, y que debería tenerse acceso a datos referidos al gobierno de las sociedades además de la información contable. No se puede olvidar, en el aspecto contable, el cambio conceptual propuesto en el libro blanco que viene dado fundamentalmente por la idea de “utilidad de la información financiera” y consecuentemente el abandono del cumplimiento estricto de los principios contables (que también son objeto de importantes propuestas de modificación en este mismo libro y sobre todo las relativas al principio de prudencia). Esta nueva tendencia, ya reclamada desde hace mucho tiempo por algunos, es contraria al contenido recogido en este informe que contiene que además de completa, la información deberá ser correcta, en este punto se muestra y defiende los sistemas de valoración basados en el principio de prudencia, definiendo de volátiles los métodos de valoración basados en valores de mercado o valores razonables y a los que critica por su incompatibilidad con la seguridad, claridad y confianza que los Balances empresariales deben suministrar a los mercados.

El contenido mínimo que las sociedades deben transmitir, recoge el informe, contendrá las reglas o criterios que se adoptan y los que no, para que los inversores puedan formarse un juicio correcto. El cumplimiento de estos deberes en las sociedades cotizadas corresponde a sus gestores bajo el control y responsabilidad última del Consejo y sus Órganos delegados o especializados.

El contenido propuesto tendría información sobre: la estructura de propiedad de la sociedad; la estructura de la Administración de la sociedad; las operaciones vinculadas e intragrupo; las de la sociedad con sus accionistas y con las sociedades filiales; Los sistemas de control del riesgo; El funcionamiento de la Junta General: reglas de funcionamiento y cauces de relación que tenga abiertos la sociedad con sus accionistas...

Se recomienda que el conjunto de disposiciones sobre el Gobierno Corporativo se refundan en un texto único que debería publicarse para su conocimiento general por accionistas e inversores.

Respecto de las retribuciones, aconseja limitar las remuneraciones en acciones, opciones sobre acciones, etc. también recoge, que si ésta se determina en función de los resultados deberán tenerse en cuenta las salvedades que consten en el informe del auditor externo. Al igual que su antecesor que recomendaba que las remuneraciones individuales se hagan públicas con el mayor desglose posible, en el informe Aldama se recomienda avanzar en este sentido porque es un claro indicador de la calidad de Gobierno Corporativo.

5º Los deberes de lealtad y diligencia

Continuador del Informe Olivencia -que dio un paso fundamental en la regulación de las situaciones de conflicto de intereses al llamar la atención sobre la importancia de los deberes de lealtad de administradores y accionistas significativos- reconoce la insuficiencia de que esta materia sea objeto de tratamiento en una recomendación en lugar de incorporarla a la legislación societaria, donde deberían ser desarrollados los supuestos y el régimen de responsabilidad de los administradores por infracciones del deber de lealtad.

La diferenciación entre comportamiento diligente (tendente a la creación de valor y beneficios en la empresa) y leal (en la distribución de ese valor), debería ser objeto de separación nítida al igual que su régimen de responsabilidad.

La comisión desea destacar la importancia de que todos los miembros del consejo de administración, sean o no ejecutivos, desempeñen su cargo de buena fe y con la diligencia necesaria para la consecución de los intereses sociales.

6º Relación del Consejo de Administración con los accionistas, mercados y auditores

Respecto de la Junta de Accionistas, nuevamente busca su potenciación mediante una participación más eficaz del accionista en la Junta y para ello propone: (1) Que se le proporcione al accionista, con ocasión de la Junta General, información íntegra de todas las propuestas de acuerdo que se vayan a someter a la Junta (por ejemplo utilizando al propia *Web*) Para cada propuesta se debería expresar y publicar su justificación con claridad de tal manera que permitiera valorar la decisión que se propone. (2) Proporcionar información sobre los criterios de gobierno corporativo y su observancia. (3) La creación de un reglamento de la Junta General, se recomienda que los criterios de buen gobierno asumidos, se recojan y difundan mediante reglamentos específicos que se sometan a aprobación y que regulen la convocatoria, preparación, información, concurrencia, desarrollo y ejercicio de los derechos políticos, en tanto que la Junta no los modifique y siempre de acuerdo con la ley y con los estatutos. El Reglamento propuesto deberá incluir al menos aspectos relativos a la convocatoria, orden del día, propuestas de acuerdos e información a disposición del accionista durante el período de preparación de la Junta; medidas que faciliten la participación de los accionistas en la celebración y el desarrollo de la junta y también las tendentes a facilitar o asegurar la representación y el acceso a la Junta de los accionistas.

La información financiera presentada al Consejo de Administración a través de las Cuentas Anuales y de los Estados Financieros Intermedios deberá ser previamente certificada en cuanto a su exactitud e integridad por el presidente (si tiene funciones ejecutivas), el Consejero Delegado y el Director Financiero o responsable del departamento correspondiente. Su certificación atribuye específica responsabilidad a los que tienen vinculación directa con la marcha societaria, pero no excluye la responsabilidad solidaria de todos los consejeros.

La fiabilidad y exactitud de los informes de auditoría y la objetividad de las recomendaciones y análisis realizados por analistas financieros, bancos de inversión y agencias de calificación son claves para la protección de inversores y accionistas. El problema fundamental está en la posible falta de independencia que tengan estos prestadores de servicios y en consecuencia la necesidad de una regulación que asegure la transparencia e independencia, en algunos casos, como el de los auditores, este tema ya ha sido recogido en algunos preceptos de la Ley Financiera incrementando notablemente tanto las situaciones en las que se presume la falta de independencia del auditor, como las sanciones en caso de incumplimiento.

Finaliza el informe haciendo referencia por una parte al principio de autorregulación de las sociedades, en virtud de ello y ante la falta de competencia legislativa de la Comisión, podrán voluntariamente incorporar las recomendaciones que consideren oportunas y en la forma que estimen más conveniente, por otra parte aconseja la regulación legal o su modificación respecto de los deberes básicos de información y transparencia en materia de gobierno corporativo, también, de la definición y régimen de los deberes de diligencia y lealtad, en especial en el ámbito de los conflictos de intereses y de un conjunto de disposiciones en materia de Gobierno Corporativo que comprendan, al menos, lo que se ha considerado propio de un reglamento del Consejo de Administración y otro de la Junta General de Accionistas.

Al igual que se resalta en la introducción del Informe Olivencia la ventaja que tuvo el aspecto coyuntural, al haber sido elaborado en una fase de expansión, este mismo aspecto, pero en sentido contrario, puede resaltarse a la hora de valorar su grado de aplicación; los momentos de crisis, como la que atraviesa España en alguno de los ejercicios estudiados (y que aún perdura y probablemente durante bastante tiempo) son períodos que originan o al menos coinciden en las sociedades con los de mayor alejamiento de la legalidad³⁵ y si las normas de obligado cumplimiento resultan abandonadas en muchas ocasiones, siempre teniendo presente el freno que supone la posibilidad de que estos actos sean sancionados³⁶ y la importancia de las sanciones aplicables, que no sucederá con las recomendaciones cuya aplicación es de carácter voluntario. Estos mismos hechos, lamentablemente, permiten augurar unos resultados similares o peores en la aplicación de las recomendaciones del recién aparecido informe Aldama, salvo que con su aplicación se obtuvieran las sociedades, sus consejeros o los propios accionistas algún tipo de beneficio.

Teniendo en cuenta el comentario anterior y respecto de la autorregulación de los mercados, en contra de lo que tal vez pudiera parecer, mi posición es favorable a la autorregulación, pero siempre que se encuentre enmarcada en un ambiente en el que su aplicación

³⁵ Al menos hemos encontrado esta característica en la comisión de manipulaciones o irregularidades contables, que aumentan alarmantemente en estas épocas.

³⁶ Cuando exista normativa al respecto.

tenga buen fin, para ello es necesaria la modificación del sistema legal de tal manera que permita una intervención pronta y competente de instrumentos de seguimiento, resolución de conflictos y aplicación de la justicia.

Todos estos informes y recomendaciones, lo que realmente parece que persiguen, no es la mejora en si misma del Gobierno de las Sociedades, sino iniciar una reforma real de la manera de actuar en contabilidad y en las sociedades, necesidad con la que estoy totalmente de acuerdo, sin embargo creo que sería conveniente que la misma viniera de la mano de una reforma legislativa global y no mediante recomendaciones de acogida voluntaria³⁷.

Por otra parte y como ya se ha mencionado, recoge el Informe Aldama respecto de la Información correcta, y con referencia expresa a la armonización internacional que se está llevando a cabo en la Unión Europea y que ha hecho posible la aprobación del Reglamento Europeo sobre Normas Internacionales de Contabilidad, que no deberían ser abandonados los principios tradicionales basados en la prudencia valorativa a favor de unos valores de mercado o valores razonables, resultado siempre de apreciaciones subjetivas y sometidos a fuertes oscilaciones. Olvida la comisión que con el seguimiento de sus recomendaciones, sobre todo las relativas a transparencia de la información (por el cual se transmite al mercado en tiempo útil, información relevante³⁸ para los inversores, información correcta³⁹ y veraz y cuya transmisión es simétrica y equitativa), y a diligencia y lealtad, las apreciaciones subjetivas, estarían tomadas con el debido estudio y asesoramiento, proporcionando de esta manera información relevante para sus usuarios.

Para finalizar y respecto de los recién mencionados deberes diligencia y lealtad, recogidos en el art. 127 de la Ley de SA, y que podrían ser definidos como la obligación que tienen comerciantes y administradores de las sociedades, a promover con esmero el fin social, teniendo presente no sólo el interés común de los socios, sino el de los trabajadores, acreedores y el de la economía en general, debiendo evitar cualquier actuación que obstaculice su cumplimiento.

En ninguno de los dos informes parecen tenerse presente realmente los intereses de otros grupos distintos al de los accionistas, que resultan olvidados. No estoy diciendo que tengan que tener representación en el Consejo de Administración, pero si me gustaría haber encontrado una

³⁷ Claro que por otra parte a la vista de la lentitud de otras reformas que se están llevando a cabo desde hace ya muchos años (como sucede con el derecho concursal), probablemente no quede otro remedio a corto plazo que echar mano de las recomendaciones

³⁸ ¿Es relevante una información basada en la aplicación de unos criterios claramente asimétricos para el reconocimiento de ingresos y gastos?, ¿Proporcionan los actuales principios contables información útil para la toma de decisiones?

³⁹ ¿La aplicación del principio de prudencia proporciona información correcta o da una visión distorsionada?, Yo, optaría por la segunda opción, pues podría calificarse su aplicación como de inconsistente porque infravalora los ingresos de un ejercicio trasladándolos a otros posteriores, caprichoso porque el grado de prudencia puede ser mayor o menor según la política de la empresa lo que hace difícil a sus usuarios determinar la cuantía de sus resultados, se contradice con otros principios contables (como el del precio de

mención expresa en favor de sus intereses, tanto en el Informe Olivencia (donde únicamente se recoge que hay que perseguir los intereses de los accionistas, pero no a cualquier precio, desconsiderando o considerando insuficientemente los intereses de otros grupos implicados o, que hay que observar aquellos deberes éticos que razonablemente sean apropiados para la responsable conducción de los negocios), como en el Informe Aldama que cuando hace referencia a las responsabilidades de una empresa incluye: *En el contexto de la denominada responsabilidad social de la empresa en la gestión de sus negocios y en relación con sus interlocutores, cada empresa podrá asumir libremente aquellas obligaciones o compromisos adicionales que desee de carácter ético o social dentro de un marco general de desarrollo sostenible, como la presentación de un triple balance económico, social y medioambiental que se discute en algunos foros, para darlos a conocer a accionistas, empleados y a la sociedad en su conjunto, sobre la base de voluntariedad y transparencia.*

¿Tan poca importancia tiene esta información para los miembros de las mencionadas comisiones que ni tan siquiera ha merecido la pena recoger una recomendación acerca de su inclusión entre la información a proporcionar por las empresas?

A pesar de tantas críticas no se puede olvidar el paso dado con la emisión de estos códigos ya que con todos ellos se pretende aumentar la eficacia y el valor de la información contable y su verificación centrándose en temas como el del control interno, la solvencia, la existencia de fraudes y actos ilegales, aspectos medioambientales, etc., iniciando el largo camino que obligatoriamente tendremos que seguir para solucionar, o al menos minimizar, en la medida de lo posible, temas tan importantes como el de la comisión de delitos y fraudes a través de la contabilidad, tema objeto de este trabajo.

3.2. FUNCIÓN, POSICIÓN Y RESPONSABILIDAD CIVIL DEL AUDITOR EN LA UNIÓN EUROPEA

En 1996, el informe de la Comisión de la Unión Europea conocido como el “*Libro Verde*”, concluye que sería razonable esperar que los auditores apoyaran a los directivos en sus intentos de prevenir y detectar el fraude, comunicándoles los puntos débiles que pudieran haber observado en los sistemas de control interno y toda sospecha que puedan albergar en relación con el fraude.

A diferencia del código anterior, el Libro Verde ha sido muy bien recibido prácticamente por la totalidad de interesados en el tema, tanto por sus observaciones, como por las consideraciones que realiza de la práctica de la auditoría.

adquisición y representa una actitud conservadora mediante la cual se persigue evitar la descapitalización de las empresas, pero no proporcionar información útil.

La base del Libro Verde ha sido el documento MARC (*Maastricht Auditing Center Research*) que realizó un estudio a fin de obtener información sobre las leyes y regulaciones emitidas en la Unión Europea para observar su impacto sobre la armonización de la auditoría y su calidad, ante las diferentes legislaciones nacionales.

Los aspectos más destacados del “libro verde” son:

1º- La comisión, como afirma Gómez Ciriá (1998, p. 8), hace referencia a la globalización de la economía poniendo expresamente de manifiesto que la información económica elaborada por los profesionales de un Estado miembro es utilizada por terceros de otros Estados, indicando que la falta de criterios unificados sobre la auditoría legal podría representar un gran impedimento en las negociaciones que se están realizando en el ámbito internacional para facilitar el acceso de las sociedades europeas a los mercados internacionales de capitales.

2º- Uno de los grandes temas expuestos en el Libro Verde se refiere a los hechos respecto a los que el público espera que la auditoría asuma un papel tal, que proteja sus intereses ofreciéndoles garantías respecto a: la exactitud de los estados financieros; la solvencia de la empresa; la existencia de fraudes; el respeto por parte de la sociedad de sus obligaciones legales y el comportamiento responsable en los asuntos medioambientales y sociales.

En cuanto al primero de los puntos, la exactitud de los Estados Financieros, como recogen García Benau y Vico (1997, pp. 58 y ss.), el Libro Verde reconoce que existe un equívoco generalizado respecto a la expectativa de que los auditores se pronuncien sobre la exactitud de los estados financieros, habiéndose extendido la idea de que los estados financieros deben ofrecer la Imagen Fiel que se desprenda de la aplicación de principios y normas. Esto puede tener distintas alternativas e interpretaciones, como veremos en el capítulo cuarto, por lo que el documento no expresa línea de prioridad de actuación alguna.

Otro punto de gran importancia es el de la actuación del auditor en cuanto a la evolución de la solvencia. Se reconoce que la comunicación de problemas de viabilidad futura de la empresa reside en los administradores, y propone la realización de algunos procedimientos que les permitan formarse una opinión acerca de tal circunstancia y expresarla en el informe, pero sin definirse en cuanto a la forma de hacerlo. Para Urías y Blasco (1987, p. 135), no es un tema fácil ya que cualquier mención que incorpore dudas sobre la misma puede producir efectos graves sobre el normal desarrollo de su actividad, por lo que vería afectadas negativamente sus relaciones con terceros; no obstante, reflejar esta opinión es una necesidad ampliamente demandada por los usuarios.

Respecto del fraude recoge que la responsabilidad primaria en cuanto a la prevención y detección del fraude reside en la administración, aunque mantiene que los auditores pueden asumir un papel activo en estas tareas, también, que el peso fundamental de la prevención está en los sistemas de control interno, con respecto a los cuales el auditor puede hacer recomendaciones para su implementación, y corrección de las debilidades de dichos sistemas.

Por último, en cuanto al respeto de las sociedades hacia sus obligaciones legales, afirma el documento que son los directivos los encargados de instaurar y mantener los sistemas de control interno que reduzcan en la medida de lo posible las posibilidades de cometer actos ilícitos en nombre de la empresa, y aumenten al máximo la probabilidad de que tales actos ilícitos sean detectados. Deberán además reflejar en los estados financieros las consecuencias económicas derivadas de los mismos. Por su parte el auditor deberá confirmar la existencia y el buen funcionamiento de estos sistemas de control interno y ratificar que estos estados reflejan las consecuencias económicas de dichos actos ilícitos.

En este mismo sentido recoge López Combarros (1998, pp. 28 y ss.), que para la Federación de Expertos Contables Europeos (FEE en adelante)⁴⁰ una auditoría normalmente no incluye procedimientos diseñados específicamente para detectar actos ilegales, lo que sucede es que el auditor diseña su examen para que le proporcione una seguridad razonable de que los errores significativos que pueda haber en las cuentas sean detectados; Si estos errores significativos son el resultado de una ilegalidad, también debería ésta salir a la luz. Como hemos visto, esto mismo se recoge en la NTA de Errores e Irregularidades de reciente aprobación por el ICAC.

La FEE es también de la opinión que el auditor normalmente debe informar a la dirección y al organismo supervisor, si sospecha que se ha cometido un acto ilegal. En la actuación de la sociedad en temas sociales y medioambientales, afirma la federación que actualmente no resulta razonable esperar que el auditor legal se pronuncie sobre temas que van más allá de sus competencias y especialización, aunque probablemente en un futuro sus responsabilidades tenderán a aumentar a medida que lo hagan las expectativas del público.

La FEE reconoce la existencia de expectativas en el sentido de que el auditor estatutario debe informar sobre ilegalidades cuando sea apropiado y cuando el impacto de los actos sea significativo. Otro punto de interés es el establecimiento de una clara distinción entre detectar actos ilegales e informar de ellos interna y/o externamente lo cual puede constituir un tema de tratamiento tanto en el ámbito de norma profesional como legal.

⁴⁰ La FEE publicó en 1996 unas recomendaciones desarrolladas por ellos mismos acerca de la función, posición y responsabilidad civil del auditor legal en la Unión Europea.

3º- Al hablar de la posición del auditor legal hace referencia fundamentalmente a: la exigencia de una alta cualificación profesional; la independencia respecto de la sociedad para desarrollar su trabajo con objetividad; la posición del auditor dentro de la sociedad, informando a los accionistas acerca de los estados financieros presentados por la dirección; realización de controles de calidad sobre los trabajos de auditoría que garanticen en la medida de lo posible que se han realizado conforme a los principios de integridad profesional e independencia.

4º- Otro tema de gran importancia que aparece recogido en el Libro Verde es el de la responsabilidad civil de los auditores.

5º- Finalmente da una breve descripción de los problemas concretos existentes en la práctica de la auditoría en las pequeñas empresas y en las auditorías de grupos de sociedades.

En cuanto a las recomendaciones sobre la conducta ética, es destacable el trabajo realizado por el Comité de Ética, a petición de la IFAC, sobre la conducta de los profesionales de la contabilidad y de cuyo desarrollo surge “El Código de Ética para la Profesión Contable”, que aunque con un contenido similar al contemplado en las normas técnicas de auditoría española, presenta un mayor detalle, sobre todo en algunos aspectos de gran importancia, como los mencionados por Túa Pereda y Gonzalo Angulo (1999, p. 794), referentes a la independencia y responsabilidad del auditor, resaltando la posible conveniencia de reformar nuestra regulación con una nueva Ley de Auditoría al objeto de solventar las cuestiones anteriores.