

# **TESIS DOCTORAL**

**“Una propuesta para la continuidad de las empresas viables en el concurso de acreedores”**

UNIVERSIDAD DE DEUSTO (Facultad de Derecho)

Beatriz Alejos Garmendia

Directora: Dra. Inmaculada Herbosa Martínez

(2014)

*A mi madre*

Este trabajo ha necesitado la colaboración de muchas personas, a todas ellas quiero expresarles mi más profundo agradecimiento:

Al Dr. Jose Luis Retolaza profesor de la Universidad del País Vasco por sus sabias recomendaciones en relación con la metodología de evaluación de planes de viabilidad,

al juez Aner Uriarte, por la validación e importantes sugerencias en cuanto al contenido del cuestionario para la investigación empírica,

a todos los profesionales de la actividad concursal que han formado parte del panel de expertos y que han encontrado tiempo para participar en el estudio, lo que no ha estado exento de dificultad,

y muy especialmente, a la Dra. Inmaculada Herbosa, directora de la tesis, sin cuya dirección, aportación y corrección, este trabajo nunca hubiera visto la luz.

A todos ellos, muchísimas gracias,

## ÍNDICE

|                                                                                                                                                                                                                                     |            |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>INTRODUCCIÓN.....</b>                                                                                                                                                                                                            | <b>3</b>   |
| <b>PARTE PRIMERA</b>                                                                                                                                                                                                                |            |
| <b>CAPÍTULO I PRINCIPIOS Y RECOMENDACIONES PARA DISEÑAR UN SISTEMA CONCURSAL EFICAZ Y EFICIENTE.....</b>                                                                                                                            | <b>11</b>  |
| 1. Introducción.....                                                                                                                                                                                                                | 13         |
| 2. Sistema concursal.....                                                                                                                                                                                                           | 13         |
| 2.1 <i>Sistema concursal</i> .....                                                                                                                                                                                                  | 13         |
| 2.2 <i>Importancia del sistema concursal para cada nación</i> .....                                                                                                                                                                 | 19         |
| 2.3 <i>Cada nación tendría un modelo óptimo de sistema concursal</i> .....                                                                                                                                                          | 23         |
| 2.4 <i>Pautas para orientar un sistema concursal óptimo</i> .....                                                                                                                                                                   | 24         |
| 2.5 <i>Importancia de la fase “cero” concursal o fase preconcursal</i> .....                                                                                                                                                        | 27         |
| 2.6 <i>Tasas de utilización de los sistemas concursales</i> .....                                                                                                                                                                   | 29         |
| 3. Principios, objetivos y recomendaciones internacionales para diseñar sistemas eficaces y eficientes de insolvencia. Comparativa con la propuesta que formula esta investigación para la mejora de la Ley Concursal española..... | 30         |
| 4. Eficacia y eficiencia de un sistema concursal.....                                                                                                                                                                               | 42         |
| 4.1 <i>Introducción</i> .....                                                                                                                                                                                                       | 42         |
| 4.2 <i>Recorrido a través de diferentes propuestas de mejora realizadas por distintos autores, en términos de eficacia y de eficiencia, para un sistema concursal</i> .....                                                         | 43         |
| 4.2.1 <i>Tipos de eficiencia y eficacia de un sistema concursal</i> .....                                                                                                                                                           | 43         |
| 4.2.2 <i>Eficacia y eficiencia del sistema concursal español</i> .....                                                                                                                                                              | 50         |
| 4.2.3 <i>Eficacia y eficiencia en un sistema concursal. Nuestra visión</i> .....                                                                                                                                                    | 52         |
| 4.2.4 <i>¿Puede un sistema concursal ser eficaz (considerando el objetivo de maximizar la satisfacción de los acreedores y la continuidad de la empresa viable) y eficiente (ex ante, intermedia y ex post)?</i> .....              | 53         |
| <b>CAPÍTULO II EL SISTEMA CONCURSAL ESPAÑOL Y SUS PROBLEMAS FUNDAMENTALES.....</b>                                                                                                                                                  | <b>57</b>  |
| 1. Introducción.....                                                                                                                                                                                                                | 59         |
| 2. Principales objeciones a la Ley concursal (doctrina y jurisprudencia). Análisis de su articulado.....                                                                                                                            | 60         |
| 3. Ventajas y desventajas de la utilización de la Ley Concursal como fórmula para la conservación de las empresas viables y la liquidación tempestiva de las inviables.....                                                         | 116        |
| <b>CAPÍTULO III PROPUESTA DE MODIFICACIONES AL TEXTO DE LA LEY CONCURSAL ESPAÑOLA PARA QUE ALCANCE RESULTADOS MÁS EFICACES Y EFICIENTES.....</b>                                                                                    | <b>119</b> |
| 1. Introducción.....                                                                                                                                                                                                                | 121        |
| 2. Criterios que debe recoger la Ley Concursal para mejorar su eficacia y eficiencia de acuerdo a nuestra propuesta.....                                                                                                            | 123        |
| 2.1 <i>Objeto de La Ley</i> .....                                                                                                                                                                                                   | 123        |
| 2.2 <i>Concreción del presupuesto objetivo de La Ley</i> .....                                                                                                                                                                      | 123        |
| 2.3 <i>Intervalo temporal orientador para justificar la insolvencia inminente a efectos de la Ley</i> .....                                                                                                                         | 124        |

|                                                                                                                                            |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2.4 Indicadores/documentos económico-financieros que justifican la aprobación judicial de la solicitud.....                                | 124 |
| 3. Características principales de la propuesta.....                                                                                        | 126 |
| 4. Análisis del contenido de la propuesta en relación a los principios, objetivos y recomendaciones de los organismos internacionales..... | 138 |
| 5. Itinerario de la propuesta.....                                                                                                         | 156 |
| 6. Esquema de la propuesta.....                                                                                                            | 159 |
| 7. Modificaciones al texto de la Ley Concursal necesarias para la viabilidad de la propuesta de este trabajo de investigación.....         | 161 |

## PARTE SEGUNDA

|                                                                                                                                                     |            |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>CAPÍTULO IV LA INTEGRACIÓN DE LA ECONOMÍA, CONTABILIDAD, FINANZAS Y ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS EN LA NORMATIVA CONCURSAL.....</b>                | <b>177</b> |
| 1. Introducción.....                                                                                                                                | 179        |
| 2. Materias de la normativa concursal pertenecientes a la disciplina económica/ empresarial....                                                     | 181        |
| 2.1 <i>La predicción de la crisis empresarial</i> .....                                                                                             | 181        |
| 2.1.1 <i>Fines buscados a través de la anticipación en el tiempo de la apertura del concurso</i> .....                                              | 182        |
| 2.1.2 <i>Alarmas tempranas</i> .....                                                                                                                | 184        |
| 2.1.3 <i>Conceptualización de crisis/fracaso empresarial</i> .....                                                                                  | 187        |
| 2.1.4 <i>Dificultades para la predicción de la crisis empresarial y los métodos de predicción principales</i> .....                                 | 190        |
| 2.1.5 <i>Modelos de predicción de la crisis empresarial</i> .....                                                                                   | 191        |
| 2.2 <i>Clasificación de las empresas: viables económicamente y no viables</i> .....                                                                 | 221        |
| 2.3 <i>El plan de viabilidad y el convenio, documentos esenciales para determinar la conservación de las empresas. Confiabilidad del plan</i> ..... | 225        |
| 2.3.1 <i>Convenio concursal y plan de viabilidad</i> .....                                                                                          | 225        |
| 2.3.2 <i>Confiabilidad de los proyectos de viabilidad</i> .....                                                                                     | 226        |
| 2.3.3 <i>Naturaleza del convenio del concurso</i> .....                                                                                             | 227        |
| 2.3.4 <i>Escasa virtualidad de la Ley para conseguir la aprobación de las propuestas de convenio</i> .....                                          | 231        |
| 2.3.5 <i>Oposición al convenio por inviabilidad objetiva del cumplimiento de su contenido</i> .....                                                 | 231        |
| 2.3.6 <i>Plan de viabilidad, informe del experto</i> .....                                                                                          | 234        |
| 3. Derecho de sociedades, coordinación con el sistema concursal para que sea eficaz y eficiente (algunas consideraciones).....                      | 239        |
| 3.1 <i>Principios del ordenamiento mercantil y de la Ley Concursal</i> .....                                                                        | 239        |
| 3.2 <i>Derecho penal y sociedades mercantiles en crisis</i> .....                                                                                   | 241        |
| 3.3 <i>La legislación antimorosidad y la Ley Concursal</i> .....                                                                                    | 243        |
| 3.4 <i>Derecho mercantil y problema de infracapitalización</i> .....                                                                                | 243        |
| 3.5 <i>Normativa civil</i> .....                                                                                                                    | 244        |
| 3.6 <i>Código de comercio</i> .....                                                                                                                 | 244        |
| 3.7 <i>Modificaciones estructurales</i> .....                                                                                                       | 245        |
| 3.8 <i>La Ley de Sociedades de Capital</i> .....                                                                                                    | 246        |
| <b>CAPÍTULO V LA PROFESIONALIDAD Y LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR SOCIETARIO (el deber de diligencia).....</b>                                | <b>249</b> |
| 1. Introducción.....                                                                                                                                | 251        |
| 2. Origen, evolución y perspectivas de las sociedades de capital.....                                                                               | 252        |
| 3. La superación de la idea de sociedad de responsabilidad limitada.....                                                                            | 263        |

|                                                                                                                                                                                 |            |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 4. La escasa virtualidad de la utilización de la regulación societaria norteamericana para solventar los problemas en España.....                                               | 267        |
| 5. La profesionalización de los administradores de las sociedades de capital pequeñas y medianas.....                                                                           | 270        |
| 6. Responsabilidad del administrador societario.....                                                                                                                            | 283        |
| 6.1 <i>El concepto de sociedad y la naturaleza de la relación con el administrador social...</i>                                                                                | 283        |
| 6.2 <i>Evolución histórica de la relación administrador/ sociedad en el ordenamiento español y los deberes impuestos.....</i>                                                   | 284        |
| 6.3 <i>Los deberes del administrador societario.....</i>                                                                                                                        | 286        |
| 6.4 <i>El deber de lealtad y la buena fe.....</i>                                                                                                                               | 292        |
| 6.5 <i>El deber de diligencia.....</i>                                                                                                                                          | 295        |
| 7. Concepto, determinación y aplicación del estándar de diligencia del “ordenado empresario”. Relación con la profesionalidad del administrador societario.....                 | 305        |
| 8. Las responsabilidades del administrador social en el derecho societario y su distinta naturaleza jurídica.....                                                               | 317        |
| 9. Posible caracterización de una nueva responsabilidad para los administradores de una sociedad concursada.....                                                                | 328        |
| 9.1 <i>Naturaleza de la responsabilidad que proponemos.....</i>                                                                                                                 | 328        |
| 9.2 <i>Elementos configuradores de la responsabilidad que proponemos.....</i>                                                                                                   | 330        |
| <b>CAPÍTULO VI EL EXPERTO INDEPENDIENTE DE LA LEY CONCURSAL (el experto y el administrador concursal).....</b>                                                                  | <b>333</b> |
| 1. Introducción.....                                                                                                                                                            | 335        |
| 2. Perfiles profesionales.....                                                                                                                                                  | 336        |
| 2.1 <i>El perfil profesional del auditor de cuentas.....</i>                                                                                                                    | 336        |
| 2.2 <i>El perfil profesional del administrador concursal.....</i>                                                                                                               | 337        |
| 2.3 <i>El perfil del profesional nombrado por el registrador mercantil en los acuerdos de refinanciación del art. 71.6 eliminado en virtud del Real Decreto-ley 4/2014.....</i> | 339        |
| 2.4 <i>El mediador concursal de la Ley 14/2013 de Apoyo a los emprendedores y su internacionalización.....</i>                                                                  | 340        |
| 3. Las actividades de estos profesionales.....                                                                                                                                  | 342        |
| 3.1 <i>Las actividades de la auditoría financiera.....</i>                                                                                                                      | 342        |
| 3.2 <i>La actividad del administrador concursal.....</i>                                                                                                                        | 347        |
| 3.3 <i>La actividad del experto independiente del art. 71.6 de la Ley de Reforma 38/2011...</i>                                                                                 | 350        |
| 3.4 <i>La actividad del mediador concursal de la Ley 14/2013.....</i>                                                                                                           | 351        |
| 4. La responsabilidad profesional.....                                                                                                                                          | 352        |
| 4.1 <i>Del auditor financiero.....</i>                                                                                                                                          | 352        |
| 4.2 <i>Del administrador concursal.....</i>                                                                                                                                     | 353        |
| 4.3 <i>Del experto independiente nombrado por el registrador mercantil y del mediador.....</i>                                                                                  | 354        |
| 4.4 <i>Responsabilidad propuesta para la figura de “administrador concursal económico”.</i>                                                                                     | 354        |
| 5. Normas Técnicas.....                                                                                                                                                         | 354        |
| 6. Órgano supervisor.....                                                                                                                                                       | 362        |
| 7. Metodología para la evaluación del plan de viabilidad propuesto por el deudor.....                                                                                           | 364        |
| 7.1 <i>Itinerario de la metodología de evaluación propuesta.....</i>                                                                                                            | 365        |
| 7.2 <i>Contenido de las fases fundamentales del itinerario.....</i>                                                                                                             | 366        |
| <b>PARTE TERCERA</b>                                                                                                                                                            |            |
| <b>CAPÍTULO VII ESTUDIO EMPÍRICO.....</b>                                                                                                                                       | <b>371</b> |
| 1. Aspectos técnicos del estudio.....                                                                                                                                           | 377        |
| 1.1 <i>Características de la investigación.....</i>                                                                                                                             | 379        |
| 1.2 <i>Panel de expertos.....</i>                                                                                                                                               | 380        |
| 1.3 <i>Metodología.....</i>                                                                                                                                                     | 380        |

|                                                                                                                                  |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1.4 <i>Objetivos del estudio</i> .....                                                                                           | 382 |
| 2. Resultados del estudio.....                                                                                                   | 382 |
| 3. Análisis de los resultados.....                                                                                               | 395 |
| <b>CONCLUSIONES</b> .....                                                                                                        | 401 |
| <b>LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN FUTURAS</b> .....                                                                                     | 405 |
| <b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....                                                                                                        | 407 |
| <b>ANEXO I</b> Papeles de trabajo para la evaluación independiente del plan de viabilidad.....                                   | 433 |
| <b>ANEXO II</b> Resultados del panel de expertos: jueces, académicos, administradores concursales<br>abogados y economistas..... | 521 |

## **UNA PROPUESTA PARA LA CONTINUIDAD DE LAS EMPRESAS VIABLES EN EL CONCURSO DE ACREEDORES**

*“Cumple religiosamente tus obligaciones del modo mismo que las contrayeres”*

*Lucio Anneo Séneca*





## **INTRODUCCIÓN**

Nuestra investigación busca adicionar otro punto de vista y proporcionar un pequeño impulso al ingente trabajo que el legislador, la doctrina, los jueces y los profesionales españoles tienen por delante para obtener una mejora sustancial en la eficacia y en la eficiencia de la Ley Concursal.

La obra se estructura en varias partes que se corresponden con los respectivos capítulos:

En el primero, se realiza una revisión general de la literatura y de las opiniones doctrinales españolas y de otras naciones que versan sobre el diseño de un Derecho concursal óptimo, sobre su eficacia y su eficiencia. Se presentan los objetivos, principios y recomendaciones que en materia de normativa sobre insolvencia han emitido prestigiosos organismos internacionales como Naciones Unidas, Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional y la Comisión Europea y que deben suponer los criterios rectores en los que se enmarque todo el Derecho de insolvencia y sus propuestas de mejora.

En el segundo capítulo se estudiará el sistema concursal español a partir de la publicación de la Ley Concursal 22/2003 y sus sucesivas reformas, entre ellas, la Ley 38/2011 que supuso una reforma de gran calado y otras posteriores que han acontecido durante 2013 y 2014. Se analizarán las principales críticas que agrupamos en catorce puntos, algunos de ellos muy relacionados entre sí que, sobre esta Ley, realiza gran parte de la doctrina. Igualmente se analizará la posición que al respecto vienen manteniendo algunos tribunales a la hora de dictar sentencias.

Se referenciarán también los párrafos del texto de la Ley Concursal en vigor que guardan una relación más estrecha con esos catorce puntos y se realizarán los comentarios que entendemos pertinentes en relación a los mismos.

El tercer capítulo contiene la propuesta objeto de este trabajo de investigación, su itinerario y el esquema de referencia. La propuesta pretende mejorar la eficacia y la eficiencia de la Ley Concursal española. Se compara su contenido con los objetivos, principios y recomendaciones emitidos por los organismos internacionales que guardan relación con ella al objeto de detectar posibles incumplimientos que tendremos que corregir o cuando menos justificar.

En el capítulo cuarto se ponen de manifiesto las materias y los conceptos económico/financieros necesarios para poder llevar a cabo la propuesta que hacemos,

como son: la definición de crisis empresarial en relación con la insolvencia, sistemas de alerta temprana que aportan la información necesaria y suficiente para gestionar las crisis en tiempo y forma, así como para efectuar una solicitud de concurso voluntario de manera tempestiva. Y también se enumeran algunos de los obstáculos que convendría remover para lograr una mayor efectividad en la aplicación de las consideraciones que en este trabajo se sostienen.

En concreto, dos son los obstáculos principales que encontramos: determinar el estándar de conducta aplicable, en términos de diligencia de un “ordenado empresario” a los administradores societarios en el desempeño de sus funciones durante los meses previos a que la sociedad derive en una insolvencia inminente o actual, y el establecimiento de un marco regulador de la actividad de valoración del documento “plan de viabilidad” recogido en varios artículos de la Ley Concursal. De acuerdo con este planteamiento, el capítulo quinto trata, con cierto grado de detalle, los posicionamientos doctrinales, judiciales, etc, en referencia a la diligencia del “ordenado empresario” recogidos en el Derecho societario y su posible extensión al Derecho concursal. Se recoge asimismo nuestra posición en la materia.

El capítulo sexto se refiere a la regulación que proponemos en relación con la actividad de valoración/evaluación del plan de viabilidad. Es decir, órgano regulador, perfil profesional, acceso a la profesión, responsabilidad y normas técnicas, así como el desarrollo de una metodología que facilite el desempeño.

Finaliza la obra con un estudio empírico. Dada la dificultad evidente e insalvable de poder demostrar empíricamente el funcionamiento de una propuesta como la que aquí se plantea, se someterá ésta a la opinión de expertos en la materia.

Para ello se valorará la opinión que, a juicio de estos expertos, merece el contenido de la propuesta de mejora del sistema concursal que aquí planteamos en lo que se refiere al concurso voluntario. Además, se pulsará la opinión de los expertos en referencia a la posible y/ o necesaria exigibilidad de un estándar de conducta de los administradores societarios de acuerdo a lo que correspondería a un “ordenado empresario.”

En la investigación se utilizará una aproximación a la metodología Delphi porque ésta aporta mejores resultados, conclusiones más centradas, cuando se solicita la opinión a un grupo no muy numeroso de profesionales expertos.

Entendemos que nuestra propuesta puede mejorar la Ley Concursal en términos absolutos porque no lleva aparejada, creemos, salvo mejor opinión, otros perjuicios. No interfiriendo en el concurso necesario ni en otras cuestiones cuya mejora de unos intereses puede provocar el empeoramiento en otros. De esta manera, la propuesta no interviene en acortamientos de plazos, que podrían ir en detrimento del trabajo de los expertos o de la garantía procesal de las partes, no interfiere en decidir si los créditos con privilegio son demasiados o no para la atención al principio de la *par conditio creditorum*, cuestión no pacífica dado que para algunos autores no se justifica las excesivas excepciones que la norma concursal realiza al principio: privilegios generales, especiales, créditos laborales o de responsabilidad extracontractual, etc. Y la protección que menos predicamento encuentra de todas ellas, la protección a los créditos públicos. También pueden encontrarse opiniones en sentido contrario, por eso nuestra propuesta no hace referencia a este tipo de consideraciones.

A modo de resumen, podemos decir que nuestra aportación se basa, sobre todo, en incentivar conductas empresariales diligentes, manifestadas por anticipaciones suficientes que beneficien a todas las partes ante amenazas futuras, pero próximas, de insolvencia.

Se basa también en el cumplimiento sustancial, de fondo, de los requisitos que la Ley establece para los documentos de viabilidad empresarial preceptivos en algunos supuestos de la Ley Concursal y, en este sentido, el planteamiento supone que el deudor y los expertos independientes, (profesional nombrado por el registrador mercantil en sede de acuerdos de refinanciación, o la administración concursal en sede de concurso), deben desplegar todo el rigor profesional que les es exigible. El documento “plan de viabilidad” tendrá una importancia esencial en el planteamiento que haremos. Estimamos que esta exigencia no conllevará nuevos costes en términos económicos por las minutas de los profesionales y/ o en términos de plazos temporales, ya que si eso fuera así habríamos de entender que el legislador cuando regulaba la materia diseñó el procedimiento pensando en que el cumplimiento en profundidad no iba a realizarse, lo que no resultaría, en modo alguno, admisible.

Pero directamente conectado con este planteamiento, y como requisito previo para la implementación de la propuesta, se establece la necesidad del cumplimiento de fondo de la previsión legal que el Derecho de sociedades y en concreto la Ley de Sociedades de Capital regulan en referencia a los deberes del administrador societario que, para lo que en este trabajo preocupa, se corresponde con el desempeño de sus funciones como un “ordenado empresario”.

Nos parece que solamente los acreedores ordinarios deben pechar con las pérdidas de una sociedad insolvente cuando ésta ha incurrido en insolvencia a pesar de haber sido administrada con la diligencia de un “ordenado empresario”. Porque en este caso la insolvencia es imputable al riesgo empresarial que soportan los operadores del mercado. Pero si la insolvencia societaria se ha presentado y el administrador social no puede acreditar la diligencia de su actuación durante los meses previos a su aparición, los intereses de los acreedores, opinamos, deberían gozar de una tutela jurídica superior.

En muchas ocasiones no se podrá demostrar que la conducta negligente ha causado directamente la insolvencia porque tampoco se podrá demostrar que una actuación diligente la hubiera evitado en todo caso, ya que con frecuencia ésta no deriva de una única causa sino de una acumulación de varias. Pero de lo que sí habrá certeza, o al menos un grado razonable de ella, es que ha existido una antijuridicidad (incumplimiento de la Ley) y que se han producido daños a terceros.

Este trabajo y la propuesta que el mismo conlleva se refieren a la insolvencia del deudor con forma societaria. Y aún cuando las consideraciones que se hacen pueden aplicarse a toda sociedad mercantil, su utilidad puede ser superior cuando se aplica a empresas de menor tamaño, pymes, que por otra parte suponen la mayor parte de tejido productivo del país y aporta el mayor número de empleos en el mercado laboral.

Finalmente, es importante señalar que el principal objeto de esta obra es presentar un campo nuevo de debate en materia de eficacia y eficiencia del sistema concursal español.

Proponemos que el debate considere la posibilidad de alcanzar simultáneamente buenos resultados en términos de satisfacción de intereses de los acreedores a la par que se promueve la continuidad de las empresas viables. Superar, por tanto, la dicotomía que al respecto establece y no resuelve la doctrina, y a la que se hará referencia en posteriores epígrafes entre potenciar la maximización de esos intereses o, alternativamente, fomentar la continuidad de las empresas. Suponemos que se referirá a la continuidad de las empresas viables toda vez que no tendría sentido potenciar la continuidad de las empresas inviables, que consumen más recursos de los que son capaces de aportar y que, por tanto, no son de interés para el deudor ni para los acreedores ni en última instancia para el interés general.

Alcanzar con eficacia y eficiencia superiores este objetivo (maximizar los intereses de los acreedores mediante la continuidad de las empresas viables y la liquidación tempestiva de las inviables) que nos planteamos, exige el tratamiento de muchas materias conexas que guardan con él una directa o indirecta relación, entre otras: los indicadores y los modelos económicos que resultan más potentes para la predicción de la insolvencia empresarial y de la posibilidad exitosa de reestructuración, los problemas de la información contable, el contenido mínimo suficiente de un plan de viabilidad, la capacitación de los expertos independientes a quienes le corresponde su valoración, la metodología y la regulación de su trabajo, la necesaria coordinación del ordenamiento jurídico con la Ley Concursal así como la promoción de conductas diligentes y profesionales de los administradores societarios.

La obra pone de relieve y realiza apreciaciones sobre esas materias pero no es su finalidad realizar una investigación exhaustiva y profunda de cada una de ellas lo que podría ser materia de otras tesis doctorales y de otros trabajos de investigación.

La principal pretensión, reiteramos, es proporcionar un nuevo enfoque para el debate. Este enfoque tiene su punto de partida en una definición diferente del objeto de concurso y tiene su punto de desarrollo en el diseño de un posible itinerario para alcanzarlo. Cabe, por supuesto, la definición de otros objetos y de otros itinerarios correlacionados.

La elaboración de esta investigación ha finalizado en julio de 2014. Por este motivo, las últimas reformas legislativas en materia concursal analizadas han sido la Ley 14/2013 y el Real Decreto-ley 4/2014. Creemos, no obstante, que la ola reformista de la normativa sobre insolvencia va a continuar. De hecho durante las últimas correcciones de esta obra se ha aprobado el Real Decreto-ley 11/2014 de 5 de septiembre de 2014, que ha seguido la senda ya iniciada por el legislador en los últimos textos en cuanto a incrementar las alternativas para la refinanciación de la concursada, facilitar la compraventa de créditos concursales, flexibilizar el contenido de los convenios y facilitar su aprobación. La flexibilidad que promueve el Decreto sigue la dirección que se recomienda en esta investigación. A pesar de ello, mantenemos las reflexiones que expresamos en los epígrafes relacionados. Creemos que éstas no han perdido su virtualidad toda vez que estimamos queda camino aún camino por recorrer, especialmente en lo que se refiere a no penalizar la adquisición de créditos concursales por parte de personas especialmente vinculadas con el deudor y en lo que hace referencia a la creación de mercados de deuda concursal.

Por el contrario el citado Real Decreto-ley 11/2014 nada regula para solventar otros problemas fundamentales de los que la legislación de la insolvencia española es tributaria y, por tanto, ninguna solución propone a modo de lo que aquí decimos.



## **PARTE PRIMERA**

La primera parte de este trabajo de investigación profundizará acerca de cómo debe ser el diseño de un sistema concursal óptimo en términos de eficacia y de eficiencia.

Se expondrán algunos de los problemas principales que el sistema concursal español tiene en la actualidad, al mismo tiempo que se analizarán de acuerdo a los criterios de la doctrina y de los tribunales.

Se presentará una propuesta que, consideramos, puede ayudar a la normativa sobre insolvencia de España en la búsqueda de esa optimización.





## **CAPÍTULO I**

### **PRINCIPIOS Y RECOMENDACIONES PARA DISEÑAR UN SISTEMA CONCURSAL EFICAZ Y EFICIENTE**



## **1-INTRODUCCIÓN**

El sistema concursal, como conjunto de normas que regulan la insolvencia de las empresas tiene una relevancia trascendental para la competitividad del tejido productivo y para la riqueza de los ciudadanos, afecta a la toma de decisiones de los empresarios, de los administradores y también de los inversores. Por ello, ésta es una materia profusamente estudiada y son varios los organismos internacionales que al respecto emiten principios y recomendaciones para la legislación de insolvencia que se aprueba en los diferentes países.

Sin embargo, a lo largo de este capítulo se observará cómo todavía se está lejos de alcanzar la excelencia en el conocimiento de esta disciplina.

Se pondrá de manifiesto la necesidad de que cada país adapte la normativa a su idiosincrasia particular y emergerán también las discrepancias de los expertos en contenidos fundamentales de ella, como: el objetivo del concurso y las definiciones de eficacia y de eficiencia que se utilizan. Se trabajará sobre el diseño de un sistema concursal óptimo.

Paralelamente, se definirá y se acotará el ámbito de este trabajo que se circunscribirá al análisis, crítica y propuesta de modificación de catorce puntos, estimamos, fundamentales a considerar en un planteamiento de mejora de la eficiencia y de la eficacia de la Ley Concursal española.

## **2-SISTEMA CONCURSAL**

### **2.1 Sistema concursal**

La Ley Concursal de un ordenamiento es un sistema integrado por un conjunto de normas reguladoras de la insolvencia. Es un sistema que para una buena parte de los ordenamientos de nuestro entorno tiene como fin principal la satisfacción de los acreedores, aunque no falta también quien defiende que éste debe ser la conservación de la empresa y el empleo<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> RUEDA, J. A. (2004): “Diagnóstico y respuestas ante la crisis empresarial (especial referencia al nuevo proceso concursal)”, pp. 207-211

Puede tener otros fines subordinados, pero su principal característica es que está sujeto a unos principios, el fundamental, la *par conditio creditorum*.

La normativa sobre insolvencia no debe contener contradicciones internas, es decir, entre todas las normas que regulan algún aspecto de la misma desde cualquier perspectiva y, al mismo tiempo, tiene que mantener la coherencia externa, es decir, con el resto de las normas que conforman el ordenamiento jurídico. Veremos en ulteriores epígrafes como el ordenamiento español tiene campo de mejora al respecto<sup>2</sup>.

Desde el inicio de las relaciones económicas, hace ya muchos siglos, ha preocupado sobremanera el perjuicio que a un acreedor y al interés general puede provocar la insatisfacción de las obligaciones contraídas por la otra parte de la relación.

Por este motivo los ordenamientos jurídicos, con mayor o menor acierto, con mayor o menor rigor, han buscado regular la insolvencia. Ya desde el Derecho Romano encontramos figuras que pertenecen al Derecho Concursal<sup>3</sup>.

Según ha señalado Díaz<sup>4</sup>, el Derecho Romano no contemplaba el procedimiento de forma similar a como acontece en los Derechos modernos aunque sí disponía de algunas instituciones que pueden considerarse similares. Instituciones que oscilaban entre la de mayor gravedad, como era la *manus iniectio*, donde el deudor que no pagaba o afianzaba era vendido como esclavo, hasta otra más evolucionada, en relación con el pensamiento actual, como fue la *Lex Poetilia* donde ya se consideraba la ejecución patrimonial del deudor.

En el mismo sentido, Urquizu<sup>5</sup> trae a colación las palabras de la doctrina foral valenciana, “al recordar que el origen remoto de la institución, (la quiebra), cabe hallarlo en una ley de las XII tablas, en la que se permitía la ejecución personal del deudor insolvente-*nexus*- por su acreedor, siendo sus efectos moderados, posteriormente, por una *lex -lex Poetelia Papiria et lex Iulia-* en la que sólo se podía retener en la cárcel a los deudores pobres.”

Urquizu<sup>6</sup> pone de relieve la creencia de que los romanos abolieron esta ley *De nexis* en el año 326 a.C. por la *lex Poetelia Papiria*.

---

<sup>2</sup> OLIVENCIA, M. (2012): “Los motivos de la reforma de la ley concursal”, p. 24. El autor define la Ley Concursal de un ordenamiento como “sistema, es decir, como un conjunto ordenado de normas en su estructura y funcionamiento, armónico y dinámico orientado hacia un fin y regido por unos principios. Eso es un sistema.”

<sup>3</sup> En contra de esta idea podemos encontrar, entre otros, a BISBAL, (1986): “La empresa en crisis y el Derecho de Quiebras”, p. 93. Sostiene que “desde un punto de vista jurídico se ha pretendido situar el origen de las instituciones concursales en el Derecho Romano, esta idea ha sido criticada, demostrando que lo único que puede aportarse en defensa de la misma es la existencia de una cierta continuidad léxica.”

<sup>4</sup> DÍAZ, J. L. (2012): “Manual práctico de Derecho concursal (la ley concursal tras la reforma de la ley 38/2011”, p. 2

<sup>5</sup> URQUIZU, O. J. (2013): “La quiebra y el concurso de acreedores: origen, pervivencia y recepción en el sistema jurídico español”, p. 23

En esta obra de investigación se puede seguir el origen y la evolución de la institución de la quiebra que el autor trata con gran profundidad.

<sup>6</sup> URQUIZU, O. J. (2013), p. 26

Díaz sitúa en esta Ley la aparición por primera vez del concepto de masa de acreedores por cuanto suponía que el patrimonio del deudor que no había satisfecho sus obligaciones era entregado a todos sus acreedores, y con ello aparece también el principio de igualdad de trato o par *conditio creditorum*, que llegará hasta nuestros días como uno de los principios fundamentales del Derecho Concursal actual<sup>7</sup>.

El importante incremento del comercio que se produce durante la Edad Media, tanto en el ámbito interno como en el externo, fuera de las fronteras nacionales, y la necesidad de seguridad jurídica que éste siempre lleva aparejada obligaron a buscar un mayor perfeccionamiento en las instituciones jurídicas reguladoras de la insolvencia.

En este sentido, entiende Díaz<sup>8</sup> que la evolución histórica se separa en dos vías diferenciadas: una continuadora del Derecho Romano en la que el juez asiste a los acreedores para que puedan hacer efectivos sus derechos mediante la ejecución del concurso; y otra, propia del Derecho Franco, en la que se parte de una perspectiva muy diferente ya que el quebrado es considerado como un defraudador y en base a esta idea se otorga al Estado la función de represión del hecho ilícito de la quiebra.

Lógicamente, es la primera vía la que obtiene un mayor predicamento en nuestros días.

En España son las Ordenanzas de Bilbao de 1737 las que regulan por primera vez el Derecho de Quiebra, tanto en su aspecto procesal como sustantivo, para los comerciantes de la época.

Estas Ordenanzas consideraban tres tipos de situaciones de insolvencia para las que establecían un régimen diferenciado:

- 1) La impuntualidad que se produce cuando el comerciante “teniendo...bastantes bienes para pagar enteramente a sus acreedores... se justificare, que por accidente no se halle en disposición de hacerlo con puntualidad”
- 2) La quiebra no culpable o fortuita que sucede cuando los comerciantes “por infortunios...quedan alcanzados sus caudales”
- 3) El alzamiento, que ocurre cuando los comerciantes “arriesgan los caudales de terceros con dolo y fraude”<sup>9</sup>

Urquizu<sup>10</sup> atribuye a las Ordenanzas de Bilbao una de las características más esenciales del procedimiento concursal que es, estar ante un juicio universal.

La normativa de la insolvencia española ha experimentado diferentes concepciones a lo largo del tiempo y los Códigos de Comercio son importantes exponentes de ellas.

El Código de Comercio de 1829, establecía en su art. 1003 cinco clases de quiebra.

---

<sup>7</sup> BISBAL, J. J. (1986): “La empresa en crisis...” op. cit., pp. 90-92, en sentido contrario sitúa el principio de igualdad de trato en el *ius mercatorum* de la Edad Media. Considera que la quiebra, “como procedimiento dirigido a la liquidación del patrimonio de un deudor en beneficio de sus acreedores, nació en las ciudades italianas de la Baja Edad Media. La fuente jurídica originaria de esta institución fue el *ius mercatorum*, que era un conjunto normativo opuesto al Derecho Romano. Este último, a diferencia del primero, estaba basado en reglas cuya función principal era la conservación y el disfrute de los bienes.”

<sup>8</sup> DÍAZ, J. L. (2012): “Manual práctico...”, op. cit., p. 3

<sup>9</sup> BISBAL, J. J. (1986): “La empresa en crisis...” op. cit., pp. 116-117

<sup>10</sup> URQUIZU, O. J. (2013): “La quiebra...”, op. cit., p. 221

- 1) Suspensión de pagos.
- 2) Insolvencia fortuita.
- 3) Insolvencia culpable.
- 4) Insolvencia fraudulenta.
- 5) Alzamiento.

En referencia a la suspensión de pagos, consideraba quebrado de primera clase el comerciante que suspendía temporalmente los pagos y pedía a sus acreedores un plazo para realizar sus mercaderías o créditos y poder satisfacerles, pero que manifestaba tener bienes y derechos suficientes para satisfacer todas sus deudas<sup>11</sup>.

Por su parte, en opinión de Palao<sup>12</sup> el Código de Comercio de 1885<sup>13</sup> no exigió la existencia de un patrimonio neto positivo en el deudor lo que dio lugar a grandes abusos que tuvieron como resultado una modificación del Código en 1897.

Pero a pesar de la experiencia anterior, el legislador publicó una Ley de suspensión de pagos en 1922, que permitía tramitar como suspensiones de pagos situaciones patrimoniales que no eran tales, sino verdaderas quiebras, lo que, en opinión de algunos autores, perjudicaba enormemente, los intereses de los acreedores<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Código de Comercio de 1829, art. 1003, “Entiéndese quebrado de primera clase el comerciante que, manifestando bienes suficientes para cubrir todas sus deudas, suspende temporalmente los pagos, y pide a sus acreedores un plazo en que pueda realizar sus mercaderías o créditos para satisfacerles.”

<sup>12</sup> PALAO, J. M. (2013): “La insolvencia inminente y el sistema concursal preventivo”, p. 36

<sup>13</sup> Código de Comercio de 1885, art. 870, “El comerciante que, poseyendo bienes suficientes para cubrir todas sus deudas prevea la imposibilidad de efectuarlo a las fechas de sus respectivos vencimientos, podrá constituirse en estado de suspensión de pagos, que declarará el juez de Primera Instancia de su domicilio, en vista de su manifestación”. CASADO, J. (2011): “La liquidación concursal de la empresa en sociedades de capital: apertura, efectos y operaciones de capital”, p. 93, sitúa en este Código de Comercio de 1885 la denominación de las sociedades mercantiles, si bien el sujeto pasivo de la quiebra seguía siendo el comerciante. Por primera vez aparecen en la legislación concursal española disposiciones específicas relativas a la quiebra de las sociedades mercantiles, ya que hasta ese momento sólo se habían recogido en la Ley de 12 de noviembre de 1869 normas sobre quiebras de compañías de ferrocarriles y demás obras públicas de forma restrictiva.

Art. 874 “Se considera en estado de quiebra al comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones.”

En opinión de URQUIZU, O. J. (2013): “La quiebra...”, op. cit., pp. 245-247. “En el código de 1885 se reconoce un estado preliminar de quiebra, que se corresponde con el comerciante que no ha cesado definitivamente y por completo en el pago de sus obligaciones corrientes (...). El Código de 1885 faculta al comerciante que no podía satisfacer sus obligaciones corrientes, pero que tenía bienes suficientes para hacer frente a las mismas, para llegar a un acuerdo con sus acreedores, pudiendo suspender los pagos en tanto en cuanto los acreedores no aprobaran o rechazaran el convenio (...). El legislador reconoce un estado intermedio entre el comerciante que cumple regularmente sus obligaciones y el comerciante que se ve imposibilitado de hacer frente a sus compromisos (...). A esta última situación es la que el Código denomina quiebra, y que no es otra que la del comerciante cuando cesa definitivamente en el pago corriente de sus obligaciones”.

<sup>14</sup> PALAO, J. M. (2013): “La insolvencia inminente...”, op. cit., p. 39, una exposición más detallada de esta evolución podemos encontrarla en la obra de este autor, quien considera que estos cambios de perspectiva del legislador llegarán hasta nuestros días y para quien, “esta pérdida de perspectiva tendrá sus consecuencias en el sistema actual que origina primeramente una unificación de los dos institutos en la nueva Ley Concursal de 2003, para luego tratar de atenuarlo, a través del RD Ley 3/2009 de 27 de marzo de modificación de la misma, permitiendo un trámite extrajudicial para aligerar la carga procesal que implica la ley concursal”.

Contrariamente a la opinión de Palao, y de parte de la doctrina, en este trabajo sostendremos que la mayor satisfacción de los intereses de los acreedores no vendrá de procedimientos diferenciados, uno para las situaciones de suspensión de pagos y otro para las situaciones de quiebra patrimonial, sino del

Como se puede observar en España, y podemos decir que también en los países de nuestro entorno, se han ido sucediendo, durante los siglos XIX y XX, diferentes Leyes sobre insolvencia que tenían la intención de facilitar el comercio, las relaciones empresariales, la seguridad del tráfico y la satisfacción ordenada de todos los acreedores. Los resultados han supuesto algunas luces y bastantes sombras y ello ha conducido a que la sociedad actual no renuncie a dotarse de una normativa concursal que siendo más eficaz, cumpla mejor sus objetivos, y que siendo más eficiente, utilice menos recursos para alcanzarlos.

El tema suscita más interés y controversia en la doctrina y en la literatura, si cabe, porque la intensidad y la duración de la crisis económica en la que están inmersos muchos países, España con especial crudeza, provoca un número extraordinario de insolvencias y cierres empresariales.

Podemos decir que la importancia del sistema concursal con el que se dota un país es trascendental y ello porque, entre otros, afecta a los siguientes aspectos:

-Los valores bursátiles.

-La fluidez, coste y garantías de la financiación de las empresas.

-La competitividad de éstas en un Estado frente a otro.

-La práctica diligente de la administración societaria y a la toma de sus decisiones. En este sentido, existen numerosos estudios empíricos publicados que estudian la influencia que un sistema concursal puede tener sobre la toma de decisiones en ámbitos empresariales efectuadas por los diferentes agentes<sup>15</sup>. En base a los mismos, se puede obtener algunas conclusiones y elevarlas a un cumplimiento de carácter general.

Ciertamente, la mayor parte de los estudios corresponden a EEUU pero pueden ser aplicables también a España y a otros países, ya que comparten una gran parte de la lógica empresarial.

E incluso a la legislación concursal se le atribuye una relación directa sobre el resultado y la eficacia del propio procedimiento concursal, lo que no sucede en otros sectores del ordenamiento, en los que la crítica puede limitarse a cuestiones de justicia material<sup>16</sup>. Es

---

establecimiento de procedimientos diferenciados para las empresas económicamente viables y para las empresas económicamente inviables.

<sup>15</sup> LÓPEZ, C. (2005): “Insolvencia financiera en la Unión Europea. Efecto de la legislación concursal sobre el valor de mercado”, Tesis Doctoral, esta investigación profundiza en la influencia que ejerce, en particular, sobre las decisiones financieras de la empresa. Relacionados con la materia son interesantes los artículos, ACHARYA, V.; SUNDARAM, R. K.; JOHN, K. (2010): “Cross-country variations in capital structures: The role of bankruptcy codes” y AGHION, P. HART, O.; MOORE, J. (1994): “The Economics of Bankruptcy Reforms”. Asimismo, Vid LÓPEZ, C. ; GARCÍA, M.; TORRE, B. (2007): “Implicaciones financieras de la legislación concursal: una comparativa europea”, p. 119, para estos autores, “independientemente de su importancia para la maximización del valor de la empresa en dificultades, la normativa concursal influye de manera crucial en la reacción de los inversores al establecer, con las distintas disposiciones que regulan todo el procedimiento, el reparto de ese valor entre los distintos partícipes de la empresa”; PINDADO, J.; RODRÍGUEZ, L.; DE LA TORRE, C. (2008): “How do insolvency codes affect a firms’ investment?”, pp. 227-228

<sup>16</sup> CAMACHO, M. M.; MARTÍNEZ, J.; URQUÍA, E. (2010): “Enfoque económico y jurídico del procedimiento concursal”, pp. 80-94, en este artículo se puede encontrar una ampliación de estos temas.



decir, que la normativa concursal es doblemente importante: porque su calidad (eficacia y eficiencia) afecta al desarrollo económico de las empresas y porque, además, afecta al propio resultado del procedimiento normalizado.

Asimismo, los estudios publicados constatan que el régimen de insolvencias de cada país debe estar adaptado a sus circunstancias particulares, a su cultura intrínseca, a las características de su tejido empresarial, a su sistema financiero, al diseño de sus mercados de deuda, etc. Y en lo que existe consenso es en el reconocimiento de la complejidad que entraña un diseño eficaz y eficiente del sistema concursal aplicable.

Por todo ello no se nos oculta la dificultad que supone la realización de propuestas de mejora para diseñar un sistema concursal más eficaz y más eficiente de aplicación a España.

A la multitud de variables que afectan a la gestión y a los resultados de las empresas y que dificultan en extremo la definición de indicadores o de estándares que nos indiquen cuándo una empresa puede ser viable, con un aceptable margen de error que recoja sólo el riesgo inherente a toda actividad mercantil, se suma el nulo consenso doctrinal acerca de cuál sería el modelo concursal óptimo. Las aportaciones que ponen de manifiesto que éste no existe así como otras que suponen, además, que el mejor sistema para un país puede no serlo para otro porque cambian las circunstancias de aplicación contribuyen a incrementar la dificultad<sup>17</sup>.

A lo anterior, y abundando en la complejidad de la normativa en cuestión, sumamos el hecho de que se está tratando de cuestiones jurídicas pero al mismo tiempo de materias económicas y empresariales, lo que obliga al juez a pronunciarse sobre hechos económicos reales y previsionales. En la misma línea argumental encontramos, entre otros, a García y Calbacho<sup>18</sup>, quienes constatando la dificultad de valorar y enjuiciar datos económicos previsionales consideran que éstos podrán provocar altos niveles de discrecionalidad judicial a la par que dificultarán el control en segunda instancia de una decisión judicial tomada en función de criterios económicos.

Lo que nos lleva, en nuestra opinión, a profundizar en la necesidad de establecer parámetros e indicadores económico-financieros orientadores para la toma de decisiones en diferente ámbitos: por parte de los profesionales expertos, nombrados por el registrador mercantil, en sede de acuerdos de refinanciación, o también por parte de los administradores concursales, en sede de concurso, y del propio juez en primera instancia así como en segunda instancia en sede de apelación.

Todo lo anterior supone una multitud de retos a los que la normativa concursal, en nuestro caso española, deberá dar respuesta en los próximos años.

---

<sup>17</sup> LÓPEZ, C. (2005): “Insolvencia financiera en la Unión Europea: efecto de la legislación concursal sobre la valoración de mercado”, p. IX introducción, Tesis Doctoral, el autor investiga los trabajos teóricos que han tratado de desarrollar procedimientos concursales óptimos y determina que no se ha conseguido alcanzar un paradigma de referencia.

Lo explica porque las propuestas difieren sustancialmente entre sí y porque éstas no han conseguido una implantación real en los ordenamientos.

<sup>18</sup> GARCÍA, E; CALBACHO, F. (2012): “La paralización de las ejecuciones individuales en situaciones preconcursales”, pp. 53-59

## **2.2 Importancia del sistema concursal para cada nación**

La existencia de la normativa concursal es una consecuencia de que los mercados son incompletos y la información de los agentes que en ellos intervienen asimétrica. Obedece también a que los intereses de éstos no están alineados en demasiadas ocasiones.

Estos problemas se intensifican durante los meses previos a la insolvencia empresarial cuando la desalineación entre los intereses de los dueños de la empresa, sus directivos y sus acreedores alcanza su más alto nivel<sup>19</sup>.

El concurso de acreedores puede suponer un apoyo esencial para promover la continuidad de las empresas viables, es decir, cuando la empresa reorganizada sea capaz de producir unos *outputs* de valor superior al de los *inputs* que consume y este diferencial sea suficiente para remunerar, como mínimo, los recursos ajenos que utiliza.

En otro caso, el procedimiento concursal debe dirigir la empresa hacia la venta o hacia la liquidación.

El proceso concursal y, por tanto, la normativa que lo regula, ofrece una protección temporal a la empresa en dificultades, que gana tiempo para intentar una reorganización ya que cabe la paralización de las ejecuciones y del devengo de los intereses.

Lógicamente, la necesidad de una Ley Concursal deriva de que la sofisticación de las actividades empresariales hace inviable, o al menos económicamente ineficiente, la financiación exclusiva mediante la aportación de recursos propios.

Lo que lleva a algunos autores<sup>20</sup> a afirmar, “en cualquier discusión de los méritos o deficiencias de un determinado diseño de procedimiento de quiebra se halla implícito el supuesto de existencia de algún tipo de fricción, un fallo en el teorema de Modigliani-Miller, que impide que las empresas puedan corregir el diseño deficiente de cualquier disposición del Código Concursal”.

La teoría económica clásica afirma que el valor de una compañía no tiene en cuenta la estructura de su financiación en ausencia de impuestos, costes de quiebra y asimetría de información<sup>21</sup>. Sin embargo estas limitaciones no las podemos omitir en la práctica, especialmente en lo referente a la asimetría de información que se hace más intensa según la empresa se acerca a la situación de quiebra. De ahí surge, entre otras razones, la necesidad de disponer de un Derecho de insolvencias adecuado.

---

<sup>19</sup> CELENTANI, M.; GARCÍA-POSADA, M.; GÓMEZ, F. (2010) “EL enigma de los concursos empresariales en España y la crisis”, p. 464, los autores se apoyan en Tano Santos, (Columbia Business School), quien sugiere que “los códigos concursales existen para gestionar las dificultades empresariales en presencia de apalancamiento y para equilibrar los intereses legítimos de los acreedores con el objetivo social de proteger las empresas rentables. En concreto, los códigos concursales ayudan a averiguar si la empresa en dificultades es viable.”

<sup>20</sup> CELENTANI, M.; GARCÍA-POSADA, M.; GÓMEZ, F. (2010): “El enigma...”, op. cit., p. 468

<sup>21</sup> Teorema de Modigliani y Miller. Una explicación detallada del Teorema de Modigliani y Miller puesto en relación con la materia concursal se puede consultar en BISBAL, J. J. (1986): “La empresa en crisis...”, op. cit., pp. 322- 340

También el Banco Mundial<sup>22</sup> reconoce la importancia que para un país tiene dotarse de unos sistemas efectivos de insolvencia y de Derecho de acreedores porque estos sistemas son un elemento de importancia en la estabilidad del sistema financiero.

En este sentido, el Banco Mundial crea, en el año 1999, varias comisiones de expertos en las que participan hasta 70 países con la finalidad de elaborar unos principios orientativos que, se recomienda, sirvan de referencia para la aprobación y reformas de normativas sobre insolvencia. A partir de 2001 se tiene elaborado el documento que contiene los mencionados principios que serán revisados posteriormente en diciembre de 2005, a la luz de la experiencia obtenida desde la primera publicación.

Para el citado organismo la importancia de disponer de un ordenamiento confiable y transparente, que proporcione una respuesta efectiva a los legítimos intereses de los acreedores, es fundamental para lograr una redistribución eficiente de los recursos productivos en el ámbito empresarial. De esta manera, será posible proporcionar la confianza necesaria en los inversores y en muchos casos será posible una reestructuración empresarial cuando las circunstancias así lo aconsejen<sup>23</sup>.

Asimismo considera que los sistemas de insolvencia están llamados a desempeñar un papel preponderante en las épocas de crisis económicas, por cuanto proporcionan mecanismos para responder y resolver con rapidez las cuestiones financieras.

De la misma manera el Fondo Monetario Internacional<sup>24</sup> atribuye a los sistemas de insolvencia eficientes un protagonismo esencial para la economía de las naciones.

Por este motivo, es necesario investigar sistemas posibles a la luz de la experiencia obtenida desde la primera publicación.

Abundando en esta idea acerca de la gran importancia de los sistemas concursales para la economía de un país se pronuncia Palao<sup>25</sup>, para quien el ordenamiento concursal establecido en un país es una de las normas principales en materia mercantil, y lo es cualquiera que sea el ciclo económico en el que deba ser aplicado, sea éste de crisis, de bonanza o de estancamiento. Considera el autor, de manera análoga al Banco Mundial, que la principal aportación que el Derecho de insolvencia puede realizar es la de proporcionar seguridad al mercado y, por ello, favorecer su desarrollo.

También López<sup>26</sup> atribuye un protagonismo fundamental al sistema concursal en lo que se refiere a la financiación empresarial ya que determina los procesos de resolución de contratos y un método para la satisfacción de las obligaciones. Pero, por encima de todo ello, hay que tener en cuenta que la normativa de insolvencias puede afectar a la toma de decisiones empresariales de naturaleza financiera.

---

<sup>22</sup> BANCO MUNDIAL (2001): “Principios para Sistemas Efectivos de Insolvencia y de Derechos de los Acreedores del Banco Mundial”, revisión diciembre de 2005 p. 1

<sup>23</sup> Sobre los principios de las leyes de insolvencia puede consultarse, FINCH, V. (2009): “Corporate insolvency law: perspectives and principles”

<sup>24</sup> Vid Fondo Monetario Internacional (1999): “Orderly and effective Insolvency Procedures: key issues”

<sup>25</sup> PALAO, J. M. (2013): “La insolvencia inminente...”, op. cit., p. 41

<sup>26</sup> LÓPEZ, C. (2005): “Insolvencia financiera...”, op. cit., pp. vi y vii de la introducción

En efecto, conocer cómo actúa la Ley ante la insatisfacción de las obligaciones mercantiles tiene relación directa con la estructura financiera óptima de las empresas y con el coste del capital, es decir, con la competitividad empresarial en última instancia.

De hecho, numerosos estudios, incluso no específicamente económicos, avalan la influencia que el marco jurídico y su forma de regular las insolvencias tiene en el funcionamiento económico de un país porque afecta a las decisiones de estructura financiera de las empresas, al coste de su financiación y por ello a su eficiencia, entre otras materias.

En este sentido, Celentani<sup>27</sup> y colaboradores asignan una influencia significativa a los sistemas legales en los resultados *ex post* del proceso concursal a través de la asignación que realizan del poder de control de los activos a los acreedores, deudores, terceros (jueces o administradores concursales), pero asignan al mismo tiempo una influencia en las decisiones *ex ante* y con ello volvemos a considerar las decisiones empresariales sobre financiación óptima.

Qian y Strahan<sup>28</sup> estudian la forma en que las normas de protección de los acreedores afectan al precio, y a elementos ajenos a éste (como el plazo de vencimiento de la deuda), de los préstamos bancarios en una muestra de 60 países. El citado artículo de Celentani hace mención a una propuesta de modelo<sup>29</sup> donde el apalancamiento óptimo depende del grado de orientación pro acreedor de la legislación concursal, pero también del valor liquidativo de la empresa. Y en el mismo sentido encontramos la obra de Rueda<sup>30</sup>.

Tras haber analizado la materia en profundidad, López<sup>31</sup> ha obtenido las siguientes conclusiones que suponen razones para seguir avanzando en la búsqueda de sistemas concursales óptimos:

En primer lugar, su estudio contrasta cómo la valoración de los títulos de una empresa varía en función del tipo de legislación concursal aplicable que, a través de las implicaciones que generan medidas concretas, afecta al valor de mercado de la empresa con dificultades financieras. Además ha comprobado que en los sistemas concursales más enfocados a la protección de los derechos de los acreedores se produce una mayor

---

<sup>27</sup> CELENTANI, M.; GARCÍA-POSADA, M; GÓMEZ, F (2010): “El enigma...”, op. cit., p. 403

<sup>28</sup> Vid las conclusiones del estudio realizado en 2007 en CELENTANI.; GARCÍA-POSADA.; GÓMEZ. (2010): “el enigma...”, op. cit., p. 405

<sup>29</sup> ACHARYA et al. (2010) en CELENTANI y AAVV (2010): “El enigma...”, op. cit., p. 405

<sup>30</sup> RUEDA, J. A. (2004): “Diagnóstico...”, op. cit., p. 223, el autor observa cómo una parte cada vez mayor de la investigación relativa al fracaso empresarial considera la relación que éste tiene con un diseño de leyes óptimas y al respecto indica, “la trascendencia de esta tarea es obvia si se tiene en cuenta como apunta Espinosa Montero (1999) que la prima de riesgo incorporada a todos los créditos incluye la estimación por parte de las entidades financieras del riesgo de pérdidas asociado a las quiebras por lo que el coste de capital de los diferentes mercados de capitales está estrechamente ligado al grado de eficiencia del sistema concursal (Baxter 1967, Franks y Torow 1993). Estima Espinosa en un 1,5% la prima de riesgo de quiebra soportada por las empresas españolas durante el período 1984-1992. Esta aproximación puede dar una idea del sacrificio que en términos de rentabilidad soportarían las empresas españolas y, por tanto, la competitividad del país”. Vid también los artículos de MARSH, D. (2013): “A straightforward guide to bankruptcy, insolvency and law”, MAX SAFLEY, T. (2013): “the history of bankruptcy: economic, social and cultural implications in early modern Europe” y MOSSMAN, C. ; BELL, G. ; SWARTZ, L. ; TURTLE, H. (1998): “An empirical comparison of bankruptcy models”

<sup>31</sup> LÓPEZ, C. (2005): “Insolvencia financiera...”, op. cit., pp. 293-294

pérdida de valor de los títulos que en los sistemas orientados hacia la continuidad de la empresa y la protección del deudor como entidad en funcionamiento, seguramente, por las mayores transferencias de riqueza y por el efecto informativo que este tipo de situaciones origina. Por ello, el autor entiende que en la medida en que la legislación concursal afecta a las decisiones financieras de todas las empresas, insolventes o no, estos resultados pueden suponer un movimiento de financiación por medio de acciones, es decir, en el que las empresas se financian básicamente con recursos propios, hacia sistemas más protectores de los intereses del deudor, mientras que la financiación con deuda puede orientarse a países más protectores con los intereses de los acreedores. Esto podría originar que empresas más relacionadas con la financiación propia, como las tecnológicas o las “*start ups*”, pueden encontrar incentivos a establecerse en países con un determinado sistema concursal que proteja más a sus accionistas.

En segundo lugar, ha comprobado cómo medidas para mejorar la eficiencia *ex ante* pueden tener un efecto negativo sobre las empresas con dificultades financieras. Se pone también de manifiesto la importancia de establecer mecanismos que permitan la continuidad de las empresas económicamente viables<sup>32</sup>.

En tercer lugar, observa que el riesgo de insolvencia tiene un carácter específico que se incrementa a medida que empeora la situación de la empresa<sup>33</sup>.

En nuestra opinión, la primera parte de la primera conclusión es importante y debe tenerse en cuenta en el diseño normativo de la insolvencia en España, pero no debe olvidarse que en este país la mayor parte de las empresas que conforman el tejido empresarial son pymes no cotizadas y tampoco que las empresas grandes tienen más posibilidades de llegar a acuerdos privados y de recibir ayudas públicas, “*Too big to fail*”.

La segunda parte de esa primera conclusión también debe tenerse en cuenta en una economía como la española que necesita más actividad de creación de empresas, porque la cultura emprendedora es inferior a otros países desarrollados y también porque las empresas de base tecnológica son fundamentales para fomentar los niveles de competitividad de un Estado.

La segunda conclusión nos relaciona con algo de lo que somos plenamente conscientes como es la necesidad de lograr una normativa de insolvencia que incentive el rigor en el cumplimiento de las obligaciones a la par que posibilite encontrar un procedimiento que facilite la continuidad de las empresas viables, y todo ello compatible, a su vez, con el incremento del dinamismo empresarial en términos cuantitativos, tan necesario en cualquier momento y circunstancia.

Aunque a nuestro juicio, el sistema no debe percibirse como una herramienta que utilicen las empresas en su estrategia habitual, para ello ya disponen de un amplio abanico de alternativas y posibilidades que proporciona el tráfico mercantil. Por el contrario, una vez se han encendido las alarmas tempranas de aviso de crisis, y si han fracasado las opciones anteriores, el mecanismo debe ponerse en marcha y favorecer la continuidad pero siempre con un coste para el deudor, por ejemplo la necesaria aprobación externa de su plan de viabilidad así como la gestión controlada durante el

---

<sup>32</sup> LÓPEZ, C. (2005), pp. 293-294

<sup>33</sup> LÓPEZ, C. (2005), pp. 293-294

tiempo de implementación de éste y hasta el cumplimiento completo de los compromisos asumidos con los acreedores.

La tercera conclusión conecta con el sistema de alarmas tempranas para que el mecanismo se inicie cuando la situación es salvable y, por tanto, no irreversible.

### **2.3 Cada nación tendría un modelo óptimo de sistema concursal**

El Banco Mundial edita unos principios que a su entender debe considerar todo diseño de legislación concursal que aspire a su optimización. Han sido diseñados como una herramienta de evaluación de amplio espectro, “a fin de ayudar a los países en sus esfuerzos por evaluar y mejorar aspectos fundamentales de los sistemas de Derecho Comercial para un clima de inversión sano, y para promover el crecimiento económico y comercial”.

El Banco Mundial entiende que estos principios deben ser flexibles, orientativos y que, por tanto, exigen que cada país realice un esfuerzo para adaptarlos de la forma más coherente a sus circunstancias particulares y de esta manera desplieguen toda su virtualidad<sup>34</sup>.

Para López,<sup>35</sup> los investigadores Berkovitch e Israel<sup>36</sup> intentan encontrar un modelo de legislación concursal óptimo. Pero sostienen que éste no será el mismo para todos los países, consecuencia de que entre ellos existen importantes diferencias en la estructura de la información en la economía, como factor fundamental en la relación entre los acreedores y el deudor. Consideran que una normativa concursal óptima siempre tiene que dar a los acreedores la posibilidad de exigir la liquidación de la empresa si el deudor no puede convencerlos de las ventajas de la continuidad. Suponen que esta prevención legal abaratará y facilitará la financiación para todas las empresas del mercado.

La idea así descrita es un pilar fundamental en nuestra propuesta. Consideramos que la última palabra para la continuidad de una empresa debe estar en manos de los acreedores por dos motivos fundamentales: primero, porque el objetivo del concurso debe ser la satisfacción de los intereses de los acreedores por encima de cualquier otro, segundo, porque si los acreedores no dan su apoyo al nuevo plan de empresa propuesto por el deudor como salida a su crisis, éste entra en una manifiesta inviabilidad financiera toda vez que no consigue los recursos ajenos necesarios para su implementación.

López presenta la propuesta de los investigadores citados que desarrollan en su trabajo la hipótesis de que la estructura informativa de la economía de cada país puede originar que diferentes sistemas concursales puedan ser eficientes, en función del tipo de sistema financiero vigente en el país en el que se aplican. Lo que en opinión del autor, podría servir de explicación de la variedad de procedimientos existentes en la actualidad,

---

<sup>34</sup> BANCO MUNDIAL (2001): “Principios...”, op. cit., p. 2

<sup>35</sup> LÓPEZ, C. (2005): “Insolvencia financiera...”, op. cit., p. 110

<sup>36</sup> BERKOVITCH, E.; ISRAEL, R. (1999): “Optimal bankruptcy laws across different economic systems” en LÓPEZ, C. (2005): “Insolvencia financiera...”, op. cit., p. 110

incluso dentro de los países de la Unión Europea, pero continúa, “si bien es cierto que el planteamiento supone un avance importante, no parece que se ha llegado a una conclusión definitiva porque la evidencia empírica no respalda esas conclusiones, si se tiene en cuenta que el paradigma de la legislación protectora del deudor es el capítulo 11 de Estados Unidos, y el de protección de los acreedores el de Reino Unido, países que tienen una evidente afinidad, no sólo en cuanto a su tipo de sistema financiero, sino también de tipo sociocultural e histórico”<sup>37</sup>.

Por tanto se evidencia que todavía existe un campo muy extenso para la investigación de la materia.

De todas formas, los estudios empíricos no podrán ajustarse totalmente a la realidad dado que las variables de influencia en la vida real son excesivamente numerosas y las herramientas descubiertas en la actualidad son sólo una simplificación de esa realidad, lo que no debe conducirnos al extremo contrario de no valorar suficientemente el conocimiento que aportan, los datos que explican y la cada vez más alta sofisticación que desarrollan.

## **2.4 Pautas para orientar un sistema concursal óptimo**

La búsqueda de un sistema concursal con un diseño óptimo para un país determinado es uno de los temas que más ha atraído la atención de los investigadores en los últimos años en materia empresarial, fomentado especialmente, creemos, por la intensidad y duración de la crisis actual.

Se ha estudiado el tema desde muchas perspectivas y aunque derivado de la multitud de variables de influencia no se ha llegado a soluciones definitivas, (para López<sup>38</sup> y colaboradores los procedimientos de insolvencia establecidos difieren significativamente entre distintos países no existiendo a día de hoy una propuesta que haya logrado determinar cuál debe ser el contenido óptimo de una regulación sobre esta materia), sí podemos decir que se va avanzando en el conocimiento generado.

A modo de ejemplo, traemos a colación a Ruiz<sup>39</sup> quien realiza un rastreo entre diversos estudios que pretenden aportar evidencia empírica acerca de la utilidad de distintos procesos legales de insolvencia financiera para afrontar acciones que coadyuven al saneamiento de la empresa viable y la generación de valor.

En nuestra opinión, y en la de otros autores<sup>40</sup>, no existe un modelo concursal óptimo aplicable a todos los países. Los sistemas de insolvencia deben estar integrados en un Derecho societario que, entre otros objetivos, considere la regulación para favorecer los

---

<sup>37</sup> LÓPEZ, C. (2005), p. 114

<sup>38</sup> LÓPEZ, C; TORRES, B; SANFILIPPO, S. (2008): “Una aproximación teórica a la solución de los problemas de la insolvencia empresarial”, p. 169 Introducción

<sup>39</sup> RUIZ, D. (2010): “El análisis de solvencia convencional. Problemas e implicaciones”, xiv encuentros aeca

<sup>40</sup> En este sentido hemos citado a BERKOVITCH, E.; ISRAEL, R. (1999) en LÓPEZ, C. (2005): “Insolvencia financiera...”, op. cit., p. 110

objetivos concursales. Por otra parte, están muy relacionados con la cultura empresarial de un país, con el rigor y profesionalidad exigible a la actividad de administración de empresas y a otras consideraciones de cultura y mercados financieros y de inversión.

El trabajo de investigación que aquí se desarrolla corresponde a un modelo aplicable en España, teniendo en cuenta su idiosincrasia particular.

La materia que tratamos ciertamente es compleja. En este sentido, los organismos internacionales: Naciones Unidas, Banco Mundial, FMI o la Comisión Europea realizan esfuerzos para unificar los objetivos y principios fundamentales que, convenientemente adaptados a las circunstancias concretas del país de aplicación, tienen que recoger los sistemas concursales de las naciones para que sean eficaces y eficientes y puedan contribuir a generar riqueza intrapaíses e interpaíses.

Sin embargo, lo cierto es que la situación internacional actual se caracteriza no sólo por la diversidad de instrumentos utilizados para la consecución de los objetivos, lo que podría ser en alguna medida razonable dada la diversidad económica, financiera y sociológica de los países, sino también por lo preocupante que resulta que no haya consenso suficiente acerca de los objetivos fundamentales a los que debe atender todo proceso concursal y tampoco acerca de los principios fundamentales y de las recomendaciones que debe respetar.

El documento del Banco Mundial<sup>41</sup> sobre objetivos y políticas recomendados en el marco legal de un país para la insolvencia, que además coinciden con la guía legislativa sobre el régimen de insolvencia (2006), aprobada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional reconoce que aunque los tratamientos nacionales difieren, los sistemas efectivos deben aspirar a:

- (i) Integrarse con los más amplios sistemas legales y comerciales del país.
- (ii) Maximizar el valor de los activos de la empresa y de la recuperación de los créditos por parte de los acreedores.
- (iii) Prever tanto la liquidación de las empresas no viables, y de aquellas cuya liquidación pueda producir un mayor beneficio para los acreedores, como la reorganización de las empresas viables.
- (iv) Establecer un cuidadoso equilibrio entre liquidación y reorganización, permitiendo una fácil conversión entre un procedimiento y otro.
- (v) Proveer el trato igualitario de los acreedores en posición similar, incluidos los acreedores locales y extranjeros en tal situación.
- (vi) Proveer a la resolución oportuna, eficiente e imparcial de las insolvencias.
- (vii) Impedir la utilización indebida del sistema de insolvencias.

---

<sup>41</sup> BANCO MUNDIAL (2001): “Principios...”, op. cit., p. 7



- (viii) Evitar el desmantelamiento prematuro de los activos del deudor por parte de los acreedores individuales que persiguen sentencias rápidas.
- (ix) Proveer un procedimiento transparente que contenga, y que aplique consecuentemente, reglas claras de asignación de riesgos e incentivos para la reunión y distribución de información.
- (x) Reconocer los derechos existentes de los acreedores y respetar la prioridad de los créditos mediante un proceso establecido y predecible.
- (xi) Establecer un marco para las insolvencias transfronterizas, con reconocimiento de los procedimientos extranjeros.

Siguiendo a Fernández<sup>42</sup>, los factores a considerar en el diseño de un sistema concursal óptimo son:

1 El grado de dispersión de la propiedad de la empresa. En empresas con capital muy concentrado, los accionistas pueden tener mejor acceso a la información de los directivos sobre la situación real de la empresa. Y los problemas de asimetría informativa entre accionistas y acreedores para distinguir entre empresas viables y no viables pueden resolverse exigiendo que cualquier condonación de la deuda por los acreedores vaya acompañada de una aportación de fondos por parte de los accionistas. Si el accionista mejor informado cree que la empresa es viable, encontrará en su propio interés aportar fondos, mientras que si no lo cree no aportará fondos y los acreedores no condonarán parte de la deuda, liquidándose la empresa.

En nuestra opinión, el plan de viabilidad, documento que todavía no ha alcanzado suficiente protagonismo, aportará información sobre la viabilidad teórica de la empresa. Además de recoger los planes de acción de los próximos ejercicios debidamente justificados desde diferentes puntos de vista, con nuevos mercados, más ventas en los mismos, más eficiencia en el desarrollo de la actividad que suponga menos consumo de recursos, una estructura financiera óptima, etc, recogerá la aportación de recursos exigida a los accionistas para la aprobación del proyecto.

Estimamos que la aprobación del proyecto de empresa futuro debe corresponder a los acreedores afectados por la propuesta que representen la mayoría de la asistencia y con la previa valoración positiva de éste por parte del experto independiente. Entendemos también que debe existir una adecuada supervisión externa de la gestión posterior llevada a cabo por la empresa y la consecución de los objetivos planteados en el plan.

2 El grado de dispersión de la deuda. De forma similar al argumento anterior, continúa Fernández, una mayor concentración de la deuda, característica de los sistemas con fuerte peso de los bancos en la financiación empresarial, como es el español, favorecería que el sistema concursal óptimo fuese uno más orientado al acreedor. Cuando el número de acreedores es más reducido, es más probable que los mismos dispongan de mayor información acerca de la situación de la empresa, viéndose reducidos los problemas de asimetría entre accionistas y acreedores. Si los

---

<sup>42</sup> FERNÁNDEZ (2000) en RUEDA, J. A. (2004): “Diagnóstico...”, op. cit., pp. 223-224

acreedores conocen el grado de viabilidad de la empresa, ellos mismos estarán interesados en reestructurar la deuda para lograr la continuidad.

Nuevamente opinamos que el conocimiento de esa viabilidad debe venir de un proceso de información más regulado y supervisado y los juicios no deben basarse, fundamentalmente, en las percepciones que los acreedores tengan. El sistema concursal debe concretar mucho más en esta materia, según nuestra propuesta.

3 Por último, concluye el autor, los mecanismos de control operativo. Puesto que estos mecanismos influyen sobre el esfuerzo de los directivos, también afectan a los problemas de eficiencia *ex ante* que debe perseguir la legislación concursal. Así, cuanto mejor sea el funcionamiento de los mecanismos que disciplinan la actuación directiva menos necesario será que el sistema concursal busque la eficiencia *ex ante*, y la orientación hacia los acreedores adquiriendo una mayor relevancia los problemas de eficiencia *ex post*.

Desde nuestro punto de vista, el Derecho societario puede colaborar con el Derecho concursal para promover un actuación diligente por parte de los administradores societarios que les conduzca a monitorizar la información de la empresa para predecir tempestivamente la inminencia de la insolvencia empresarial y en base a esta información tomar las decisiones adecuadas en el tiempo oportuno. Parte ya lo hace el ordenamiento español en la actualidad, lo analizaremos más tarde y quizás encontremos alguna propuesta de mejora. Pero más allá de esto, el problema estriba en que las empresas pymes no suelen tener establecidos unos sistemas de información, el principal el contable, ágiles y adecuados. Los administradores sociales que ejercen labores directivas o los directivos profesionales con frecuencia no realizan una monitorización y análisis frecuente de la información y además en las Leyes mercantiles no se realiza un esfuerzo suficiente de concreción y definición respecto a los conceptos regulados, así como tampoco proporcionan unos indicadores objetivos que sirvan a los administradores societarios como referencia.

Finalmente Fernández considera, al igual que la doctrina mayoritaria, que no es posible minimizar a la vez el error tipo I, liquidación de empresas rentables, y el error tipo II, que empresas inviables se conserven.

Al hilo de ello la pregunta que nos hacemos es la siguiente, ¿es realmente imposible diseñar sistemas concursales que minimicen al mismo tiempo los dos tipos de errores?.

## **2.5 Importancia de la fase “cero” concursal o fase preconcursal**

La fase preconcursal o fase cero de un sistema concursal, consideramos, tiene una importancia vital porque debe posibilitar la entrada en el sistema con suficiente antelación para lograr la conservación de las empresas viables (problema de predicción fiable y tempestiva de crisis). Pero debe acreditarse, al mismo tiempo, el cumplimiento del presupuesto objetivo de la Ley mediante indicadores objetivos que impidan un uso abusivo y estratégico por parte del deudor.

En esta línea, Hernández<sup>43</sup> expone la importancia de diseñar correctamente la fase preconcursal, ya que hacerlo de forma incorrecta puede perjudicar a los acreedores en la medida que pueden ver reducidas sus expectativas de cobro.

Para salvar esta cuestión estimamos que la Ley Concursal debe determinar eficazmente el criterio de cuándo una empresa es viable económicamente para derivarla a la vía conservativa y cuándo no lo es, para derivarla a la vía liquidativa.

Relacionado con ello, existe abundante literatura acerca de sistemas de indicadores económico-financieros: ratios de rentabilidad, solvencia, equilibrio económico-financiero, análisis de generación de *cash-flows* operativos, a los que acompañan modelos de predicción de fracaso empresarial para predecir la probabilidad de entrar en insolvencia y las técnicas de inteligencia artificial para predecir la probabilidad de reorganización y / o reestructuración, que pueden suponer un apoyo sustancial<sup>44</sup>.

En la medida en que se produzcan avances sustanciales en la doctrina económica y, por ello, mejores resultados en las predicciones de las crisis empresariales y de las probabilidades de reorganización, el legislador podrá aprobar diseños preconcursales más útiles dentro de una Ley Concursal que de forma suficientemente eficiente alcance sus objetivos adecuadamente.

Sin embargo, existen algunas opiniones en contra de las actuaciones preconcursales, así Camacho y Segovia<sup>45</sup> mencionan cómo muchos consideran que la fase cero del sistema concursal o fase preconcursal sólo prolonga la agonía de las empresas haciendo que éstas pierdan valor en el procedimiento hasta su liquidación.

A pesar de ello, nosotros consideramos que, precisamente, el fin esencial de diseñar una fase preconcursal eficaz y eficiente es conseguir que las empresas identificadas como viables económicamente tengan un período corto de tiempo para convenir con los acreedores, desde la seguridad jurídica, continuar con la actividad a través de la reorganización y/o reestructuración u otras estrategias, o alternativamente conseguir un acuerdo rápido para liquidar las empresas no viables, entendiendo que en ambos supuestos se maximizan los intereses de los acreedores.

En base a lo anterior nos planteamos si podemos abordar las siguientes cuestiones:

1 ¿Es posible diseñar modelos de predicción de insolvencia que proporcionen mejores resultados para el trabajo y la toma de decisiones de cada tipología de agentes, por ejemplo, en función de la información de la que dispongan?. En este sentido, la Ley de Sociedades de Capital podría recomendar algún modelo de predicción específico para los administradores societarios y propietarios, la Ley de Auditoría otro para los auditores y, finalmente, la Ley Concursal un modelo a utilizar por los administradores concursales y por los acreedores.

---

<sup>43</sup> HERNÁNDEZ (2009) en CAMACHO, M. M.; SEGOVIA, M.J. (2011) “¿Qué indicadores financieros podrían condicionar la decisión del experto independiente sobre la supervivencia de una empresa en su fase preconcursal?. Evidencia empírica”, introducción

<sup>44</sup> Vid entre otros, TASCÓN, M.; CASTAÑO, F. J. (2012) , GARCÍA, V. (2010) , MARTÍN, P (2012)

<sup>45</sup> Así lo considera FERNÁNDEZ DEL POZO (2010) citado por CAMACHO, M.M.; SEGOVIA, M. J. (2011): “¿Qué indicadores...”, op. cit., p. 102, las autoras indican, “las noticias del caso Nueva Rumasa sobre preconcursos ha desatado numerosas críticas, ya que muchos consideran esta fase previa al concurso como una manera de prolongar aún más la agonía del paciente”.

2 ¿Es posible evitar la profecía autocumplida, es decir, que la predicción de la crisis provoque la propia crisis?. En realidad nosotros consideramos que cuando se encienden las alarmas establecidas a través de cualquiera de los métodos posibles, (ratios, otra información no financiera...), la crisis ya ha hecho su aparición o está cerca de hacerlo, otra cosa es que el traslado público de la información pueda provocar el fracaso entendido como liquidación. Podría pensarse que, siendo la empresa rentable, si los administradores societarios gestionan correctamente la crisis en cuanto a la coherencia y oportunidad de las medidas adoptadas, no será muy difícil conseguir la colaboración de los acreedores. A eso ayudará el sistema concursal en vigor siempre que sea eficiente y eficaz porque éste aportará además garantía de transparencia y equidad en el procedimiento.

3 ¿Cómo obtener la colaboración más útil entre las ciencias empresariales y las jurídicas para aprobar ordenamientos que faciliten la competitividad de las empresas y ayuden al bienestar social?.

Y finalmente, observamos que la doctrina<sup>46</sup> indica cómo el sistema concursal de un país puede tener dos orientaciones diferenciadas, *prodebitor* y *procreditor* y que cada una de estas orientaciones provoca un error en el sistema concursal que hace que su diseño no se pueda acercar al óptimo. El error tipo I (*procreditor*, promueve la liquidación de empresas) y el error tipo II (*prodebitor*, promueve la continuidad). Indica también, con carácter general, que la minimización de un error conduce inexorablemente a la maximización del otro, y que, por tanto, buscar la minimización simultánea de ambos puede ser una quimera.

4 A la vista de estos planteamientos cabe cuestionarse, ¿es posible diseñar un sistema concursal que promoviendo la continuidad de las empresas rentables y el cierre tempestivo de las inviables, es decir, su liquidación, consiga a la vez disminuir los dos tipos de errores?.

## 2.6 Tasas de utilización de los sistemas concursales

España es uno de los países con menor tasa de utilización de su sistema concursal. Y aún cuando recientemente se ha producido la modernización de la regulación con la entrada en vigor de la Ley 22/2003 Ley Concursal, y con ella se ha apreciado un incremento intensísimo de esta tasa de utilización consecuencia de la extraordinaria crisis instalada, lo cierto es que debe haber algunas causas que motiven que los empresarios no encuentren en la normativa concursal apoyo para la gestión de sus empresas cuando éstas entran en supuestos de crisis severas. Y ello a pesar de las importantes ventajas que puede suponer el proceso y, a pesar que el legislador ha realizado dos profundas reformas de esta joven Ley, en 2009 y en 2011 para que tenga más y mejores efectos prácticos y que no renuncia a seguir haciéndolo como refleja la propia Ley de Apoyo al Emprendedor de 2013 el Real Decreto Ley 4/2014

---

<sup>46</sup> RUEDA, J.A. (2004): “Diagnóstico...”, op. cit., p. 11. Un sistema *prodebitor* exponente es el norteamericano con el chapter 11, vid, entre otros numerosos, el artículo de ALVARADO, D. (2003): “La reorganización empresarial de los Estados Unidos de América: el Chapter 11”

de 7 de marzo de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración empresarial, y el reciente Real Decreto-ley 11/2014 de 5 de septiembre.

López sugiere que las variaciones en el número de organizaciones que solicitan un procedimiento concursal vendrán explicadas, en parte, por el número de empresas de una economía, por la tasa de fracaso que se produce en esas empresas (que dependerá de factores internos y externos), y por la frecuencia con la que las empresas resuelven sus dificultades financieras a través del proceso en vez de con negociaciones privadas. Y presenta el trabajo, que desarrollado dentro de un proyecto más amplio para el Banco Mundial, realizan Claessens y Klapper (2002) quienes en palabras del autor “encuentran una mayor utilización de los procedimientos concursales en los países con sistemas orientados al mercado, caracterizados por una relación más débil y dispersa con las entidades bancarias como fuente de financiación, y en países con mayor eficacia judicial”<sup>47</sup>.

La escasa utilización del sistema en España podría venir explicada desde este último motivo, por la ineficiente resolución del procedimiento que se alarga excesivamente en el tiempo y por el prácticamente único resultado del mismo que no es otro que la liquidación de la empresa.

### **3-Principios, objetivos y recomendaciones internacionales para diseñar sistemas eficaces y eficientes de insolvencia. Comparativa con la propuesta que formula esta investigación para la mejora de la Ley Concursal española**

A lo largo de este trabajo se pretende justificar la necesidad de que el sistema concursal español proporcione mejores resultados en términos de eficiencia y de eficacia. Existen muchos ámbitos de la Ley sobre los que se pueden plantear mejoras. En este trabajo nos vamos a centrar sólo en algunos de ellos, en concreto en catorce puntos que a continuación enumeraremos.

Por su parte, son varios los organismos y muchos los expertos que en los últimos años han dedicado grandes esfuerzos a este propósito y a su aplicación en diferentes Estados obteniendo conclusiones muy importantes.

Creemos que merece la pena detenernos, con cierto detalle, en los principios que se han estimado necesarios respetar, en los objetivos a alcanzar así como en las recomendaciones a seguir para que las normativas sobre insolvencia cumplan su función satisfactoriamente. Los relacionaremos con los catorce puntos señalados para ver en qué medida la propuesta que haremos se alinea con la posición de los organismos internacionales de referencia.

---

<sup>47</sup> LÓPEZ, C. (2005): “Insolvencia financiera...”, op. cit., p.11

De acuerdo con el Banco Mundial en su documento emitido en 2001, posteriormente revisado en diciembre de 2005, un sistema concursal eficiente debería inspirarse en treinta y cinco principios relativos a: objetivos, transparencia, créditos, procedimiento, tribunales, etc.

Por su parte, el Fondo Monetario Internacional elabora un documento en 1999 que contiene los temas claves y las principales recomendaciones que deben seguir los Estados para una elaboración de la normativa sobre insolvencia adecuada.

El organismo identifica dos objetivos generales que debe cumplir toda legislación sobre esa materia.

- 1- La normativa debe ser predecible, equitativa y transparente al proveer un reparto del riesgo entre las partes que operan en una economía de mercado.
- 2- La legislación sobre insolvencia debe estar dirigida a maximizar el interés de las partes y de la economía en general.

A su vez, la guía legislativa sobre el régimen de insolvencias CNUDMI/UNCITRAL de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional 2006, establece varios objetivos que permitirían mejorar la eficacia y eficiencia de las normativas sobre insolvencia de los países y por ello mejorar las relaciones económicas y comerciales y como consecuencia la riqueza nacional. Destacaremos nueve de ellos por su mayor vinculación con el ámbito de este trabajo.

Finalmente, la Comisión Europea en su documento sobre reestructuración y quiebra propone una serie de recomendaciones para que sean tenidas en cuenta por los Estados miembros y de esta forma mejorar las normativas de insolvencia de los mismos. Documento de recomendación que actualiza en marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial. Ya, prácticamente, nadie duda del importante papel que estas regulaciones, en colaboración con otras, juegan dentro del ámbito empresarial y por tanto económico de un país.

Estos últimos documentos tienen una menor dimensión que los anteriores señalados, y por ese motivo no profundizan en tantas consideraciones como aquéllos. Consecuentemente no encontramos pronunciamiento expreso para la mayor parte de los catorce puntos objeto de análisis en este epígrafe, aunque se puede afirmar que las recomendaciones que contiene guardan una estrecha relación con ellos.

Básicamente las propuestas de la Comisión Europea se refieren: a la necesidad de que las normativas concursales incentiven al deudor para que éste solicite iniciar un procedimiento de insolvencia cuando es consciente de que no podrá pagar sus deudas, a la importancia de diseñar procedimientos de salvamento y reestructuración simples y de menor coste, a que éstos sean accesibles para las empresas. Esto es, aboga por la eliminación de obstáculos innecesarios y por la relevancia de que se promueva la liquidación rápida y organizada de las empresas inviables.

De todos los principios, recomendaciones y objetivos que proponen estos organismos internacionales, vamos a extraer y aglutinar aquéllos que guardan una relación más estrecha con los catorce puntos que a continuación enumeramos y que serán la base de nuestro trabajo y en función de los que propondremos mejoras a la Ley Concursal española que, estimamos, proporcionarían niveles superiores de eficacia en el logro de objetivos y de eficiencia en los recursos consumidos.

De esta manera, la propuesta que haremos intentará clarificar algunas zonas oscuras de la Ley española que, por tanto, dan lugar a controversias y a una mayor inseguridad jurídica. Propondremos que ésta recoja: criterios, indicios e intervalos temporales, no cerrados, que orienten a los agentes que intervienen en las relaciones empresariales sobre qué actuaciones son reprochables y sobre cuáles otras pueden ser consideradas como conductas de administración de empresas diligentes independientemente del resultado final que con ellas se obtenga y que forma parte del riesgo inherente e inevitable de toda actividad empresarial.

1. La Ley Concursal española no define su objetivo inequívocamente, dando lugar a controversias, por parte de los expertos, acerca de si el objetivo es en todo caso la máxima satisfacción de los acreedores o si prioritariamente se busca la continuidad empresarial.

En los principios que emite el Banco Mundial no se establece expresamente cuál debe ser el objetivo principal de la Ley de Insolvencia. Sin embargo, parece que prioriza como objetivo del concurso la maximización de los intereses de los acreedores y que lo hace pretendiendo la continuidad de las empresas viables y la liquidación de las no viables. Es más, incluso prevé la liquidación de aquellas empresas cuyo valor de liquidación pueda proporcionar un mayor beneficio para los acreedores, y aquí no habla de inviabilidad.

La Comisión de Naciones Unidas aboga por un equilibrio entre ambas posibilidades, la maximización de los intereses de los acreedores y la continuidad empresarial, ésta última para empresas viables. Pero aunque no se posiciona de manera directa sobre la preferencia de una u otra alternativa en caso de colusión, sí nos parece que lo hace de forma indirecta por cuanto considera que la conservación de la empresa viable ayuda a maximizar los intereses de los acreedores, especialmente de los ordinarios y al igual que el Banco Mundial, recomienda que en ningún caso los acreedores disidentes obtengan un menor valor que el que hubieran recibido en caso de liquidación.

2. Asimismo, la Ley española no clarifica adecuadamente tampoco el presupuesto objetivo y no proporciona criterios adecuados para determinar cuándo se está ante una insolvencia inminente, en términos de indicadores y de plazo temporal adecuado para su previsión.

En relación a la promoción de una solicitud de insolvencia tempestiva, el Banco Mundial<sup>48</sup> considera que la legislación establecida debe ser ágil cuando se solicita su aplicación.

---

<sup>48</sup> BANCO MUNDIAL (2001): “Principios...”, op. cit., p. 20

Así, entiende que los deudores deben tener acceso fácil al sistema de insolvencia, tras demostrar los criterios básicos (insolvencia o dificultad financiera), pero no hemos observado que se mencione que esta solicitud deba realizarse en las fases tempranas que acontecen en la crisis empresarial. Lo que, en nuestra opinión, puede provocar una pérdida importante del valor de los activos empresariales algo de lo que sí se preocupa expresamente la institución cuando establece los objetivos de la normativa sobre insolvencia y establece que uno de ellos es “maximizar el valor de los activos de la empresa y de los recuperos por parte de los acreedores”.

En cualquier caso, el Banco Mundial<sup>49</sup> otorga una importancia fundamental a clarificar cuándo se está ante el presupuesto objetivo que marca la Ley e indica, “los criterios y presunciones de apertura acerca de la insolvencia deben estar claramente definidos en la Ley. El test preferido para la apertura de un proceso de insolvencia debe ser la incapacidad del deudor para pagar sus deudas a la fecha de su vencimiento, aunque la insolvencia puede existir también cuando el pasivo del deudor supera el valor de sus activos, siempre que el valor de los activos y pasivos se midan sobre la base de mercado justo. (Se puede adoptar un enfoque único o dual, aunque si se adopta un test único éste debe basarse en el enfoque de la liquidez para determinar la insolvencia, es decir, la incapacidad del deudor para pagar las deudas vencidas.)”

En referencia a la inminencia de la insolvencia, cabe hablar de dos criterios; en términos de plazo temporal de adelanto a su presencia efectiva y en términos de obligaciones no vencidas a considerar dentro de la previsión de incumplimiento futura.

La Comisión de Naciones Unidas parece que opta por cualquiera de los dos criterios puesto que apunta a vencimientos de “breve duración” y también “según las clases de obligaciones que han de cumplirse”<sup>50</sup>.

3. El presupuesto objetivo de la Ley Concursal española se refiere a la insolvencia como sobreseimiento generalizado de pagos, dejando en manos de los tribunales la interpretación de este concepto. Para la mayoría tiene que ver con la iliquidez severa no aceptando incumplimientos puntuales o coyunturales y relacionando el sobreseimiento generalizado de pagos no con incumplimientos temporales de pago sino con los medios utilizados para hacerlo. Desde esta perspectiva, no considerando el desbalance o patrimonio negativo que, sin embargo, conducirá inexorablemente a la insolvencia si no se modifica el rumbo de la sociedad.

Para el Banco Mundial la iliquidez debe ser el presupuesto objetivo del concurso. En su opinión, cabe también que lo sea el desbalance pero siempre con carácter secundario.

Para nosotros la Ley debe clarificar el presupuesto objetivo, definiendo qué se entiende por sobreseimiento generalizado de pagos, ahora determinado por los tribunales, su conexión directa con la iliquidez y aunque sea de manera secundaria ampliar el presupuesto a supuestos de desequilibrio patrimonial, porque si ya se han intentado infructuosamente otras vías, el mismo conducirá más pronto que tarde a

<sup>49</sup> BANCO MUNDIAL (2001), p. 20

<sup>50</sup> ONU, NACIONES UNIDAS (2006): “Guía legislativa sobre el régimen de insolvencias”, p. 58



una situación concursal y sucederá con peores condiciones para los acreedores. Consideramos que el concepto jurídico de insolvencia, a efectos de presupuesto objetivo para solicitar concurso voluntario, debe abarcar además de una iliquidez (sobreseimiento generalizado de pagos), también un desbalance (patrimonio neto negativo) porque ambas situaciones no corregidas provocarán, casi con toda seguridad y más pronto que tarde, la insolvencia definitiva.

Naciones Unidas plantea que cabe utilizar únicamente el sobreseimiento de pagos como presupuesto objetivo de una normativa sobre insolvencia pero añade que también es posible utilizar el desbalance, aunque éste último, siempre acompañando al primero y nunca en ausencia de él. Como se puede observar por lo adelantando hasta ahora, diferimos de este planteamiento. Cuando la empresa ya no puede atender, de forma generalizada, las obligaciones contraídas posiblemente nos encontremos en un escenario de crisis profunda, muy difícil de remontar, incluso en presencia de proyectos de empresa rentables.

4. La Ley española no consigue incentivar la solicitud del concurso voluntario de forma tempestiva lo que provoca que, en la mayor parte de los casos, cuando el deudor llega al concurso tiene una situación económico-financiera tan deteriorada que prácticamente sólo le queda la liquidación.

El Banco Mundial considera necesario un acceso fácil al procedimiento para los deudores que acrediten su insolvencia y más exigente para cuando la solicitud procede de los acreedores. Echamos de menos que se pronuncie, expresamente, en este apartado sobre la posibilidad y necesidad de que la solicitud se pueda realizar también en supuestos de insolvencia inminente. Consideramos que debe facilitarse que los deudores soliciten el concurso tempranamente estableciendo para ello estímulos positivos y negativos, pero siempre manteniendo un equilibrio adecuado que evite comportamientos estratégicos por parte del deudor en detrimento de los intereses de los acreedores.

Naciones Unidas también valora la necesidad de que la solicitud se presente en fases tempranas de las crisis y aunque podemos decir que no hace un excesivo hincapié en esta cuestión, sí la aborda mediante la propuesta de mecanismos más incentivadores que sancionadores. Desde nuestro punto de vista, en el ámbito español, habida cuenta de la escasez de solicitudes concursales en un momento de crisis económica sin precedentes, es cierto que el número se ha incrementado exponencialmente pero resulta todavía bajo en relación con las empresas cerradas, y habida cuenta que cuando éstas se producen, lo hacen en situación agónica en su mayor parte, parece necesario establecer una batería de incentivos tanto positivos como negativos para la promoción de esta institución en presencia de escenarios para los que ha sido diseñada.

5. En el procedimiento concursal español la llegada intempestiva a la liquidación origina que la pérdida de valor de los activos sea tan acusada que prácticamente no alcance para algún tipo de satisfacción a los terceros relacionados.

El Banco Mundial otorga gran importancia a que el mecanismo establecido sea eficiente para el recupero de las deudas, pero quizás sería necesario que hiciera más hincapié en la necesidad de que su inicio fuera en un tiempo anterior para evitar el

deterioro del valor de los activos que servirán para ese recupero. Este principio se relaciona también con la crítica que establecemos en el punto séptimo y que se refiere a la ineficiencia del sistema.

También para la Comisión UNCITRAL de Naciones Unidas es muy necesario que la legislación sobre insolvencia sea eficaz y eficiente en todo su diseño para la salvaguarda del valor de los activos. Esta salvaguarda, además, está incluida dentro de los objetivos que para la Comisión tiene que alcanzar este tipo de legislación.

6. No realizar una clasificación al inicio del procedimiento entre empresas económicamente viables y no viables alarga el proceso de estas últimas hasta su disolución ya que, si así lo desea, el deudor puede pasar antes por la misma fase de votación de convenio en Junta de acreedores que las primeras.

El Banco Mundial<sup>51</sup> de alguna manera recoge esta idea porque promueve como “impulso central de la ley” la liquidación rápida y eficiente de la empresa no viable.

Asimismo indica, “cuando una empresa no es viable, el impulso central de la ley debe ser la liquidación rápida y eficiente, para maximizar el recupero en beneficio de los acreedores. Las liquidaciones pueden incluir la preservación y venta de la empresa, diferenciada de la persona jurídica. Por otro lado, cuando la empresa es viable, entendiéndose que puede ser reorganizada, sus activos tienen frecuentemente más valor si se los conserva en la empresa reorganizada que si se los vende en liquidación”.

Naciones Unidas considera esta propuesta ideal en términos teóricos pero le atribuye notables obstáculos prácticos y se muestra crítica con la postura que nosotros mantenemos. Consideramos que sería posible obtener buenos resultados, en términos de eficiencia y eficacia de la Ley aplicando la opción de separar los proyectos de teórica viabilidad económica a medio plazo de los de manifiesta inviabilidad y determinar procesos diferentes, reorganización y liquidación para cada caso, siempre dentro de la asunción de un riesgo razonable. Para UNCITRAL “las dificultades para determinar desde el principio si la empresa del deudor debe ser objeto de liquidación y no de reorganización han hecho que algunos Estados revisaran su régimen legal de insolvencia y sustituyeran los procedimientos diferenciados por un procedimiento unitario”<sup>52</sup>.

En España existe un procedimiento unitario pero la Ley Concursal admite que el deudor solicite la liquidación junto con la presentación de la solicitud de concurso.

7. El procedimiento concursal español es tan largo que no proporcionando soluciones satisfactorias a las partes consume, sin embargo, cantidades ingentes de recursos.

El Banco Mundial considera la importancia de que el sistema concursal sea eficiente en cuanto a su acceso y a su procedimiento interno.

Para nosotros, como se pondrá de manifiesto a lo largo de este trabajo, esta eficiencia resulta vital para la obtención de resultados óptimos. Por ello merece la

---

<sup>51</sup> BANCO MUNDIAL (2001): “Principios...”, op. cit., p. 7

<sup>52</sup> ONU, NACIONES UNIDAS (2006): “Guía legislativa...”, op. cit., p. 23

pena que se realicen esfuerzos en analizar distintas propuestas que tengan esta finalidad. Una que nos parece esencial es que el sistema establezca al inicio la clasificación, independiente, entre empresas viables y no viables económicamente, y en base a la misma contemple dos vías de continuación, conservativa o liquidativa.

Naciones Unidas aboga porque las situaciones de insolvencia se aborden y resuelvan de forma “ordenada, rápida y eficiente con miras a evitar una perturbación indebida de las actividades empresariales del deudor y para reducir al mínimo el costo del procedimiento”<sup>53</sup>.

8. La Ley Concursal de España no consigue lo que pretende en cuanto a salvar empresas viables. Son muy escasos los concursos que finalizan en convenio y cuando esto sucede una parte excesiva de ellos termina en incumplimiento.

Encontramos que la Ley española no consigue salvar eficazmente las empresas viables. En nuestra opinión porque se solicita tarde y también porque no se valora esta viabilidad al inicio del procedimiento desde un punto de vista técnico, es decir, si el deudor tiene un proyecto de empresa viable a medio plazo, y por tanto interesante para los acreedores, especialmente los ordinarios, pero también para los privilegiados.

En este sentido, las entidades financieras cuyos préstamos gocen de garantía real, en general, preferirán reestructurar la deuda y que sea satisfecha con los rendimientos empresariales antes que ejecutar una garantía. Y ello por las siguientes razones: por la normativa del Banco de España en relación a los préstamos en mora y porque la imagen de la entidad sufre un menor deterioro, entre otras ventajas.

El Banco Mundial no entra a aportar criterios concretos que sirvan para definir las características que debe poseer un documento de viabilidad empresarial para garantizar, con suficiente probabilidad, la continuidad de la actividad a medio plazo. Es decir, que el deudor presente un documento que demuestre, en términos de probabilidad suficiente a la luz de la información disponible existente, que la actividad generará recursos positivos (viabilidad económica) a medio plazo y que éstos serán suficientes para remunerar, como mínimo, los recursos ajenos invertidos de acuerdo a la propuesta del documento. Si se presenta un documento de estas características, se puede considerar que la empresa es viable *a priori* pendiente de que reciba para su aprobación los votos favorables de la mayoría de acreedores establecida legalmente. Este requisito último será el que le otorgará la viabilidad financiera necesaria para la continuidad a medio plazo si se cumplen los escenarios hipotética y estimativamente considerados, *ceteris paribus*.

A pesar de ello, dentro del principio 6 objetivos y políticas principales, el Banco Mundial<sup>54</sup> solicita el “establecimiento de un delicado equilibrio entre la liquidación y la reorganización”.

Tampoco Naciones Unidas hace referencia al contenido mínimo necesario del plan de viabilidad del deudor para que pueda ser garante de la continuidad de la actividad empresarial durante un período de tiempo razonable.

---

<sup>53</sup> ONU, NACIONES UNIDAS (2006), p. 16

<sup>54</sup> BANCO MUNDIAL (2001): “Principios...”, op. cit., p. 7

9. La entrada en concurso en España supone un estigma muy negativo para la empresa y para el empresario lo que ocasiona elevados costes en términos de pérdida de imagen y costes de oportunidad.

No emite el Banco Mundial recomendación alguna respecto a esta posible estigmatización. Pensamos que probablemente porque esta circunstancia no ocurre en todos los países con la misma intensidad ya que está directamente relacionada con la cultura de empresa en los mismos y con la eficiencia y eficacia de cada normativa concursal en la consecución de sus fines. Aunque es verdad que sí hace referencia, aunque sea tangencialmente, a este concepto de estigma social la recomendación de la Comisión Europea de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, en su párrafo 20.

Este asunto, como ya ha sido comentado anteriormente, puede traer causa de la cultura de empresa española y de la percepción negativa que tiene nuestra Ley Concursal entre los empresarios, ciertamente avalada por los decepcionantes resultados obtenidos hasta la fecha. Este puede ser el motivo por el que tampoco Naciones Unidas hace referencia a este tema.

10. Este punto se relaciona, directamente, con el octavo aunque aquí no consideramos tanto la incidencia del contenido del documento plan de viabilidad cuanto su evaluación externa e independiente.

En demasiadas ocasiones el plan de viabilidad que se presenta con la propuesta de convenio y en los acuerdos de refinanciación, cuando legalmente procede, no aporta valor alguno como garante, con probabilidad suficiente, de la viabilidad de la empresa a medio plazo. Los requisitos legales del mismo se cumplen únicamente desde la perspectiva formal, pero no sustantiva o de contenido y en este sentido la valoración del experto independiente solicitada para los acuerdos de refinanciación, o de la administración concursal, en sede de concurso, mantienen los mismos defectos.

Se hace referencia a la importancia del contenido razonable y realizable del plan de viabilidad y a lo escasamente regulada que está esta materia en la Ley Concursal española, lo que puede provocar en la práctica que casi cualquier proyecto pueda obtener “luz verde” en el proceso, forzado porque los acreedores, especialmente los no garantizados, no suelen tener una mejor alternativa. La consecuencia de esta realidad es que en demasiadas ocasiones, el plan no se cumple y la empresa tiene que ser finalmente liquidada de peor manera que si se hubiera realizado tempestivamente. Un filtro esencial para que un alto porcentaje de deudores que presenten un plan de viabilidad continúen con su actividad de forma adecuada puede ser la evaluación del documento por un experto independiente, el nombrado por el registrador mercantil, en sede de acuerdos de refinanciación, o el propio administrador concursal, en sede de concurso. La importancia que otorgamos a esta evaluación nos conducirá, en capítulos posteriores, a tratar el tema de su regulación y a la aportación del diseño de una metodología para facilitar y homogeneizar la emisión de la opinión del experto evaluador.

El Banco Mundial únicamente se refiere de forma tangencial a este importantísimo documento y por ello no profundiza en recomendaciones sobre su contenido y tampoco lo hace respecto a la hipotética evaluación.

Naciones Unidas otorga un papel al plan de viabilidad porque los resultados de ese documento dependen de “su viabilidad, es decir, de si es posible que a partir de circunstancias y hechos conocidos y de hipótesis razonables, el plan y el deudor tengan más posibilidades de prosperar”<sup>55</sup>

11. La Ley no promueve adecuadamente la aportación de préstamos a la sociedad en crisis realizados por el empresario o por personas vinculadas lo que perjudica extraordinariamente la financiación de la sociedad<sup>56</sup>.

El Banco Mundial sí reconoce la necesidad de explorar y utilizar las más variadas formas de refinanciación empresarial en situación de insolvencia siempre y cuando éstas garanticen suficientemente la transparencia del proceso y la salvaguarda de los intereses del resto de los acreedores<sup>57</sup>.

La Comisión de Naciones Unidas que recoge las distintas normativas existentes en los diferentes países, parece inclinarse por no penalizar con carácter general sino cuando se derive de la investigación iniciada en el supuesto de la existencia de sospechas de fraude a los acreedores<sup>58</sup>.

12. La Ley Concursal no incentiva suficientemente la entrada de inversores privados para la compra de créditos concursales lo que va en detrimento de los intereses de los acreedores y del interés general ya que éstos pedirán mayor remuneración y mayores garantías por los préstamos que otorguen. El Real Decreto-Ley 4/2014 contempla, sin embargo, consecuencia de la modificación del art. 92 que los acreedores que han adquirido la condición de socios en virtud de la capitalización de la deuda acordada en el contexto de una operación de refinanciación, no serán considerados como personas especialmente relacionadas a efectos de la calificación como subordinada de la fuente de financiación. No es este supuesto el que se reclama en este punto 12 al legislador. Más acertado nos parece que ha estado el legislador en este proceso liberalizador con la publicación del Real Decreto-ley 11/2014 y su modificación del artículo 122.1, aunque consideramos que todavía tiene margen para continuar en relación con las personas especialmente vinculadas con el deudor. Y además, todavía puede explorar la creación de mercados de deuda concursal.

Como indicábamos en el punto anterior el Banco Mundial propugna que se investiguen fórmulas alternativas de financiación empresarial en situaciones de crisis que respeten la transparencia y el interés de las partes así como el interés general.

---

<sup>55</sup> ONU, NACIONES UNIDAS (2006): “Guía legislativa”, op. cit., p. 253

<sup>56</sup> Hemos de reconocer que el Real-Decreto Ley 4/2014 sí contempla la medida de considerar crédito contra la masa la totalidad de los ingresos nuevos de tesorería, comprendiendo también los realizados por el propio deudor o por personas especialmente relacionadas en el marco de un acuerdo de refinanciación. Aunque lo hace en la Disposición adicional segunda con un carácter extraordinario y temporal.

<sup>57</sup> BANCO MUNDIAL (2001): “Principios...”, op. cit., p. 17

<sup>58</sup> ONU, NACIONES UNIDAS (2006): “Guía legislativa...”, op. cit., p. 322

No encontramos posición expresa de Naciones Unidas en esta materia pero estimamos que cabe pensar, que de forma análoga al planteamiento comentado en el punto anterior sostiene que no se penalizarán todas las adquisiciones, sino sólo las que derivadas de una previa investigación resultaran fraudulentas.

13. El amparo que supone el art. 5 bis de la Ley de Reforma 38/2011 al establecer la comunicación al inicio de negociación para acuerdos de refinanciación debería extenderse al supuesto de insolvencia inminente con absoluta claridad ya que, al respecto, todavía existen algunas controversias en la doctrina y, sobre todo, ayudaría al deudor en situación de insolvencia inminente a identificarse como destinatario de esta factible comunicación<sup>59</sup>.

Dado que este punto es específico de la Ley Concursal española, el organismo Banco Mundial no trata esta cuestión en su documento.

Tampoco lo encontramos en Naciones Unidas.

14. La Ley Concursal española no promueve suficientemente una administración de empresas diligente de acuerdo al estándar de “un ordenado empresario” tal y como viene reflejado en la Ley de Sociedades de Capital en vigor.

Como ya se va percibiendo en la lectura de las primeras líneas de este trabajo, nos parece que el ordenamiento societario y en especial la normativa sobre insolvencia española deben ser más exigentes con los deberes de conducta de los administradores societarios en lo que se refiere a los estándares de un “ordenado empresario”.

Al menos en España, en los últimos años, pero con más intensidad a partir de la crisis, se potencia de todas las maneras posibles que los ciudadanos y especialmente los desempleados se conviertan en empresarios.

Evidentemente, el ciudadano medio, no tiene capacidad suficiente para administrar profesionalmente una empresa al menos al inicio. Los ejecutivos central y autonómicos promueven de muy diversas maneras esta actividad de emprendimiento, con menos trabas administrativas, menores exigencias, posibilidad de limitar la responsabilidad del empresario por pérdidas mediante formas mercantiles e incluso a partir de la nueva Ley de emprendedores también, de alguna manera, para empresarios personas físicas.

---

<sup>59</sup> El art. 5.bis apartado 2 de la Ley de reforma 38/2011 que no sufre modificación con el Real-Decreto Ley 4/2014, en relación con la comunicación de negociaciones y efectos sobre el deber de solicitud de concurso, establece que esa comunicación podrá efectuarse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el art. 5. Sería interesante que expresamente se aludiera a la posibilidad de hacerlo meses antes de la previsible entrada en la insolvencia. Algunos autores consideran que no es el plazo de insolvencia inminente sino el plazo habilitado para la solicitud de concurso voluntario del art. 5 porque, estiman, en otro caso no sería necesario que la Ley eximiera de tal solicitud puesto que no se estaría en tal obligatoriedad. En el capítulo siguiente trataremos esta cuestión. Es verdad, sin embargo que esta tesis es muy minoritaria. En cualquier caso, como reiteramos, una nueva redacción podría contribuir para que el deudor utilice con mayor intensidad la posibilidad legal en escenarios de insolvencia inminente.

Sin embargo cabe preguntarse, las pérdidas empresariales que, según corriente mayoritaria, no debe asumirlas el emprendedor, ¿quién las debe asumir?. Parece que la administración pública no, porque se blinda en buena medida mediante los privilegios establecidos para sus créditos en sede concursal y también puede mantenerse al margen de las nuevas limitaciones a la responsabilidad del empresario persona física.

Sin embargo, alguien tendrá que asumirlas. Probablemente los proveedores comerciales con menor capacidad para garantizarse el cobro.

Algunos sostienen que este riesgo es parte del riesgo empresarial que asumen todos los participantes en el mercado. Contrariamente, nosotros consideramos que el riesgo que asumen es el riesgo de la actividad mercantil y sus múltiples variables, pero que nunca deberían pechar con el riesgo de que el empresario en cuestión no estuviera capacitado para administrar su empresa con rigor profesional.

En cualquier caso, una gran acumulación de empresas mal gestionadas o administradas no es un problema únicamente de sus acreedores<sup>60</sup>, sino un problema de interés general porque se perjudicará, encarecerá y dificultará la financiación ajena al resto de las empresas. Se incrementará, como ya viene sucediendo, la exigencia de garantías lo que, a la postre, invalidará esta limitación de la responsabilidad.

Quizás el problema apuntado sea más grave en España que en otros países desarrollados, pero la cuestión es que en esta materia el Banco Mundial se pronuncia al respecto pero sólo lo hace indirectamente a través de varios principios.

Estamos de acuerdo con Naciones Unidas en cuanto que esta diligencia en la administración de empresas debe ser promovida por todo el Derecho societario y el sistema de responsabilidad que se establece en todas sus leyes debe ser coherente e integrado, pero disentimos con la organización internacional cuando considera que el sistema concursal no debe ser utilizado para vigilar la observancia de las normas de buena conducta empresarial. Nos parece que con independencia de que la diligencia empresarial deba ser promovida y vigilada por otras leyes del Derecho mercantil, también debe adjudicarse esas funciones al Derecho concursal, toda vez que en esta sede estamos ante terceros que pueden ver defraudados sus legítimos derechos en términos muy importantes y por tanto será necesario dilucidar si este escenario de crisis severa se ha presentado como materialización del riesgo inherente al tráfico de empresa o, si por el contrario, se ha presentado por una

---

<sup>60</sup> VAN HEMMEN, E. (2011): “Análisis comparativo de empresas concursadas y no concursadas con trayectoria dilatada en los mercados”, p. 240, el autor desarrolla una investigación comparativa entre empresas concursadas hasta el año 2008 con más de diez años en funcionamiento y empresas no concursadas y concluye, “en la actual crisis las causas que llevan a algunas empresas, con extensa trayectoria en los mercados a una renegociación tutelada judicialmente son de carácter económico y estructural, siendo las tensiones financieras una consecuencia de su perfil escasamente competitivo más que una causa”.

De acuerdo con estas conclusiones si el legislador pretende la continuidad de las empresas a través del procedimiento concursal sin determinar previamente que son viables económicamente, creemos que a pesar de las sucesivas reformas legislativas fracasará. No se puede solventar el problema financiero si previamente no se ha solventado el económico.

conducta no acorde a la exigencia de “ordenado empresario” vigente en el Derecho societario.

Sí coincidimos con Naciones Unidas en la consideración que hace acerca de que “el Derecho de insolvencia no debe ser utilizado para paliar deficiencias de la reglamentación legal”<sup>61</sup>.

Como ya hemos adelantado el documento “procedimiento Best, sobre reestructuración, quiebra y nuevo comienzo (2003)” de recomendaciones de la Comisión Europea tiene una menor dimensión que los documentos emitidos por el Banco Mundial y por Naciones Unidas en relación con esta materia. Por tal motivo, la Comisión no se pronuncia directamente acerca de todos los puntos que en este epígrafe estamos analizando, pero para varios de ellos sí consideramos que lo hace, al menos, indirectamente.

En efecto, la necesidad de que el deudor sea incentivado, de acuerdo al documento de la Comisión, para que presente la solicitud de concurso cuando prevea que no podrá pagar las deudas tiene relación directa con la propuesta de incentivar la solicitud cuando la insolvencia sea ya inminente así como con el establecimiento de sistemas de información basados en las alertas tempranas de crisis empresarial que propondremos más adelante. Aunque es verdad que la Comisión no se manifiesta sobre criterios de plazos temporales o de características de las obligaciones que presumiblemente se van a incumplir como criterios para valorar si es suficientemente inminente.

Asimismo, la reclamación que la Comisión efectúa para diseñar un procedimiento simple y de coste ajustado se relaciona con nuestro punto séptimo, en el que hacemos referencia a la necesidad de que se modifique parte del procedimiento de la Ley Concursal española puesto que son demasiados los meses que transcurren desde una solicitud hasta su solución definitiva. Como máximo exponente de esta simplificación hemos propuesto la clasificación, al inicio, de las empresas viables económicamente y de las inviables.

Finalmente, la Comisión<sup>62</sup> otorga una importancia trascendental a que la normativa consiga una liquidación rápida y eficiente de las empresas inviables, algo sobre lo que estamos convencidos y sobre lo que en esta obra se hace especial hincapié. Sin embargo, no se nos oculta la dificultad que ello conlleva.

En primer lugar porque la Ley española, como se pone de manifiesto en varias ocasiones a lo largo de este trabajo, permite que un deudor sin presentar un plan de viabilidad solvente pueda presentar solicitud de concurso voluntario, intentar un convenio con sus acreedores y realizar todo el procedimiento concursal para finalmente terminar en liquidación cuando en muchos casos un análisis técnico hubiera llegado a concluir la existencia de inviabilidad económica desde el inicio.

En segundo lugar, porque la materia nos conecta con los sistemas de información de alarmas tempranas, el conocimiento técnico existente y la robustez de sus conclusiones como fórmulas adecuadas para que verdaderamente se lleve a cabo

---

<sup>61</sup> ONU, NACIONES UNIDAS (2006): “Guía legislativa...”, op. cit., p. 203

<sup>62</sup> COMISIÓN EUROPEA proyecto *Best* p. 10



solicitudes de concurso tempranas tan demandadas por la doctrina como fórmula necesaria para mejorar la eficacia y eficiencia de la Ley Concursal española.

Y en tercer lugar, por la necesaria conexión con la necesidad de que el deudor haya desplegado una administración societaria diligente, como “un ordenado empresario”. Es decir, que haya diseñado e implementado un sistema de información en su empresa que le permita conocer en tiempo real los valores de los indicadores más importantes y en base a ellos vaya tomando las decisiones más razonables. Cuestión distinta, como ya tendremos oportunidad de ver más adelante, es que estas decisiones razonables, que se habrán producido seleccionando una alternativa entre todas las factibles identificadas, finalmente no hayan producido los resultados esperados. Eso es algo que no cabe ya exigir en un entorno incierto y turbulento a la gestión empresarial, sujeta a innumerables variables y a un riesgo inherente no evitable.

## 4-Eficiencia y eficacia de un sistema concursal

### 4.1 Introducción

Ya podemos adelantar desde este momento que en la amplia literatura publicada en torno a la eficacia y eficiencia de los sistemas concursales a la que hemos tenido acceso, la situación se caracteriza, en líneas generales, de la siguiente manera: no se diferencia en la mayor parte de los trabajos entre eficacia y eficiencia, conceptos que intrínsecamente son distintos. Esto es, eficacia se entiende como la consecución y alcance de los objetivos propuestos y eficiencia se suele referir a la cantidad mínima de los recursos necesarios para alcanzar esos objetivos.

De esta manera en distintas publicaciones<sup>63</sup> se dice “un sistema es eficiente cuando facilita la liquidación eficaz de empresas que no son económicamente viables” o “no es eficiente si no protege suficientemente a los acreedores”<sup>64</sup>; “un sistema concursal no es eficaz si no reduce los tiempos del proceso”. Las propias definiciones de eficiencia *ex ante* y *ex post* tampoco realizan la distinción, aseverando, por ejemplo, “una legislación concursal debe ser eficiente desde un punto de vista *ex post*, es decir, que maximice el valor de las empresas una vez finalizado el procedimiento”; “debe ser eficiente *ex ante*, penalizando a las empresas que no hacen frente a sus obligaciones de pago a su vencimiento”<sup>65</sup>.

La distinción entre ambos conceptos no es una cuestión menor, dado que si deseamos mejorar el nivel de cumplimiento de alguno de los dos debemos intervenir en los instrumentos con él relacionados, en caso contrario, produciríamos efectos no buscados y tampoco deseados.

---

<sup>63</sup> Estudios de CLASSENS y KLAPPER (2005) en CAMACHO, M.; MARTÍNEZ, J. URQUÍA, E. (2010): “Enfoque económico...”, op. cit., pp. 80-94

<sup>64</sup> KAISER (1999) en RUEDA, J. A. (2004): “Diagnóstico...”, op. cit., p. 214

<sup>65</sup> Vid WHITE (1996) en RUEDA J. A. (2004), p. 214

## **4.2 Recorrido a través de diferentes propuestas de mejora realizadas por distintos autores, en términos de eficacia y eficiencia, para un sistema concursal**

Desarrollaremos este epígrafe utilizando la nomenclatura conceptual de la mayor parte de las obras consultadas, por estar ésta muy extendida.

Sin embargo, en varias ocasiones, a lo largo de este trabajo se explicita la definición y el tratamiento conceptual que nosotros proponemos para definir el sentido de eficacia y de eficiencia en el marco de un sistema concursal.

### **4.2.1 Tipos de eficiencia y eficacia de un sistema concursal**

López<sup>66</sup>, siguiendo a Hart,(2000), indica tres objetivos que debe cumplir una legislación concursal eficiente:

Debe ser eficiente desde un punto de vista *ex post*. Es decir que maximice el valor de la empresa, una vez finalizado el procedimiento, para repartir entre las partes interesadas. Esa maximización se podrá conseguir a través de la reorganización y/o reestructuración de la empresa, su venta de manera conjunta, como entidad en funcionamiento, o su liquidación y cierre.

Debe ser eficiente *ex ante*, para preservar el carácter del control de la deuda puesto que debe existir una penalización para aquellas empresas que no hacen frente a sus obligaciones en el momento de su vencimiento, penalización que puede afectar a los accionistas y a los directivos de la empresa insolvente. La ausencia de efectos negativos para ellos reduce el incentivo a responder de las obligaciones contraídas y perjudica el funcionamiento del mercado.

Por último, debe respetar el orden de prioridad de los derechos de cobro, pero reservando algún valor para los accionistas. De esta manera se incentiva que el mercado esté dispuesto a financiar proyectos al asegurar, en parte, una razonable recuperación de la inversión y que no se produzcan utilidades estratégicas del procedimiento.

Además de esos tres objetivos de Hart, en nuestra opinión, el sistema eficiente no debe olvidar minimizar los costes de insolvencia, directos (gastos administrativos, legales y judiciales) y los indirectos (reducción de ventas, deterioro de relaciones con terceros, problemas de subinversión y sobreinversión, desvío de la atención de los directivos, restricciones del crédito, costes laborales, venta de activos por debajo de su valor de mercado entre otros).

---

<sup>66</sup> LÓPEZ, C. (2005): “Insolvencia financiera...”, op. cit., pp. 76-77

De acuerdo a nuestra visión, en el planteamiento no se debe llegar a que el proceso concursal sea inocuo para los propietarios y / o administradores, lo que les llevaría a relajarse en la gestión o a una utilización estratégica para obtener las ventajas del sistema. Y esto es así porque en un proceso concursal se producen importantes pérdidas de derechos de los acreedores, de la autonomía de la voluntad, de la relatividad de los contratos, del derecho de obligaciones, etc, valores y derechos tutelados por el ordenamiento jurídico español, y cuya vulneración debe tener una contrapartida en la penalización de los intereses del deudor.

Parece difícil, a nuestro juicio, controlar todos los costes a la vez. Sin embargo resulta interesante realizar esfuerzos para encontrar propuestas de mejora que obtengan efectos netos positivos para las partes y/ o para el interés general.

Algunos investigadores defienden tres tipos de eficiencia para un sistema concursal:

Eficiencia *ex ante*, que busca un comportamiento diligente por parte del deudor para el cumplimiento de sus obligaciones, eficiencia intermedia que pretende maximizar el valor de la empresa antes de que declaren su situación de insolvencia y finalmente eficiencia *ex post* para lograr la maximización del valor de la empresa insolvente una vez terminado el proceso<sup>67</sup>.

López<sup>68</sup> y colaboradores avanzan un paso más y encuentran que el procedimiento concursal debería liquidar las empresas ineficientes y procurar la continuidad de las eficientes. Desde su punto de vista, las empresas económicamente eficientes serían aquéllas para las que no exista un uso alterativo de sus activos que tenga un mayor

---

<sup>67</sup> LÓPEZ, C.; TORRE, B.; SANFILIPPO, S. (2011): “¿puede una ley concursal ser eficiente?”, p. 128, los autores utilizan la clasificación de Hart (2000); Franks et al (1996) y White (1996) respecto a las claves de eficiencia:

“Eficiencia *ex ante*

Trata de evitar que el deudor tome decisiones en contra de los intereses de los acreedores, incentivando el cumplimiento o satisfacción de la deuda. Consiste en que aparezcan mecanismos para que los acreedores puedan ejercer una actividad de control sobre las actuaciones de la empresa. La regulación concursal tiene dos efectos principales sobre el comportamiento *ex ante* de todas las empresas. Al primero se llama efecto castigo para los directivos cuando la empresa entra en el procedimiento concursal, y que les estimula a tomar decisiones con el objetivo de evitar que la empresa llegue a tener problemas de insolvencia. Por otro lado, las disposiciones de la Ley Concursal afectarán al coste de financiación para todas las empresas que operan en el mercado, por su efecto sobre el riesgo de los aportantes de fondos ajenos. Un correcto funcionamiento del mercado de crédito penaliza a aquellas empresas que no hacen frente a sus obligaciones de pago, penalización que puede afectar a los accionistas y a los directivos de la empresa insolvente.

Eficiencia intermedia

Trata de maximizar el valor de las empresas con dificultades financieras antes de que declaren su situación de insolvencia. Antes de producirse la entrada en el procedimiento, se pueden manifestar distintos tipos de comportamientos ineficientes por parte de los directivos de la empresa: los problemas de sobreinversión, subinversión y el retraso en la entrada del procedimiento.

Eficiencia *ex post*

Se conseguirá cuando, como resultado del procedimiento, se logre maximizar el valor de la empresa insolvente”.

Sobre eficiencia, vid también EASTERBROOK, F. H. (1990): “Is corporate bankruptcy efficient?” pp. 411-417

<sup>68</sup> LÓPEZ, C.; TORRE, B.; SANFILIPPO, S (2008): “Una aproximación teórica a la solución de los problemas de la insolvencia empresarial” Universidad de Cantabria, p. 170. Desde otro punto de vista es interesante el artículo de CANDELARIO, M. I. (2010): “Una mirada reflexiva hacia la identidad y recorrido de la insolvencia empresarial”, pp. 3-40

valor. La dificultad surgiría en la práctica al tener que determinar el valor del uso alternativo de los activos de las mismas.

A nuestro juicio esta definición correcta, a nivel teórico, se encuentra con dificultades de aplicación práctica ya que las condiciones de mercado y de información perfecta no se producen en la realidad. Pero eso no debe paralizarnos en la búsqueda de soluciones intermedias que si bien no nos conducen al óptimo teórico de un sistema concursal, en términos de eficacia, si nos puede aproximar a puntos intermedios. Un criterio sustituto del enunciado para la clasificación de empresas económicamente rentables y financieramente viables, es decir, viables en su doble sentido y empresas inviables, puede ser la consideración de que la empresa obtenga resultados positivos, antes o después de la reorganización, una vez haya remunerado con los ingresos generados por su actividad todos los recursos exigibles que emplea.

En términos de eficiencia, medir la eficiencia de un procedimiento concursal es una tarea complicada. En general, la literatura especializada suele separar los costes en función de si se generan antes o después del inicio del procedimiento. Los costes previos al inicio del concurso, se deben a que los agentes de la empresa deudora pueden modificar sus estrategias de inversión sin tener en cuenta los efectos que sus decisiones pueden causar sobre el valor preconcursal de la empresa.

Dentro de los costes que se generan posteriormente al inicio del procedimiento podemos asignar dos grandes categorías: los costes de tipo administrativo y los costes de agencia. Los primeros se vinculan al consumo de recursos judiciales y profesionales durante la tramitación, los segundos se relacionan con la asignación de derechos de decisión entre los participantes en el concurso, Van Hemmen<sup>69</sup>.

Y desde otra perspectiva, los costes<sup>70</sup> que se generan al solicitar el concurso se pueden clasificar también como tangibles (costes de preparación, honorarios de asesores y otros profesionales, honorarios de la administración concursal, costes de gestión del concurso como los servicios administrativos, del empresario y de los directivos de la empresa, costes de reestructuración laboral, costes derivados de la reducción de la actividad) e intangibles (pérdida de capital intelectual, mayor presión de la competencia, de renovación del poder ejecutivo, de recuperación de la confianza de los agentes, y los derivados de la duración del procedimiento judicial)<sup>71</sup>.

No podemos olvidar el coste, en términos económicos y costes de oportunidad, que supone el período de duración del procedimiento que además de a la eficiencia puede afectar, extraordinariamente, también a la eficacia.

Por último, como cierre a este breve recorrido conceptual, traemos a colación un estudio realizado sobre la legislación concursal de treinta y cinco países<sup>72</sup>, en el que la propia

---

<sup>69</sup> VAN HEMMEN, E. (2009): “La duración del concurso: una interpretación económica”, p. 247

<sup>70</sup> En relación a los costes de la insolvencia puede consultarse el artículo de BHABRA, G. ; YAO, Y. (2011): “Is bankruptcy costly?. Recent Evidence on the Magnitude and Determinants of Indirect bankruptcy Costs” y también, BRANCH, B. (2002): “The costs of bankruptcy. A review”.

<sup>71</sup> ROJAS, J. en ROJAS, J. y BELTRÁN, S. (2010): “El plan de viabilidad: guía práctica para su elaboración y negociación”, pp. 172-173

<sup>72</sup> CAMACHO, M.; MARTÍNEZ, J.; URQUÍA, E. (2010): “Enfoque económico...”, op. cit., en este artículo los autores presentan el estudio que realizaron Claessens y Klapper (2005) “Bankruptcy around the World: explanations of its relative use” in American Law and Economics review

definición que se efectúa acerca de los criterios que determinan un sistema concursal óptimo supone un enfoque muy distinto al que planteamos.

En el estudio se clasifica las legislaciones concursales de 35 países, comparando sus características esenciales y graduándolas según su criterio de legislación óptima: aquella que protege más a los acreedores y que da prevalencia a la supervivencia de la empresa por “defecto”. En opinión de los autores demostraron que:

- 1) Una buena legislación concursal no se asocia con un mayor uso del proceso concursal.
- 2) Existe un mayor número de empresas que terminan en liquidación en aquellos países cuyas legislaciones concursales contienen restricciones a las refinanciaciones privadas.
- 3) Los efectos negativos que produce una legislación concursal no eficiente (aquella que no protege suficientemente a los acreedores)<sup>73</sup> se compensan con un sistema judicial eficiente.
- 4) La combinación de una legislación concursal óptima con un sistema judicial eficiente conlleva un comportamiento más riguroso de las empresas ante el riesgo de endeudamiento y, en consecuencia, un menor uso del procedimiento concursal, y
- 5) Las características de la normativa de los distintos países hacen más o menos probable que los fracasos empresariales acaben en procesos concursales.

A nuestro juicio, todas estas conclusiones son coherentes con la observación práctica y con los conocimientos existentes y divulgados hasta la fecha. Lo que compartimos en menor medida es su definición de sistema concursal óptimo. Vemos una vez más que uno de los principales problemas para diseñar propuestas de mejora en los sistemas concursales es el escaso consenso existente sobre conceptos fundamentales, de base, para poder seguir con las investigaciones. En este caso el problema estriba en determinar qué se debe entender por un sistema concursal óptimo, es decir, cuál es su objetivo principal, en otros casos el problema se manifestará por la definición conceptual del presupuesto objetivo, esto es, por la definición de insolvencia y de insolvencia inminente o sobre legitimación activa para solicitud de concurso, etc.

Incluso la tradicional clasificación entre los sistemas concursales “*prodebitor*” y “*procreditor*” ponen, una vez más, en evidencia el insuficiente consenso en cuanto a los objetivos fundamentales que un ordenamiento de insolvencia debe plantear y, por tanto, se pone de manifiesto la limitación existente para su evolución en términos de eficacia.

Como ejemplo de un posible criterio tenemos el modelo francés explicitado por Pérochon<sup>74</sup>. La autora muestra cómo en Francia, desde hace más de 30 años, en concreto desde 1985 preocupa sobremanera las dificultades de las empresas y la prevención de sus crisis. Por este motivo, sostiene, el principal objetivo del Derecho francés es salvar a la empresa en crisis y en consecuencia mantener la actividad y los

---

<sup>73</sup> Vemos aquí también un ejemplo de utilización indistinta de los conceptos de eficiencia y de eficacia

<sup>74</sup> PÉROCHON, F. (2011): “La prevención de la crisis en el Derecho francés”, p. 512

puestos de trabajo, y sólo de forma subordinada a este objetivo central interesa la satisfacción de los intereses de los acreedores mediante el pago de los créditos.

Tomando en consideración lo anterior, Pérochon observa cómo en Francia se admite de forma prácticamente unánime que el procedimiento más eficaz para salvar a la empresa pasa por anticipar el tratamiento de sus dificultades, es decir, por la prevención en el más amplio sentido<sup>75</sup>.

El criterio francés no es compartido por otros Estados de la zona europea. En este sentido, Rueda<sup>76</sup> establece la distinción que existe entre los sistemas concursales conservacionistas, es decir, “*prodebitor*” cuyos máximos exponentes son el sistema norteamericano y francés, que fundamentalmente buscan preservar la continuidad de la empresa como ente generador de riqueza y empleo, y que por ello incentivan al deudor en dificultades para que acuda tempestivamente al procedimiento concursal y pueda dirigir la reorganización de su propia empresa y los sistemas concursales “*procreeitor*” propios de Reino Unido y Alemania, que priorizan la satisfacción de los derechos de los acreedores y, por tanto, en ocasiones, más proclives a la liquidación empresarial<sup>77</sup>.

Desde nuestro punto de vista, el problema no es salvar las máximas empresas posibles para mantener el empleo o contrariamente maximizar la posibilidad de cobro del acreedor. La cuestión central es que el sistema consiga conservar el mayor número posible de empresas viables en su doble sentido, rentabilidad económica y viabilidad financiera, y liquidar cuanto antes las empresas no viables. De esta manera, los empleos que se mantienen serán estables, los acreedores satisfarán en mayor medida sus intereses y la asignación de recursos será más eficiente con un tejido empresarial más rentable y competitivo.

Ciertamente desde esta perspectiva se plantean los siguientes problemas que aunque no tengan una respuesta exacta, por lo menos tendrán aproximaciones, entre otros:

- Determinación de los criterios / indicadores para resolver que una empresa es económicamente viable.
- Determinación de criterios, indicadores, información financiera y modelos para predecir la posible crisis de una empresa con suficiente antelación y de esta manera poder reorganizarla si se estima viable o no agravar el deterioro de sus activos si no lo es.
- Fiabilidad de los predictores y tiempo de antelación considerado adecuado para intervenir. Es decir, cuándo presentar la solicitud de concurso o cuándo comunicar el inicio de negociaciones para llegar a un acuerdo de refinanciación.

---

<sup>75</sup> Para PÉROCHON, F. (2011), p. 512, “se podría limitar el tema de la prevención a las medidas que tienden a evitar que el deudor se encuentre en dificultades: por ej. Exigencias del Derecho de Sociedades en materia de Capital y de Fondos Propios, o incluso de contabilidad, en particular preventiva, que constituyen medidas en estado puro. Se podrían también examinar diversas medidas que prevén la publicación de algunas informaciones sobre la situación de la empresa (cuentas anuales, publicaciones de algunos incidentes de pago que afecten en particular a las deudas sociales (...))”

<sup>76</sup> RUEDA, J. A. (2004): “Diagnóstico...”, op. cit., pp. 218-219

<sup>77</sup> Vid, entre otros autores, MADRID, A. (2012), MARCUS, G. (2011), FERRÉ, J.; KELLER, N. (2012), SAINT-ALARY, H. (2005), KARSTEN, H. C. (2011)

- Qué se entiende por insolvencia como presupuesto objetivo del sistema concursal español.
- Qué contenido mínimo tiene que tener el documento sobre el que se apoya la viabilidad futura a medio plazo de una empresa, el plan de viabilidad.
- Cuánta implicación debe exigirse al experto independiente a la hora de valorar ese documento o plan de viabilidad, cómo debe desarrollar su trabajo y cuál debe ser su capacitación.

Mejorar en los conocimientos sobre estos temas planteados quizá aporte otra perspectiva a las mejoras ya propuestas para el sistema concursal español fundamentalmente.

Así, la Ley Concursal será eficaz si favorece la continuidad de la empresa sólo cuando su valor como negocio sea superior a su valor liquidativo porque de esta manera los acreedores alcanzarán una satisfacción superior.

En esta línea, tomamos como referencia la obra de Rueda<sup>78</sup> quien sostiene parafraseando a (Kaiser 1999) que, en términos generales, una Ley Concursal es eficiente cuando está concebida “para facilitar la liquidación eficaz de empresas que no son económicamente viables”. Obsérvese cómo la afirmación de Kaiser se corresponde mejor con el concepto de sistema concursal eficaz, puesto que afecta al objetivo de la Ley. Como ya hemos puesto de relieve el concepto de eficiencia se debe poner en relación con el consumo de *inputs*. En cualquier caso, coincidimos con el objetivo del concurso que plantea.

Y Rueda menciona, asimismo, a Espina Montero (1999) para quien los elementos clave de un sistema concursal son: la anticipación, el diagnóstico acertado y la minimización de comportamientos de los agentes para alcanzar intereses particulares.

Compartimos esta idea de Espina y consideramos que la anticipación tiene mucho que ver con el problema de alertas tempranas, calidad de predicción de ratios económico-financieros y modelos de predicción de crisis.

El diagnóstico acertado está directamente relacionado con la calidad de los indicadores y de los requisitos de contenido que se establezcan para la clasificación de las empresas entre viables económicamente y no viables.

La minimización de comportamientos estratégicos dirigidos a optimizar los intereses particulares de cada agente a costa de los demás se puede lograr con un sistema eficaz y eficiente en todas sus fases que desincentive las actuaciones oportunistas y se someta a la supervisión judicial. Para los deudores haciendo, como proponemos, que el concurso voluntario además de algunas ventajas le suponga también algún coste, así como con una definición más precisa del presupuesto objetivo. Y para los acreedores sometiendo sus intereses a la votación de la mayoría, aunque ésta sea simple, del pasivo o de la asistencia.

---

<sup>78</sup> RUEDA, J. A. (2004): “Diagnóstico...”, op. cit., p. 214

Asimismo recuperando la clasificación de White<sup>79</sup> sobre la eficiencia de los sistemas concursales en sus tres posibles niveles, obtenemos que:

Primero, eficiencia *ex ante*, cuando el ordenamiento promueve una solicitud de concurso de forma tempestiva, es decir, ante los primeros indicios de dificultades financieras e incluso en un escenario de insolvencia inminente.

Aún cuando White extiende esta posibilidad de solicitud temprana a los acreedores, para nosotros es más una posibilidad teórica que real, habida cuenta del lógico desconocimiento que los terceros tendrán de la situación real del deudor.

En cualquier caso, para nosotros, ésta es una cuestión nuclear. En el capítulo IV se propondrá algún incentivo que la norma puede establecer para conseguirlo. Con ello se intenta evitar que tales dificultades puedan desembocar en una situación de quiebra financiera o insolvencia, en la que el valor de reembolso de la deuda contraída por la empresa sea superior al valor de reembolso de realización de su activo. Ello puede lograrse incentivando a los accionistas y administradores para que acudan de forma tempestiva al proceso concursal y/o penalizándolos en el caso contrario por ejemplo, manteniendo o privando a los administradores del control de la empresa en concurso o también podría ser como un supuesto nuevo para la calificación culpable del concurso.

Segundo, eficiencia intermedia. Para White se produce cuando el sistema concursal tiende a minimizar los costes en los que se incurre por el desarrollo del propio procedimiento desde el momento de inicio con la solicitud hasta el momento de la finalización, bien mediante la reorganización empresarial, bien mediante la liquidación.

Algunos de estos costes, a los que ya hemos hecho referencia, son: costes directos, (legales, administrativos, profesionales), y costes indirectos (destrucción del valor de activos, deterioro de la imagen, costes de oportunidad, e incluso los costes de la desalineación entre los intereses de los directivos y los intereses de los acreedores), que pueden generar problemas de sobreinversión o de infrainversión.

Para evitar estos problemas, asumidos por buena parte de la doctrina, pensamos que resultará eficaz disponer de una normativa que penalice las actuaciones no diligentes antes y después de declararse la insolvencia así como diseñar un procedimiento ágil y que consuma pocos recursos en términos de costes económicos y de tiempo invertido.

Tercero, eficiencia *ex post*. Un sistema concursal será eficiente *ex post* en el sentido de White si minimiza el coste asociado a una solución errónea del procedimiento concursal. Es decir, considera que la Ley Concursal será eficiente *ex post* si favorece la continuidad de la empresa en dificultades cuando su valor como negocio en funcionamiento y reorganizado es superior al valor de su liquidación y, contrariamente, favorece la liquidación si su valor en funcionamiento es inferior al valor de liquidación de sus activos.

Aquí la cuestión de fondo será establecer un mecanismo (conjunto de criterios orientativos) que clasifique al inicio del procedimiento las empresas de acuerdo a su

---

<sup>79</sup> Vid WHITE en RUEDA, J. A. (2004), p. 214



viabilidad económica o no, y que el mecanismo sea potente y consistente, minimizando la producción de errores de clasificación.

Como hemos indicado anteriormente, siguiendo a la doctrina, utilizamos en ocasiones indistintamente los conceptos de eficacia y de eficiencia. Lo hacemos, una vez ya clarificada la distinción, por no hacer farragosa la exposición, aclarando permanentemente cuándo en los textos se entrelazan ambos conceptos. Por ejemplo, lo que aquí los investigadores consideran eficiencia *ex post* para nosotros es eficacia del sistema.

#### 4.2.2 Eficacia y eficiencia del sistema concursal español

La literatura y la doctrina a las que hemos tenido acceso tienen, en líneas generales, una visión pesimista acerca del cumplimiento de los objetivos y de los beneficios que aporta la Ley Concursal de 2003 y sus sucesivas reformas. De hecho, se viene entendiendo que no conserva las empresas ya que la inmensa mayoría de concursos terminan en liquidación al tiempo que dentro de los escasos concursos que concluyen en convenio, en una parte muy significativa de ellos se producen incumplimientos que finalizan con liquidación tardía<sup>80</sup>.

A igual conclusión llega Celentani<sup>81</sup> junto con otros investigadores, quienes estudian el porcentaje de empresas que consiguieron reorganizarse una vez inmersas en un procedimiento concursal y llegaron a la siguiente conclusión:

Entre 2004 y 2008 de un total de 6.371 solicitudes de concurso presentadas en España sólo el 5% aprobaron planes de reorganización.

Lo más sorprendente para los investigadores es que en otros países los resultados no son muy diferentes.

Así observan que durante el mismo período, el 98% de los 102.667 procedimientos iniciados en Reino Unido acabó en liquidación. En Italia para el período 2004-2007 los datos que consultan muestran que el 96% de los 51.794 procedimientos iniciados finalizó en liquidación. En Francia, de un total de 218.093 procedimientos el 88% fueron liquidaciones, por tanto únicamente el 12% se reorganizaron en el sentido de continuidad de la empresa o venta de la empresa en funcionamiento.

En definitiva, y a la luz de estos datos, podemos comprobar que incluso en el caso de Francia, donde la legislación es más sensible al mantenimiento del empleo aún cuando esta opción no maximice la recuperación de los créditos de los acreedores, los porcentajes de reorganización no son muy significativos. Lo que nos lleva a pensar que igual es útil intentar un nuevo enfoque del problema.

---

<sup>80</sup> VÁQUER, F. J. (2011): “El convenio como medio para la continuación de la actividad empresarial”, p. 154

<sup>81</sup> CELENTANI, M.; GARCÍA-POSADA, M.; GÓMEZ, F. (2010): “El enigma...”, op. cit., p. 421

Muchos son los problemas que apuntan a la normativa concursal y a los que la doctrina española hace responsables de estos malos resultados. A lo largo de esta investigación nos centramos en algunos de ellos.

El excesivo tiempo que transcurre entre el inicio y el fin del procedimiento provoca la pérdida de valor de los activos de la insolvente. De tal manera que los acreedores ordinarios recuperan una parte muy pequeña de su crédito. Se añade a lo primero que el procedimiento también consume muchos recursos en términos de costes directos e indirectos que genera.

Citamos a Casanellas<sup>82</sup> como exponente de la opinión referente a que “la valoración de la eficiencia de nuestro procedimiento concursal actual en términos de mantenimiento, creación o destrucción de valor es muy negativa”.

Los principales factores que, a juicio del autor, dificultan el mantenimiento del valor de los activos y, en consecuencia, las posibilidades de recuperación del crédito son:

- Un sistema muy orientado a la distribución del valor después del procedimiento, y no orientado a que éste colabore para incrementarlo o mantenerlo.

Considera que alguna de las causas que lo explican pueden ser la escasa colaboración entre los acreedores por el interés general y la preponderancia del interés individual, un sistema muy garantista pero poco operativo, la penalización excesiva a los cesionarios de los créditos y la “permisibilidad absoluta respecto del deudor que permite la continuidad de la actividad sin plantear un escenario de viabilidad”. Ésta última causa es, a nuestro juicio, una de las principales responsables de los bajos niveles de eficacia y de eficiencia del procedimiento concursal español.

- La visión estática del procedimiento. Piensa Casanellas que en la redacción de la Ley Concursal de 2003 no se tuvo en cuenta su duración lo que perjudica extraordinariamente la continuidad de la actividad de la empresa concursada ya que son pilares fundamentales para el éxito de la misma anticipar posibles soluciones antes de solicitar el concurso y un planteamiento rápido y adecuado una vez iniciado.

- Como ya se ha indicado, y así lo considera también el autor, el inicio del concurso produce una crisis de confianza en el mercado que va en aumento hasta la solución del mismo y que lógicamente contribuye a incrementar la dificultad de la situación.

- La falta de distinción entre el procedimiento de liquidación de la empresa y el de reestructuración. Esta causa es también una de las críticas más importante que hacemos en esta investigación.

Para Casanellas el gran inconveniente del procedimiento único es que el mercado no percibe cuál es el destino de la concursada: la liquidación de la empresa como unidad productiva, la reestructuración mediante el convenio o la liquidación con el mantenimiento de algunas unidades productivas. Afirma, que a esa falta de claridad del destino ha colaborado la excesiva dilación que se otorga a la deudora para la presentación del plan de viabilidad y propuesta de convenio.

---

<sup>82</sup> CASANELLAS, R. (2011): “La eficiencia económica del procedimiento y su duración”, pp. 390-391

Como se verá a lo largo de esta obra, la propuesta que en ella hacemos exige que el deudor que quiera mantener la actividad presente, junto con la solicitud de concurso voluntario, ya sea por insolvencia inminente o efectiva, la propuesta de convenio apoyado en un plan de viabilidad que demuestre el interés de la continuación de la actividad.

- Las reticencias y retrasos de muchas empresas insolventes en solicitar el concurso, lo que se puede explicar, según el autor por los, entre otros, siguientes motivos: la imagen negativa del concurso en la cultura empresarial, la alta relación coste/beneficio del concurso en virtud de la variedad de costes que soporta: de profesionales, del procedimiento, derivados de la pérdida de imagen, desmotivación, coste de oportunidad, negociaciones con terceros (clientes, proveedores), oportunistas, etc.

Costes que además son proporcionalmente mayores para las pequeñas empresas y a los que habrá que añadir las escasas posibilidades de que el procedimiento finalice por la vía conservativa puesto que al bajo número de convenios aprobados se suma la alta probabilidad de incumplimientos en último término como hemos puesto de relieve.

Compartimos con el autor todas las causas enumeradas pero dos de ellas, creemos, merecen especial consideración por la gran influencia que tienen en el poco predicamento del concurso: el procedimiento único para la vía conservativa y liquidativa cuando ésta no es anticipada y la permisibilidad que se tiene con el deudor en lo que se refiere al plazo de presentación de propuesta de convenio y plan de viabilidad, en su caso.

Desde nuestra perspectiva, trabajar sobre ellas proporcionaría muy buenos resultados en términos de la eficacia y eficiencia de la normativa concursal española.

#### 4.2.3 Eficacia y eficiencia en un sistema concursal. Nuestra visión

Realizada hasta ahora la exposición de las percepciones de diversos autores, procede exponer nuestra opinión.

##### a) Eficacia

Desde nuestro punto de vista, un ordenamiento concursal es eficaz cuando maximiza los intereses de los acreedores promoviendo la conservación de las empresas viables en su doble sentido, económico y financiero y promoviendo la liquidación tempestiva de las no viables. Liquidación siempre entendida desde sus múltiples perspectivas: como cambio de propiedad mediante la venta en globo (el supuesto considerado puede ser la viabilidad económica de la empresa pero que no logra la viabilidad financiera con los antiguos propietarios), por unidades productivas o vendiendo individualmente los activos.

Asimismo consideramos viables, en lo que se refiere a nuestro planteamiento, aquellas empresas que desarrollando la actividad que les es propia generan ingresos suficientes para remunerar los recursos invertidos. A efectos de la legislación concursal estimamos

suficiente la remuneración de los recursos ajenos utilizados, toda vez que lo que pretende la Ley es defender los intereses de los acreedores. En la práctica ocurre con frecuencia que durante el período de crisis empresarial el empresario o los socios de la empresa renuncian a obtener una remuneración por los recursos propios invertidos, especialmente en las empresas pequeñas y en las familiares donde la remuneración salarial que los propietarios perciben suele considerarse suficiente para intentar mantener la continuidad de la actividad. Esta decisión, estudiada con frecuencia por los investigadores en materia financiera, excede el ámbito de este trabajo.

## B) Eficiencia

Pensamos que un ordenamiento concursal es eficiente cuando minimiza los recursos invertidos en el procedimiento, desde la perspectiva de costes directos, indirectos, temporales, de oportunidad, tangibles, intangibles, etc.

Ambos conceptos, eficacia y eficiencia, están muy relacionados pero son diferentes. Así, por ejemplo, trabajar en el contenido sustancial del plan de viabilidad para que éste resulte fiable y en base a él sea correcta la clasificación de la empresa como viable afecta a la eficacia del proceso, es decir, ayuda a cumplir su objetivo: maximizar los intereses de los acreedores promoviendo la continuidad de las empresas viables y la liquidación tempestiva de las no viables. Lo mismo que trabajar para que las solicitudes sean tempestivas y por tanto cuando la situación no sea irreversible.

Pero, por ejemplo, trabajar en el diseño de doble vía una para las empresas viables y otra para las no viables, afecta a la eficiencia porque el procedimiento consume menos recursos económicos y de tiempo aunque, en última instancia también afecta a la eficacia porque los acreedores tendrán más valor para sus cobros.

### 4.2.4 ¿Puede un sistema concursal ser eficaz (considerando el objetivo de maximizar la satisfacción de los acreedores y la continuidad de la empresa viable) y eficiente (*ex ante*, intermedia y *ex post*)?

La práctica totalidad de los trabajos a los que hemos tenido acceso en esta materia se refieren a las dificultades para provocar mejoras netas en el alcance de ambos conceptos y desde todas sus perspectivas al mismo tiempo.

Con esta investigación pretendemos encontrar una alternativa que suponga una mejora neta tanto en la eficacia como en la eficiencia del sistema. Dada la evidente imposibilidad de demostrar empíricamente los resultados que se obtendrían con la modificación normativa desde los planteamientos que hacemos, y a efectos de su validación por otras formas alternativas, pasaremos el contenido de la propuesta por distintos filtros:

1. Por los conceptos de eficacia y eficiencia como nosotros hemos definido.
2. Por los conceptos de eficiencia *ex ante*, intermedia y *ex post* que entienden otros autores.

3. Por los principios y recomendaciones emanados desde diferentes organismos internacionales.

4. Por la opinión de expertos españoles en Derecho concursal desde distintas disciplinas y materias. Lo haremos a través de una aproximación a la metodología de investigación empírica Delphi. Integraremos en el contenido de nuestra propuesta inicial aquellas aportaciones de los expertos que hayan alcanzado suficiente consenso.

Según han planteado los investigadores ya vistos, una Ley Concursal puede ser ineficiente *ex post* por dos motivos diferentes:

a) Si la Ley resulta excesivamente estricta y no posibilita suficientes oportunidades de reestructuración, económica y/o financiera, puede ocurrir que empresas con dificultades temporales de iliquidez o insolventes pero cuyo valor de negocio en funcionamiento reorganizado sea superior a su valor de liquidación, sean liquidadas, dejando de pagar parte de sus deudas actuales y de generar recursos en el futuro. En este caso se incurriría en un error concursal de tipo I o de subinversión. Se estaría promoviendo el cierre de empresas viables desde su doble perspectiva.

b) Si se permite la continuidad de empresas en crisis sin posibilidad de recuperación, se incurrirá en lo que se llama error concursal tipo II o de sobreinversión. Esto es, incentiva que tales empresas continúen consumiendo recursos que no podrán ser reintegrados a sus propietarios en un futuro y, lo que es más grave, seguirá incrementando deudas que no podrá satisfacer.

Por tanto, el aspecto clave es determinar cómo clasificar correctamente las empresas viables y no viables<sup>83</sup>.

Para la mayor parte de los expertos no es factible minimizar simultáneamente ambos tipos de errores porque todas las medidas que tienden a reducir el riesgo de sobreinversión suelen aumentar la probabilidad de subinversión y viceversa. Así, cuantas mayores sean las facultades concedidas a los acreedores para recuperar sus créditos, como prevén los sistemas alemán y británico, menor será el riesgo de sobreinversión o de prolongación de la vida de empresas inviables, pero mayor será el riesgo de infravaloración o de liquidación de empresas viables. Y viceversa, cabe suponer que cuantas más facilidades otorgue la Ley al empresario deudor para facilitar la reestructuración de la empresa en crisis, caso de los sistemas norteamericano y francés, menor será el riesgo de infravaloración/liquidación de empresas viables, pero aumentará el riesgo asumido por los acreedores por un posible sobreinversión manteniendo las empresas inviables.

Por otra parte, algunos ven también el interés del deudor por la continuidad de la empresa para aprovechar los créditos que contra la Hacienda pública genera una empresa con pérdidas, más allá de la posible viabilidad.

En nuestra opinión, hay argumentos que pueden contrarrestar esta argumentación.

---

<sup>83</sup> Algunos autores llaman error tipo I al que aquí se ha puesto como tipo II y viceversa. No es relevante, la cuestión es la identificación de dos tipologías de errores importantes cuyo nivel hay que intentar minimizar al mismo tiempo.

Primero en España la experiencia dice que el valor liquidativo de los activos de una empresa en la mayor parte de los casos, siempre cabrá alguna excepción, es muy inferior al valor de los activos de la empresa en funcionamiento cuando ésta es viable.

Hay que tener en cuenta el proceso costoso en términos de tiempo y de coste de profesionales tasadores y localizadores de ofertas a los que hay que recurrir. Por otra parte, el funcionamiento de la economía de mercado no es perfecto lo que conlleva que la teórica asignación de recursos eficiente no es ni mucho menos directa y muchas veces es imposible. Más todavía considerando el pequeño tamaño de la mayor parte de las empresas españolas. Y adicionalmente, el interés del crédito fiscal generado por una empresa en crisis sólo tiene interés económico si, previsiblemente, la empresa entrará en beneficios en los próximos años, en caso contrario (salvo movimientos intragrupo, o compra-venta de empresas por este crédito fiscal, supuestos que exceden esta obra), el crédito se extinguirá dado que no habrá resultados positivos para compensarlo.

Los profesionales de la administración de empresas consideran que la pérdida de los activos intangibles como: la curva de experiencia, la marca, el posicionamiento, la cultura empresarial, etc, que se produce con el cierre de una empresa viable no se traduce, necesariamente, en otra que ocupe su lugar. Es decir, probablemente, a la vista de estas circunstancias, puede ser más interesante para el acreedor, no digamos ya para el deudor, mantener el funcionamiento de las empresas viables. Al menos por lo que a España se refiere no nos parece que los acreedores, incluso en presencia de un sistema “*procreditor*”, maximizaran sus intereses si ese sistema promoviera una alta tasa de error provocada por la liquidación de empresas viables.

Opinamos que se podría investigar la existencia de un nuevo paradigma que sea capaz de plantear un diseño para la normativa concursal española desde una perspectiva distinta. Con una definición de conceptos menos ambigua, que utilice la información y conocimientos de gestión existentes y los que puedan generarse en un futuro. Que trabaje sobre concepto de crisis empresarial, solicitudes tempestivas, indicadores potentes de viabilidad empresarial así como sobre modelos robustos de predicción de probabilidades de reorganización de una insolvente. Que considere el establecimiento de vías distintas en el procedimiento para la liquidación y para la conservación, etc. En definitiva, superar la actual dicotomía entre dos tipologías posibles de sistema concursal: “*procreditor*” y “*prodebitor*” y llegar a uno sólo capaz de maximizar los intereses de los acreedores mediante la promoción de la conservación de empresas viables y la liquidación temprana de las empresas inviables<sup>84</sup>.

---

<sup>84</sup> Por otra parte, ESPINA, A. (1999): “Crisis de empresas y sistema concursal. La reforma española y la experiencia comparada”, según los datos, ninguno de los dos tipos *procreditor* y *prodebitor* obtienen buenos resultados. Para el autor, “los sistemas *prodebitor*, como el norteamericano y el francés buscan interesar a los accionistas y gestores en anticiparse a la situación de crisis manifiesta y acudir tempestivamente al procedimiento de reorganización. En el otro extremo se sitúan los sistemas concursales *procreditor*, como el británico y el alemán, cuya utilización preventiva se pretende previendo que los directivos, administradores incurran en responsabilidad grave y puedan ser inhabilitados, si no acuden voluntariamente al procedimiento de reestructuración tan pronto aparezcan los primeros síntomas de deterioro.

A pesar de estas diferencias, los estudios empíricos revelan que los estudios norteamericano y británico arrojan unos resultados muy parecidos en términos de porcentaje de empresas reorganizadas con éxito por la vía concursal.

Asumiendo que no es factible alcanzar el óptimo, la cuestión pasa por determinar de qué manera podremos acercarnos, suficientemente, a él lo que será difícil de conseguir si nos instalamos en la visión de una importante parte de la doctrina que, como hemos observado, adopta la idea de que buscar la mejora desde un punto originará inevitablemente el empeoramiento desde otro.

---

La principal conclusión de todo ello es que el sistema concursal no puede contrarrestar sino tan sólo corregir, encauzar y facilitar el veredicto del mercado sin incurrir en graves fallos del no mercado” <http://www.ucm.es/info/socio1/textos/CESIND2.htm>

No podemos compartir esta conclusión con el autor. Quizás, como hemos avanzado en líneas anteriores, el fallo está en considerar como sólo posible esas dos tipologías de sistemas.

Realiza un estudio comparativo entre las leyes sobre insolvencia de los distintos países DALHUISEN, J. H. (1968): “Compositions in bankruptcy: a comparative study of the laws of the E.E.C. countries, England and the U.S.A.”

## **CAPÍTULO II**

### **EI SISTEMA CONCURSAL ESPAÑOL Y SUS PROBLEMAS FUNDAMENTALES**





## **1-INTRODUCCIÓN**

A la hora de proponer un sistema concursal adecuado hemos de tener en cuenta que las características del modelo económico, financiero y de cultura empresarial de cada país influyen y deben tenerse en cuenta porque afectarán a la utilidad del mismo como ya se ha indicado en el capítulo anterior.

El Banco Mundial<sup>85</sup> explica que los sistemas de insolvencia nacionales dependen de una serie de bases estructurales, institucionales, sociales y humanas para lograr el correcto funcionamiento de una economía moderna y hay que tenerlas en cuenta a la hora de implementar un sistema concursal. En esa línea, entiende el Banco Mundial que los sistemas concursales efectivos responden a las necesidades y problemas nacionales y por ese motivo deben estar enraizados en el más amplio contexto cultural, económico, legal y social del país objeto de aplicación.

Cuestiones como el sistema financiero<sup>86</sup>, la tradición de la utilización de la información contable para la toma de decisiones y la transparencia de la información hacia terceros, son aspectos a tener en cuenta en la aprobación de una normativa sobre insolvencia.

En relación al caso español, todavía a día de hoy muchas empresas no cumplen con la obligación legal de depósito de sus cuentas en el Registro Mercantil. Además el ordenamiento no impone sanciones que resulten muy disuasorias del señalado incumplimiento. E incluso la parte más profesional en la relación de financiación de una empresa como son las entidades financieras, hasta hace pocos años basaban la decisión de aprobación de operaciones crediticias en España en atención a las garantías prestadas sin tener en cuenta la viabilidad de la actividad del proyecto de empresa financiado.

El tejido empresarial mayoritario en el Estado está formado, principalmente, por pymes con un peso esencial de la microempresa. Este marco se caracteriza en gran medida por gestión poco profesionalizada, que externaliza con frecuencia los servicios contables a los que presta escasa atención porque se percibe más como una carga impuesta que

---

<sup>85</sup> BANCO MUNDIAL (2005): “Principios...”, op. cit., p. 2

<sup>86</sup> LÓPEZ, C. (2005): “Insolvencia financiera...”, op. cit., introducción p.x, también para este investigador aparece como factor crucial que afecta a los mecanismos de resolución de insolvencias, el entorno financiero e institucional en el que las empresas desarrollan su actividad. Y en este sentido indica, “Su importancia es fundamental, puesto que gran parte de las barreras existentes para la solución de las dificultades financieras aparecen ligadas a los conflictos de intereses entre los agentes implicados directamente relacionados, a su vez con la estructura de capital de la empresa y con el tipo de sistema financiero, que condiciona la fuente principal de recursos financieros a los que recurren las empresas en la financiación de su actividad económica”.

como información esencial para dirigir la empresa y cuya legislación societaria las deja fuera de la obligación de validar sus estados contables mediante auditorías.

Estos son aspectos que hay que tener en cuenta al realizar las propuestas de mejora en la normativa de insolvencia español, sin olvidar un análisis de coherencia con el resto del Derecho societario del Estado en cuestión.

Esta idea es apoyada por Palao<sup>87</sup> ya que en las conclusiones de su trabajo de investigación critica que el legislador español se haya apoyado en el ordenamiento alemán para redactar algunos de los contenidos y definir algunos de los conceptos de la Ley Concursal.

Lo critica por cuanto muchas de las veces en que se obra con esta apoyatura en la legislación foránea no se conocen los antecedentes de ésta, su génesis y la causa de cada concepto, o cuando menos muchos de ellos no son trasladables al otro país en cuestión.

En España para el caso que nos ocupa que no es otro que su sistema concursal, la crítica se extiende también porque, además, considera que se ha hecho una adaptación parcial al ordenamiento referido y que, por tanto, no proporciona la misma solución jurídica que al país de origen con independencia, como decíamos, de que los problemas a resolver pueden diferir en alguna medida.

Considera el investigador que la adaptación tampoco procedería porque las distintas situaciones económicas y sociológicas entre Alemania y España desaconsejaban la identidad de fórmulas jurídicas. Y ello, porque Alemania es uno de los mayores exportadores del mundo con un tejido empresarial competitivo y estable derivado de su posesión de la propiedad industrial (patentes y marcas) que le permite una inferior dependencia del mercado interno como base de crecimiento. Posee además un sistema financiero más dinámico que colabora con la continuidad empresarial de la deudora.

Pero sobre todo, el autor critica que “la falta de adaptación del presupuesto de concurso alemán o sobreendeudamiento a nuestro sistema concursal ha restado un control preventivo expreso muy significativo en orden a la anticipación de la declaración de concurso”.

## **2-PRINCIPALES OBJECIONES A LA LEY CONCURSAL (doctrina, jurisprudencia). ANÁLISIS DE SU ARTICULADO**

Una vez aprobada la Ley Concursal en el año 2003, cuya entrada en vigor se produjo en 2004, ésta ha sufrido varias importantes modificaciones, en 2009, 2011, 2013 y más recientemente en 2014. Y ello porque se ha estimado que a pesar de la voluntad del legislador la Ley no ha desplegado todos los efectos para los que fue concebida,

---

<sup>87</sup> PALAO, J. M. (2010): “La insolvencia inminente” en conclusiones de su Tesis Doctoral. El autor se muestra más crítico en el documento de su tesis que en la obra posterior que con su base publica en (2013), donde pone de manifiesto que el legislador español ha pretendido extrapolar el concepto de insolvencia inminente del ordenamiento alemán pero ha necesitado del apoyo de la jurisprudencia para obtener su verdadero sentido. p. 82

realidad que se ha hecho más patente desde la entrada y posteriormente agravamiento de la crisis. Apoya esta opinión la mayor parte de la doctrina, dentro de ella un exponente es Rubio<sup>88</sup> quien pone de relieve lo que, en su opinión, ha sido un fracaso casi completo de la Ley.

Por una parte, la solución convencional, en cualquiera de sus vertientes, ordinaria o propuesta anticipada, ha pasado a ser casi testimonial dentro del porcentaje total de concursos tramitados. Muchos de los convenios aprobados, además, han terminado siendo incumplidos. Y por otra, la solicitud intempestiva de la liquidación<sup>89</sup> provoca el deterioro irreversible de los activos y con ello la insatisfacción de los acreedores. En el mismo sentido, entre otros, se manifiesta Beltrán<sup>90</sup>.

Varias son las críticas que a lo largo de la vigencia legal han realizado y siguen realizando la doctrina y la jurisprudencia sobre los resultados de la norma. Recuperando los catorce puntos que adelantábamos en el capítulo I de la obra, cabe decir lo siguiente:

1. No se define el objetivo de la Ley, dando lugar a controversias entre los expertos acerca de si el objetivo primero es la máxima satisfacción de los intereses de los acreedores o si prioritariamente se busca la continuidad empresarial<sup>91</sup>, incluso algunos autores añaden un tercer objetivo, la prevención de la insolvencia<sup>92</sup>.

---

<sup>88</sup> RUBIO, P. J. (2012): “La liquidación concursal” en “El concurso de acreedores adaptado a la ley 38/2011 de 10 de octubre de la reforma concursal”, pp. 437-438

<sup>89</sup> No es objeto de esta investigación, pero un trabajo profundo sobre la liquidación concursal puede encontrarse en CASADO, J. (2011): “La liquidación concursal de la empresa en sociedades de capital: apertura, efectos y operaciones de capital”

<sup>90</sup> BELTRÁN, E. (2013): “Enfoque y desenfoque de la reforma concursal 2009-2011. Los problemas del derecho concursal español”, en su opinión, la Ley Concursal no obtiene resultados satisfactorios en las funciones que el ordenamiento le atribuye porque no aumenta el grado de satisfacción de los acreedores ordinarios que considera que es la razón de ser del Derecho concursal y, tampoco consigue disminuir el número de procedimientos que terminan con la desaparición de la empresa.

<sup>91</sup> Vid JACQUET, T. (2011): “La propuesta anticipada de convenio”, p. 61. Sostiene que del articulado de la Ley Concursal se desprende que el legislador ha pretendido potenciar el mantenimiento de la actividad de la empresa concursada, ya sea manteniendo a los mismos propietarios o mediante terceros, y por ello, la autora indica, “esta constatación nos obliga a hacer referencia al histórico debate doctrinal existente alrededor de las finalidades que debe perseguir la legislación concursal”. También se hace eco de esta controversia, TIRADO, I. (2009): “Reflexiones sobre “el interés concursal”. Ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores”, pp. 1055-1108

En el mismo sentido, URQUIZU, O. J. (2013): “La quiebra...”, op. cit., pp. 329 y 392. Para el autor, “la Ley Concursal tiene como finalidad principal conseguir un convenio del deudor con sus acreedores. Por ello, la Ley Concursal facilita la propuesta anticipada de convenio (...)”

Por su parte, GARCÍA, E. (2010): “Cuestiones procesales en el Derecho Concursal”, p. 15, atribuye a la Ley Concursal cinco objetivos:

- Superar el carácter represivo de la legislación anterior.
- La finalidad del concurso no es castigar al deudor sino resolver la situación.
- Acabar con la dispersión legislativa y procesal.
- Protección de los intereses de los trabajadores.
- Cobro de las deudas y favorecer la deseable continuidad de empresas y puestos de trabajo.

Y para MORENO, E. (2012): “La posición jurídica del órgano de administración de las sociedades de capital”, p. 214, “el proceso concursal configurado en la Ley Concursal tiene como finalidad la continuación de la actividad empresarial, aunque subordinada al fin principal de satisfacción de créditos a los acreedores”.

En relación a estos dos posibles objetivos del concurso, esto es, la satisfacción de los créditos y la continuidad de la actividad, CANDELARIO, M. I. (1999): “El convenio de continuación como medio de protección del crédito en los procedimientos concursales”, p. 26, sitúa la aparición, por primera vez, del interés de la continuidad empresarial en la Ley de 12 de noviembre de 1869 sobre la quiebra de las

En relación a esta cuestión, algunos autores no establecen la limitación con claridad, quedando sin concretar qué sucede en el supuesto de que siendo factible la continuidad de la empresa, se satisface mejor los intereses de los acreedores liquidando sus activos<sup>93</sup>.

Nosotros proponemos que, una vez determinada la viabilidad teórica empresarial en el informe de expertos independientes o de la administración concursal en su caso, será la mayoría de los votos de los acreedores legalmente establecida la que debe decidir si aprueba la continuidad de la deudora en manos de los mismos propietarios o si, por el contrario, opta por la liquidación. La última palabra en sede de concurso, creemos, debe corresponder a los acreedores.

Esta disyuntiva aflora porque, como decimos, la Ley Concursal no define con claridad el objetivo primero y principal y adicionalmente porque si observamos ordenamientos de otros países éste podría ser cualquiera de los dos factibles: la maximización del interés de los acreedores y la continuidad de la empresa. Así, como ya pusimos de manifiesto en el capítulo anterior, en el ordenamiento francés el principal objetivo puede considerarse el mantenimiento de la actividad<sup>94</sup>, sin embargo, en otros como en el alemán la principal finalidad es la máxima satisfacción de los acreedores.

Sin embargo, quizás no sea tan determinante decidirse por una u otra alternativa. Tal vez, como mantenemos en esta obra, se pueda obtener la máxima satisfacción de los acreedores a la par que conservar las empresas viables, y quedaría por decidir qué proponer a los acreedores disidentes: recibir al menos lo que recibirían en una eventual liquidación o que se sometan al juego de las mayorías en busca del interés general.

---

compañías de ferrocarriles, canales y demás obras públicas. Si bien es verdad que su aplicación se refería a grandes empresas. Anteriormente, destaca la “convicción del legislador de que la satisfacción a los acreedores es el “motor” de todo el procedimiento concursal”.

<sup>92</sup> Vid FERNÁNDEZ, A. (2009): “Las soluciones preconcursales”, pp. 69-70. Para quien “prevenir la insolvencia debe estar entre los objetivos irrenunciables de un moderno Derecho Concursal, y para ello, debe dotar al empresario de armas eficaces con las que poder atacar las situaciones de crisis desde estadios muy preliminares. La Ley Concursal ha fracasado en esta tarea, pues si bien ha detectado que anticiparse a la insolvencia es garantía de mejores soluciones y por ello ha introducido en nuestro sistema el instituto de la “insolvencia inminente”, la herramienta que suministra el concurso es sumamente ineficaz para abordar situaciones de preinsolvencia”.

<sup>93</sup> Para GONZÁLEZ, E. (2003): “Los intereses tutelados en la nueva ley”, cuando la concursada está disgregada y desmembrada el único interés a satisfacer será la mejor satisfacción de los intereses de los acreedores pero plantea que si la empresa tiene trabajadores y forma una unidad de empresa con posibilidades de continuidad por otras personas, entonces, ese interés se conciliará con el interés de los trabajadores y de la conservación de unidades empresariales y primará la línea conservativa siempre que sea factible.

Como se puede observar no se considera con nitidez el objeto del concurso que para nosotros, no puede ser otro que la satisfacción de los intereses de los acreedores, si bien, creemos, que cuando la empresa es viable, éstos pueden satisfacerse mejor, en muchas ocasiones, mediante la continuidad empresarial.

Y para MUÑOZ DE BENAVIDES, C. (2011): “La finalidad del concurso de acreedores. Reformas introducidas por la Ley 38/2011”, “la finalidad del concurso de acreedores es la de mantener la actividad empresarial mediante la negociación con los acreedores, evitando la liquidación de la empresa”, el fin principal es la continuidad.

<sup>94</sup> Vid PÉROCHON, F. (2011): “La predicción de las crisis...”, op. cit., p. 512. “En Francia el principal objetivo es salvar a la empresa en dificultades así como el mantenimiento de la actividad y del empleo”. Este criterio de Francia es mantenido por unos países y no por otros, vid RUEDA, J. A. (2004): “Diagnóstico...”, op. cit., p. 219 “Los sistemas francés y norteamericano buscan preservar la continuidad de la empresa como ente generador de riqueza y empleo, sin embargo los sistemas como el alemán o el británico priorizan la satisfacción de los acreedores”.

Cualquiera de las dos alternativas puede resultar apta y el legislador debe inclinarse por la que considere más adecuada pero la disyuntiva no hace perder virtualidad a la posibilidad, no sólo teórica sino también real, de compatibilizar ambos objetivos en la mayor parte de las circunstancias<sup>95</sup>.

Creemos que merece la pena considerar esta opción, toda vez que a día de hoy hay unanimidad en considerar que la actual Ley Concursal y sus sucesivas reformas no han conseguido resultados aceptables en alguna de las dos posibles finalidades.

En relación al texto legal en vigor, en el párrafo primero del preámbulo<sup>96</sup> se habla de propósitos principales, no de objetivos. No establece órdenes de prioridad entre los mismos y relaciona la Ley Concursal y su utilidad con el ciclo económico, en este caso, de crisis intensa. Si no se establece con claridad el objetivo o los objetivos a conseguir se dificulta la posibilidad de diseñar una Ley eficaz, en términos de consecución de objetivos.

Una Ley Concursal debe ser eficaz y eficiente en la consecución de su finalidad, para nosotros, maximizar los intereses de los acreedores promoviendo la continuación de las empresas viables y la liquidación temprana de las inviables, con independencia del ciclo económico en que se encuentre el país.

En el párrafo tercero<sup>97</sup>, la Ley se refiere a alternativas al concurso sin concretarlas. En nuestra opinión, no son alternativas a elección, sino que la primera opción a promover será la conservación de la empresa siempre y cuando sea viable y la última, la liquidación para empresas no viables. No debería ser posible, por tanto, comunicar al juzgado inicio de negociaciones, con lo que ello conlleva, si previamente no se dispone de un plan de viabilidad al menos en términos económicos y que contenga una propuesta de viabilidad financiera a aprobar por los acreedores, si éstos así lo estiman oportuno.

---

<sup>95</sup> En la introducción del libro “Conservación de empresas en crisis. Estudios económicos y jurídicos” (2013) director ARIAS, F. J., se recoge esta misma idea cuando en referencia a la Ley concursal 3/2003 y sus sucesivas reformas sostiene que no parece coherente mantener al mismo tiempo la conservación de la empresa como objetivo del concurso junto con indicar que la reforma de la Ley pretende respetar los principios básicos del concurso. Pero ello no quiere decir que no pueda conservarse la empresa aún cuando éste no se considere objetivo del concurso por cuanto la decisión final siempre está en manos de los acreedores.

<sup>96</sup> I

“...sin embargo, el deterioro de la situación económica ha acentuado determinados aspectos de la legislación que han resultado disfuncionales y ha puesto de manifiesto el incumplimiento de uno de los propósitos principales de la ley, que es la conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado...”

<sup>97</sup> III

“Ante todo, la ley profundiza en las “alternativas” al concurso o los denominados institutos preconcursales, ofreciendo a las empresas una solución más ágil y económica a sus crisis, a través de acuerdos de refinanciación.

La ley se ocupa de la comunicación formal de que se están iniciando negociaciones con los acreedores, regula con detalle los deberes de las partes que negocian el acuerdo y, sobre todo, establece la homologación judicial de tal acuerdo, que, en consecuencia, y dentro de ciertos límites, se extiende a los acreedores disidentes.

Además, se incorpora a nuestro ordenamiento el llamado “privilegio de dinero nuevo”. Con estos cambios, se perfecciona la reforma llevada a cabo por el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo”.

Respecto a los acuerdos homologados no realiza mención alguna, en este apartado, a la necesidad de demostrar la viabilidad empresarial en el contenido de los mismos.

Es decir, que con esta omisión del requisito de viabilidad económica que hace el párrafo podríamos encontrarnos con empresas sin viabilidad que únicamente pretenden alargar o ganar tiempo antes de la solicitud de concurso. Esta forma de proceder por parte de los administradores de la deudora agravará sus problemas y, por tanto, se contravendrá el objetivo central que la Ley Concursal debe perseguir y que no es otro que la maximización de los intereses del acreedor. Supuesto distinto es que se exija una viabilidad económica previa en sede de acuerdos de refinanciación. Aquí sí podrían los acreedores ver satisfechos sus intereses al menos a medio plazo<sup>98</sup>.

El párrafo décimo<sup>99</sup> nos parece oscuro en algunas de sus consideraciones. Las vías alternativas al concurso de la Ley no deben buscar el equilibrio entre la viabilidad y la seguridad judicial. La empresa será, al menos al inicio, económicamente viable si pretendemos su conservación y posteriormente financieramente viable si recibe la aprobación de los acreedores. Lo que las vías alternativas al concurso buscarán en todo caso será que siendo jurídicamente seguras colaboren en facilitar la conservación de las empresas que presentan un proyecto de razonable viabilidad. Asimismo, nos parece interesante matizar que la Ley no es un instrumento más al servicio de la viabilidad y dinamización de las empresas, sino, en nuestra opinión, la última opción y por tanto, dado las restricciones de derechos para los acreedores que supone, debe llevar aparejado un coste para el deudor. Esta tesis la mantendremos a lo largo de todo este trabajo.

Por lo que se refiere al párrafo segundo de la Exposición de Motivos<sup>100</sup>, podemos indicar que de nuevo no se identifica con claridad los objetivos del concurso y su priorización en caso de conflicto. Ciertamente se refiere a la satisfacción de los acreedores como finalidad esencial del concurso, pero esto quiere decir que ¿es más importante para la Ley Concursal la satisfacción de los acreedores o que lo es la continuidad de la empresa?, ¿son objetivos excluyentes o pueden ir unidos?. Estas cuestiones son claves para dirimir en una normativa concursal. Creemos que sería beneficioso que la Ley dejara esta materia muy bien definida ya que de la lectura de otros párrafos se deriva una mayor confusión.

En cuanto al procedimiento único, debemos indicar que nosotros somos partidarios de aprobar un procedimiento con dos vías diferenciadas: la reorganización para las empresas que previamente se las ha evaluado como viables económicamente y la liquidación para las que no presentan esta viabilidad.

---

<sup>98</sup> Es verdad que la Ley de Reforma 38/2011 establece como preceptivo el informe del experto independiente en relación con el plan de viabilidad, en el marco de los acuerdos de refinanciación homologables, no así como vinculante. En el Real Decreto-ley 4/2014 se elimina la necesidad de este informe salvo que lo reclame alguna de las partes.

<sup>99</sup> X

“En definitiva, esta ley aporta al instituto del concurso una mayor seguridad jurídica, la apertura de nuevas vías alternativas que buscan el equilibrio entre la viabilidad de la empresa y la necesaria garantía judicial...Con ello se trata de normalizar el papel del concurso con el que se cumple en los países de nuestro entorno, poniendo fin al estigma que hasta ahora lo ha lastrado y se constituya como un instrumento al servicio de la viabilidad y dinamización de nuestro tejido empresarial”.

<sup>100</sup> II

“...La unidad del procedimiento de concurso se consigue en virtud de la flexibilidad de que la ley lo dota, que permite su adecuación a diversas situaciones y soluciones, a través de las cuales puede alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso”.

Aunque siguiendo las recomendaciones de organismos internacionales, entre ellos Naciones Unidas<sup>101</sup>, nos parece que el paso de la vía conservativa a la vía liquidativa debe producirse de forma automática, en cuanto así lo considere el deudor o una vez no se haya conseguido alcanzar la viabilidad financiera porque la Junta de acreedores no ha apoyado el plan de empresa presentado y, por tanto, el convenio no ha resultado aprobado.

Más difícil de imaginar parece pasar desde la vía liquidativa, porque el deudor no ha podido presentar un plan rentable económicamente, a la vía conservativa porque lo ha presentado en un momento posterior. En nuestra opinión, esto no sería posible porque el momento que, entendemos, es válido para hacerlo es al inicio del procedimiento junto con la solicitud de concurso voluntario. Aunque el plan así considerado y que se somete a valoración de la administración concursal pueda ser, en base a las apreciaciones de ésta, modificado por el deudor quien anule o añada algún aspecto al señalado documento, pero siempre deberá ser antes de iniciar la vía conservativa.

El párrafo tercero<sup>102</sup> deja de definir con precisión esos intereses del concurso, lo que sería vital para medir la eficacia que se obtiene con su articulado.

El párrafo cuarto<sup>103</sup> habla del convenio como solución normal del concurso. En nuestra opinión, es la solución normal de las empresas viables. La solución normal de las inviables sería la liquidación. Esta distinción es fundamental porque no hacerla provoca la situación actual. Muchas empresas que ya desde su inicio presentaban una inviabilidad económica han intentado la aprobación de una propuesta de convenio para llegar finalmente a la liquidación después de varios meses y recursos consumidos. Esta confusión, desde nuestra perspectiva, deriva de la indeterminación legal del objetivo del concurso.

Sin embargo, el párrafo séptimo<sup>104</sup> sí parece priorizar el interés del concurso, suponemos que éste se refiere a la maximización del interés de los acreedores, sobre la continuidad de la actividad empresarial. Por eso decimos que el texto de la Ley Concursal puede generar confusión.

2. No se clarifica adecuadamente el presupuesto objetivo<sup>105</sup>, ya que no se proporciona criterios totalmente definidos para determinar cuándo estamos ante una insolvencia

---

<sup>101</sup> NACIONES UNIDAS “ Guía legislativa sobre el régimen de insolvencia” p 14

<sup>102</sup> **III**

“...Se ha procurado así permitir planteamientos realistas, que sin menoscabar la naturaleza de estos derechos ni perturbar el mercado del crédito, muy sensible a la protección de las garantías en caso de insolvencia del deudor, no impidan sino que hagan viables soluciones beneficiosas para los intereses del concurso...”

<sup>103</sup> **IV**

“...El convenio es la solución normal del concurso...”

<sup>104</sup> **VII**

“...Aún en este último caso, la ley procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integrados en la masa, mediante su enajenación como un todo, salvo que resulte más conveniente a los intereses del concurso su división o la realización aislada de todos o alguno de sus elementos componentes, con preferencia a las soluciones que garanticen la continuidad de la empresa”.

<sup>105</sup> Vid RODRÍGUEZ, J. C. (2004): “sobre el concepto de insolvencia en la nueva Ley. Exégesis del artículo 2”, p. 3. Considera que el concepto de insolvencia es un concepto complejo cuyo análisis exhaustivo exige sacarlo fuera de la calificación positiva de presupuesto objetivo de la Ley y que su estudio no puede ajustarse a la literalidad del texto normativo concursal y necesita aproximaciones desde



actual y, en menor medida todavía, cuándo estamos ante una insolvencia inminente, en cuanto a indicios probatorios y en cuanto a una referencia temporal para esta última. Y ello aunque fuera sólo como criterio orientador para el juez<sup>106</sup>. Siendo el presupuesto objetivo un concepto difícil de determinar y fundamental para la aplicación de la Ley, el legislador no hace un gran esfuerzo por su concreción conceptual. Para Pulgar<sup>107</sup>, la

---

otras Leyes: Derecho Contable, Derecho de Sociedades. Al mismo tiempo, entiende, necesita apoyarse en el conocimiento de otras ciencias, en especial, la financiera. En su opinión, es de lamentar que el legislador no haya tenido en cuenta los aspectos anteriores en la determinación del supuesto de insolvencia en las Sociedades de Capital. La falta de claridad del concepto puede provocar la dificultad de su prueba. Vid también GADEA, E. (2011): “La prueba de la insolvencia en el procedimiento concursal”, pp 293-296 y el artículo de MUÑOZ, A. (2012): “El requisito de probar la insolvencia del deudor”.

DE CASTRO, J. M. ; RAMOS, T. (2012): “Aspectos procesales del concurso”, p. 18, ponen de relieve que, “es necesario precisar que no se trata de una simple insolvencia contable que provoca un impago puntual, sino que el art. 2.2 de la Ley Concursal se está refiriendo a un supuesto de falta de crédito o desbalance patrimonial que impide al deudor cumplir con regularidad sus obligaciones”.

<sup>106</sup> Vid ETXARANDIO, E. (2009): “Manual de Derecho Concursal. Adaptado al Real Decreto Ley 3/2009”, p. 98. Para Etxarandio la facultad que existe para solicitar concurso por insolvencia inminente tiene que ver con la idea de que el deudor se autodiagnostica y prevea una posible insolvencia futura, que deberá ser razonable y que tendrá que razonar ante el Juzgado.

Nos parece que se une a la posición de la doctrina alemana por cuanto concreta en su interpretación de la Ley Concursal española que para esta justificación el tiempo no es lo más importante al realizar las previsiones que derivarían en incumplimiento corriente, sino la razonabilidad o probabilidad suficiente de que éste aparecerá y ello, sostiene, apoyado en dos causas fundamentales, el desfase entre liquidez del activo y exigibilidad del pasivo o al inviabilidad para hacer frente a los compromisos a corto plazo. p. 98 Para Etxarandio es importante que la Ley limite la posibilidad de que el deudor realice un uso táctico de esta posibilidad de anticipación de la solicitud de concurso aunque matiza el problema porque como indica la mayor parte de la doctrina, el problema real suele ser al contrario, es decir, que el deudor presenta la solicitud muy tardíamente lo que a efectos prácticos perjudica más a los acreedores que el hipotético problema de un uso estratégico de la anticipación. p. 100

Diferimos de su opinión en lo que se refiere al plazo temporal predecesor de la insolvencia definitiva. Consideramos que cuando todavía existe un plazo suficientemente largo corresponde al deudor trabajar en su resolución por las vías privadas tradicionales en la administración de empresas, entre otras, incorporación de nuevos socios, reestructuración organizativa para mejorar la rentabilidad, refinanciaciones con cambios de condiciones, desinversiones de activos no afectos, etc.

En el mismo sentido que Etxarandio, Vid JACQUET, T. (2011): “La propuesta...”, op. cit., p. 169, considera necesario hacer un esfuerzo para delimitar el contenido de insolvencia inminente que evite un posible uso estratégico del deudor del mismo. Por ello, cree que no es suficiente la mera manifestación por el deudor de estar ante un riesgo de insolvencia a corto plazo, sino que para ella se necesita “construir un límite material a la aceptación de la solicitud de declaración de concurso cuando el presupuesto objetivo en el que se funde sea la insolvencia inminente que marque la frontera entre la situación de la insolvencia inminente y la de la solvencia”.

Dado que nosotros no hemos tenido acceso a propuesta alguna, por parte de la doctrina, que aporte algunos posibles criterios o indicadores nosotros propondremos a efectos de un posible debate para lograr una mejor opinión, un plazo temporal definido y algún incentivo negativo que disuada de un uso estratégico por parte del deudor.

<sup>107</sup> PULGAR, J. (2012). “Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación”, p. 165. “El art. 2.3 de la Ley Concursal no establece un plazo temporal para el que debemos hacer la previsión, habiendo entendido la doctrina alemana en relación al art. 18 Ins O, que tampoco regula ese plazo, que éste ha de ser determinado y asumible, con exclusión de pronósticos de futuro indefinidos o a tan largo plazo que haga irreal la previsión. Se trataría de un plazo que no se puede determinar *a priori* y con carácter general, pues está conectado al plazo de las obligaciones existentes, pero se ha determinado que debe considerarse, como un plazo razonable de previsión, un período de tres años particularmente en supuestos en que existen obligaciones a muy largo plazo”.

Opinamos que un período tan largo como tres años permite, como ya hemos dicho, buscar alternativas de solución que son habituales en la administración de una empresa a lo largo de toda su vida. Creemos que lo que justifica acudir a la vía de concurso, con las consecuencias negativas que produce para los acreedores es el acercamiento, inexorable, que deja ya sin margen de maniobra a los administradores, a la insolvencia efectiva. Los administradores han podido intentar otras vías de solución y haber fracaso o

definición o determinación de este presupuesto objetivo, en la práctica, viene a indicar el criterio conservativo o el criterio liquidativo del concurso de acreedores para los deudores que estando en situación de crisis entran en el sistema concursal. Y encuentra la autora, además, una conexión con el elemento temporal para fijar cuándo deben entrar las acciones ejecutivas colectivas. A pesar de la importancia que estas materias tienen, considera que se deja en manos de los tribunales concluir en cada caso si se está ante un supuesto de insolvencia inminente que apoye la apertura de un concurso voluntario. De esta forma, se les obliga a recurrir a la jurisprudencia, a otras resoluciones y, en especial, a la doctrina alemana.

Comentamos el texto legal concursal vigente en referencia a este tema.

De esta manera, en el párrafo segundo del texto de la Exposición de Motivos<sup>108</sup> no se establece la diferencia entre el concepto patrimonial de insolvencia, como valor del activo real, sea a valor de mercado o de liquidación según proceda, inferior al valor del pasivo y el concepto de iliquidez como imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones. Se podría estar en situación de insolvencia en el sentido de desbalance y atender los pagos mediante endeudamiento durante un período de tiempo más o menos largo. Esta inexactitud en la definición del presupuesto objetivo genera problemas de aplicación de la Ley y sobre todo de su utilización preventiva. La expresión insolvencia que se concibe como el estado patrimonial del deudor que no le permite cumplir regularmente sus obligaciones guarda estrecha relación con el desequilibrio patrimonial.

Asimismo el texto no proporciona límites, referencias temporales, o de otro tipo, acerca de cuándo se puede considerar la inminencia de la insolvencia<sup>109</sup>.

Tampoco en los acuerdos de refinanciación “privilegio de dinero nuevo” se concreta el presupuesto objetivo ni el ámbito temporal para la solicitud<sup>110</sup>.

---

haber dejado transcurrir el tiempo sin actuar, pero en cualquier caso la cercanía de la insolvencia no permite otra solución razonable que la solicitud de concurso. Desde la propuesta que formularemos ya se analizará en sede de concurso, en caso de llegar a la liquidación, si los administradores societarios han actuado en los meses previos a la solicitud cumpliendo el deber legal de conducta de un “ordenado empresario”, de esta forma creemos que se evita también la utilización estratégica del concurso.

Continúa PULGAR, “Respecto del contenido objetivo, esto es, obligaciones a que debe ir referido el pronóstico, el art. 2.3 no precisa su naturaleza, aún cuando del tenor literal del precepto se deriva que debe tratarse de obligaciones existentes...aunque el incumplimiento aún no debe haberse producido”.

Desde nuestra posición, también deben considerarse las obligaciones futuras, no contraídas todavía, pero necesarias para la continuación de la actividad puesto que si no se toman en consideración estaría en peligro esa continuidad, en cuyo caso no se entendería la razón del instituto de la insolvencia inminente.

En contra de nuestra opinión Pulgar, op. cit. “Ante la indeterminación legal de otros extremos relativos a obligaciones a considerar en el pronóstico, habrá que entender que deberán contemplarse obligaciones existentes y no futuras...”. p. 165

## <sup>108</sup> II

“...la unidad del procedimiento impone la de su presupuesto objetivo, identificado con la insolvencia, que se concibe como estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones”.

<sup>109</sup> “...si la solicitud de concurso la insta el propio deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, si bien en este caso no sólo podrá ser actual, sino futuro, previsto como “inminente”. El deudor tiene el deber de solicitar la declaración de concurso cuando conozca o debió conocer su estado de insolvencia; pero tiene la facultad de anticiparse a éste”.

<sup>110</sup> Vid PULGAR, J. (2012): “El concurso de acreedores reforma de la ley 38/2011”, pp. 44-45.

De esto se hace eco, entre otros, Pulgar ya que desde su punto de vista el modelo que ha establecido el legislador español en materia de acuerdos de refinanciación, sean éstos generales o particulares, permite que el deudor pueda plantearlos también cuando está ante una insolvencia inminente, especialmente considerada por su conceptualización económica: pérdidas acumuladas, desequilibrio patrimonial u otros

Por otra parte, el art. 2 de la Ley Concursal define el estado de insolvencia actual como aquél en el que el deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. El presupuesto objetivo es un asunto vital en la Ley Concursal. Así lo considera también Palao<sup>111</sup> en el trabajo de investigación que ha desarrollado.

A pesar de esta importancia es extraordinariamente difícil su determinación. Ligado a él está la determinación que el legislador desea establecer del criterio conservativo y liquidativo de deudores en crisis dentro del sistema y tiene conexión, a su vez, con el elemento temporal para fijar cuándo debe entrar en juego el proceso concursal.

Aunque esta dificultad no debe impedir el esfuerzo del legislador para obtener la mejor definición y delimitación.

En nuestra opinión, la definición de insolvencia que realiza la Ley se refiere a insolvencia actual y además entendida ésta en términos de iliquidez, aunque no cualquier clase de ésta, y no también de desbalance como valor del activo real inferior al pasivo. Debería admitirse en el presupuesto objetivo de la Ley también la insolvencia como desbalance<sup>112</sup> porque esta situación está muy próxima a provocar la insolvencia real considerada como sobreseimiento de pagos lo que perjudicará los intereses de los acreedores y ello derivará en la ineficacia de la Ley. Esto sucederá así siempre y cuando la rentabilidad económica de la empresa no sea suficiente para revertir el desequilibrio patrimonial. Aunque teóricamente la reversión es factible, sin embargo no será un escenario muy probable para las empresas en crisis.

El art. 5 de la Ley Concursal impone que el deudor deberá solicitar la declaración del concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o

---

indicios preocupantes, etc. Y ello puede entenderse así, desde su punto de vista, por cuanto ni en la DA 4ª tipificadora de acuerdos particulares de refinanciación, ni en el art. 71.6 donde se regulan los requisitos de tipicidad del acuerdo y los acuerdos generales, ni en relación con un hipotético futuro concurso, existe referencia alguna al plazo temporal en el que un deudor puede plantear un acuerdo de refinanciación. Y eso que éste pretende la continuidad de la actividad a corto y medio plazo, y por tanto habrá de concurrir, al menos, un supuesto de amenaza de insolvencia que sea suficiente. Es más, como indica Pulgar, “en la reforma introducida en virtud de la ley 38/2011, incluso la inicial referencia contenida en el art. 5.3 LC a la insolvencia actual desaparece en el nuevo art. 5 bis LC, quedando, además, claro en el tenor literal de dicho precepto la admisión y efectos automáticos conectados a la comunicación, sin necesidad de que el juez deba realizar un análisis previo sobre el estado de insolvencia del deudor u otras circunstancias, aspectos que se dilucidarán, en su caso, en una eventual sección de calificación concursal”. pp. 44-45.

Dado el interés que pueden tener los acuerdos de refinanciación, Pulgar aboga por liderar un cambio de mentalidad no sólo entre los empresarios, eventuales deudores, sino también entre las propias entidades financieras, pues aún cuando el legislador no ha previsto que el deudor deba realizar prueba alguna que justifique su situación de dificultad ante el registrador mercantil o ante el experto que éste designe y con ello se facilite el acceso a posibles acuerdos, la experiencia constata que los acuerdos son planteados por el deudor cuando la insolvencia es actual y difícil de revertir. p. 47

<sup>111</sup> PALAO, J. M. (2013): “La insolvencia inminente...”, op. cit., p.181. Por este motivo el autor, “echa en falta que no se acotara expresamente el presupuesto de apertura preventiva de la insolvencia con un sistema contable objetivo”.

Palao considera al presupuesto objetivo como uno de los cimientos o la base principal en la que descansa la efectividad de la Ley Concursal. Su definición es, por ello, un instrumento central de técnica jurídica que debe adaptarse al caso concreto para tutelar el objetivo de la norma que, para él, no es otro que la tutela de los intereses de las partes involucradas.

<sup>112</sup> Es cierto que para el supuesto de desbalance la Ley de Sociedades de Capital en el art. 363 prevé la disolución. Sin embargo, nos parece que en presencia de un proyecto de empresa viable los acreedores maximizarán sus intereses con la continuidad de la actividad.

debido conocer su estado de insolvencia. Desde nuestro planteamiento, el artículo debería recoger la posibilidad de insolvencia inminente en los términos anteriormente mencionados.

Además podría ser interesante definir un marco temporal también para la insolvencia inminente. A modo de ejemplo podría valer un marco temporal de doce meses máximos para comunicación judicial de inicio de negociaciones para acuerdos de refinanciación o de dos meses máximo de anticipo a la insolvencia efectiva para la solicitud de concurso en base al presupuesto de una insolvencia inminente. Los plazos mencionados deberían acreditarse con estados contables de los tres últimos años y con proyecciones temporales que demuestren que de seguir con la tendencia actual mantenida durante el período de tiempo considerado, la empresa entrará en insolvencia real (iliquidez y /o desbalance)<sup>113</sup>.

En virtud de la propuesta de este trabajo, no cabría solicitud de concurso en base a una insolvencia inminente para un período de previsión superior al que tomamos como referencia (dos meses) porque en ese caso cabría intentar, entre otras opciones menos traumáticas para los acreedores, acuerdos de refinanciación comunicados al juzgado, generales o particulares. Nos separamos en este asunto del criterio jurisprudencial alemán, señalado anteriormente, que no refiere la insolvencia a un ámbito temporal sino a la tipología de las obligaciones que deberá satisfacer y no podrá hacerlo.

A su vez el art. 14<sup>114</sup> regula la resolución judicial de la declaración de concurso y criterios a tener en cuenta para la misma. Es vital que la normativa no permita al deudor realizar un uso abusivo del sistema concursal, de tal manera que no estando en la situación prevista por la Ley, se utilice ésta para obtener beneficios en perjuicio de los acreedores.

En este sentido la Ley exige la comprobación previa de la situación por parte del juez.

Como decimos, la Ley Concursal no proporciona criterios adecuados para determinar cuándo se está ante una insolvencia inminente, forzando a los jueces a su identificación.

El JM nº1 de A Coruña, Auto de 24 de julio de 2008 en el concurso de MARTINSA-FADESA S.A., sostiene que la mercantil se encuentra en situación de insolvencia inminente, de acuerdo al art. 2.3 de la Ley concursal que define a ésta como el estado en el que se encuentra el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones. Para el juzgador la insolvencia, sea ésta actual o inminente, no presupone la existencia del desbalance, en el sentido de menor activo que pasivo, es decir, no presupone la incapacidad financiera para satisfacer las obligaciones contraídas, sino únicamente la incapacidad de satisfacerlas a sus vencimientos, o la previsión, con una probabilidad razonable, de no poder cumplir de forma regular y puntual<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> Nótese que en este trabajo proponemos ampliar, a efectos del concurso voluntario, el concepto de insolvencia también al desbalance.

<sup>114</sup> Art. 14 Provisión sobre la solicitud del deudor

1 “Cuando la solicitud hubiere sido presentada por el deudor, el juez dictará auto que declare el concurso si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulta la existencia de alguno de los hechos previstos en el apartado 4 del artículo 2, u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor”.

<sup>115</sup> Con ese planteamiento se sostiene que, aún cuando el patrimonio de MARTINSA-FADESA S.A. tenía valoración real de diez millones ochocientos mil euros y la totalidad de su pasivo exigible ascendía a cinco millones doscientos mil euros, por tanto capacidad financiera suficiente para atender el pasivo, el

Todo ello en un escenario de importante disminución de la actividad de la sociedad lo que incrementaba las dificultades con que se encontraba para acometer nuevas inversiones en un momento de crisis severa general, pero de incidencia más intensa en el mercado inmobiliario.

Todos los argumentos anteriores le sirvieron al tribunal para concluir que la solicitante se hallaba en un supuesto de insolvencia inminente.

El marco temporal de la insolvencia inminente.

La Ley prevé la institución de la insolvencia inminente con la finalidad de paliar los problemas derivados de una solicitud tardía, pero no define el ámbito temporal al que debe referirse y los tribunales deben valorar caso por caso y tomar referencias de ordenamientos foráneos.

El problema, además, tiene incidencia en el comportamiento que la Ley y sus sucesivas reformas pretenden promover, como es la solicitud tempestiva del deudor. Si el empresario deudor no tiene siquiera una referencia temporal, o de otro tipo de indicios a efectos de considerar la inminencia de su insolvencia, será más difícil que valore la posibilidad de realizar la solicitud de concurso temporalmente oportuna.

El Auto del Juzgado nº 2 de lo Mercantil de Bilbao de 17 de febrero de 2006, establecía la distinción entre insolvencia actual e inminente de acuerdo al concepto del Derecho concursal alemán contemporáneo de la “*drohende Zahlungsunfähigkeit*” del par. 18 InsO<sup>116</sup>.

El juez critica el riesgo que entraña la vocación preventiva de las instituciones concursales que recoge la Ley Concursal sin “configurar un específico procedimiento concordatorio cuando aún no hay insolvencia, pero ésta es previsible”. Y ello es así, desde su punto de vista, porque esta situación encierra el peligro de que el deudor haga un uso estratégico de las instituciones preventivas, a través de un adelanto excesivo de la solicitud de concurso, para enervar la ejecución singular de los acreedores, ya que la Ley Concursal permite que el empresario, sin contrapartida gravosa y sin perder el control de su empresa pueda presentarse al concurso y obtener la paralización de ejecuciones sin derecho de separación, art. 55 de la Ley Concursal y, asimismo, “enfriar las ejecuciones de garantías reales y asimilados (art.56 y 57 Ley Concursal), y

---

problema estribaba en la iliquidez de la sociedad y con ello el riesgo de exponerse a ejecuciones singulares de los acreedores u otras formas no regulares de cumplimiento.

Y ello es así, porque como contiene el auto mencionado, derivado de la documentación económica y financiera aportada, y en especial de la memoria, se desprendía que las previsiones de *cash flow* operativo estimaban un déficit de noventa y cuatro millones de euros para el mismo período, en el *cash flow* de financiación que no podría compensarse con los flujos de inversión procedentes de empresas del grupo... La tesorería de la Sociedad había disminuido en el último año y medio hasta situarse en algo más de 3.700.000 euros a fecha de mayo de 2008.

<sup>116</sup> El contenido del Auto explica la posición de la doctrina alemana. En ella no se alude “tanto a la idea de inminencia, de innegable sentido temporal en castellano, como a la idea de riesgo, peligro o amenaza de actualización del sobreseimiento. Si un endeudamiento que preocupa tiene vencimientos a medio plazo, pero la amenaza de no cumplir cierta, la insolvencia es amenazadora, aunque no inminente en realidad (así, en la doctrina alemana se entiende razonable la previsión de un plazo de hasta tres años)”.

manteniendo la actividad forzar un convenio de la máxima condonación y aplazamiento”.

Pero, al mismo tiempo, el juez reconoce que la propia Ley Concursal no contiene incentivos relevantes para que los deudores soliciten anticipadamente el concurso cuando se encuentran en supuestos de insolvencia inminente<sup>117</sup>. Por otra parte pone de relieve el esfuerzo que la norma española pide al juez cuando éste tiene que pronunciarse sobre si acontece un supuesto de insolvencia inminente ya que su acreditación habría que basarla en hipótesis futuras, es decir, en la propia autoprevisión del demandante siempre que la misma responda a criterios razonables.

Considera que aún cuando el art. 18.2 de la Ley Concursal parece llevar a la prueba contable como justificación de la insolvencia actual en el concurso necesario, cuando se está en sede de concurso voluntario por insolvencia inminente los medios probatorios podrían consistir, además, en documentos no contables o “hechos notorios”.

En el Auto mencionado se expresa que la insolvencia inminente, es una situación amenazante, que más que referida a un corto espacio temporal se refiere a la razonabilidad o verosimilitud del cálculo que realiza el solicitante de que las obligaciones se vayan a incumplir, dentro incluso de un año<sup>118</sup>. Para el juez una forma de evidenciar esta amenaza puede ser a través de los indicios que pueden apoyar la opinión del auditor ante dudas sobre aplicación del principio de empresa en funcionamiento y que son los establecidos en la Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. En concreto, y a partir de enero de 2014, es de aplicación la Norma Internacional de Auditoría sobre empresa en funcionamiento.

En aquella resolución y en esta Norma Internacional se aprueba la Norma Técnica de Auditoría sobre empresa en funcionamiento y se establecen indicadores que pueden ayudar al trabajo del auditor en el cuestionamiento de la posibilidad razonable de continuidad de la actividad ya que de los mismos se derivarían importantes incertidumbres para el funcionamiento futuro.

Entre estos indicadores estarían: resultados económicos y/ o financieros negativos, generación de *cash flow* insuficiente, fondo de maniobra negativo o insuficiente, pérdida de cuotas de mercado o de algún cliente muy significativo, etc.

Estos indicadores y alguno más propondremos en este trabajo para que sean utilizados no sólo por el auditor, cuando proceda, sino principalmente por los administradores societarios mientras efectúan la función de gestión a la que están llamados.

---

<sup>117</sup> En realidad, sostiene son limitadas las ventajas de efectuar esta solicitud a la par que se encuentran neutralizadas por la imagen negativa que, en el tráfico mercantil, acompaña a las empresas en crisis.

<sup>118</sup> Por ello, sostiene, “La autoprevisión razonable de insolvencia que amenaza puede proceder lógicamente de tres panoramas, entreverados o no: 1.º) La importancia del sobreendeudamiento; 2.º) El desfase entre liquidez del activo y la exigibilidad del pasivo; 3.º) La inviabilidad de cumplir en el corto plazo. Y el futuro de insolvencia pronosticado, como orientación, y sin limitarlo a las cuentas como fundamento del razonar, según se ha dicho, bien puede tenerse por razonable cuando aparecen esos factores que implican dudas para el auditor de “la capacidad de la entidad de seguir como empresa en funcionamiento”, de la Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría Cuentas de 31 de mayo de 1993

De esta manera, podrán detectar situaciones negativas y/o de riesgo futuro y, en su caso, estudiar y contemplar las opciones más adecuadas para resolver las situaciones en tiempo y forma. Si los administradores gestionan la empresa de acuerdo a estas consideraciones, en nuestra opinión, llegada, en el peor de los casos, una situación de liquidación concursal, no deberían ver comprometido su patrimonio por una hipotética responsabilidad toda vez que su administración se habría desarrollado de acuerdo al Derecho de sociedades como un “ordenado empresario”.

En el mismo sentido, la AP de Girona en el Auto de 30 de abril de 2009 define la insolvencia inminente no como un estado psicológico del deudor que insta el concurso, sino que debe, además, justificar un determinado endeudamiento y presentar una previsión razonable en virtud de la cuál se producirá un déficit de liquidez que no permitirá satisfacer las obligaciones contraídas.

También este Auto de Girona, para distinguir entre insolvencia actual o inminente, se apoya en el Derecho Concursal alemán de la “*drohende Zahlungsunfähigkeit*” del par. 18 *InsO*, que como se sabe no alude tanto a un sentido temporal cuanto a la idea de riesgo o amenaza de sobreseimiento.

Por ello matiza, “si un endeudamiento que preocupa tiene vencimiento a medio plazo, pero la amenaza de no cumplir cierta, la insolvencia es amenazadora, aunque no inminente en realidad (así, en la doctrina alemana se entiende razonable la previsión de un plazo de hasta tres años)...lo inminente es más bien amenazante, a fin de que tenga sentido la vocación preventiva, y no puede reducirse a la insolvencia que está a punto de ser averada, y ni siquiera debe marcarse un determinado plazo corto o medio, puesto que lo único preciso es advertir esa razonabilidad o verosimilitud de cálculo objetivo del solicitante acerca de que las obligaciones nacidas no podrán cumplirse puntual y regularmente, aunque se vayan a incumplir dentro de tres o seis meses o un año”.

El Auto del JM de Santander de 14 de octubre de 2008 para valorar la realidad de la situación de insolvencia inminente y reducir los riesgos de predicción acude a los siguientes indicios: dificultades de tesorería, volumen de deudas vencidas y de inmediato vencimiento, la evolución general del sector en el que opera la concursada, el intento fallido de acudir a fuentes de financiación por parte de entidades crediticias.

Tendría un efecto pernicioso que la declaración de concurso, a la sola voluntad del deudor, fuera trasladando a los acreedores el riesgo empresarial en su totalidad o en una parte sustancial que el propio deudor debiera asumir.

La cuestión que plantea la doctrina en relación al tema de la comprobación de la insolvencia inminente alegada, es decir, respecto a cómo el deudor puede autodiagnosticar un sobreseimiento generalizado de pagos en un futuro más o menos cercano o cómo puede hacerlo el juez, en su caso, conlleva siempre una predicción difícil de evaluar, más aún cuando la Ley no aporta criterios orientadores.

El problema se agrava adicionalmente porque los documentos exigidos en la propia Ley Concursal, los contables y, en especial, la memoria, son escasamente idóneos para suministrar información predictiva sobre la situación económica y financiera del deudor.

Ello es así, porque estos documentos suministran una información fundamentalmente cuantitativa y en menor medida cualitativa. Y a esto hay que añadir que se trata del registro de transacciones pasadas, es decir, que aportan información retrospectiva cuando de lo que hablamos es de justificar probables sucesos futuros y, por tanto, nos interesa la información prospectiva. Como se sabe, rentabilidades pasadas no aseguran beneficios futuros.

Y todo lo anterior en el supuesto de que el deudor cumpla, al menos, con las obligaciones contables que el Derecho de sociedades le encomienda algo que, en la práctica, no es tan frecuente, sobre todo cuando nos referimos a las pequeñas y medianas empresas que, por otra parte, suponen la gran mayoría del tejido empresarial español.

Pero, y a pesar de lo dicho, nos parece que la principal manera de acreditar una crisis empresarial pasa por la utilización de la información contable y por la utilización de los indicadores económicos y financieros relevantes, sin perjuicio de que la muy necesaria tarea de predicción ha de estar basada en información solvente interna y externa.

Sin embargo, puesto que desde nuestro punto de vista la Ley no propone indicios suficientes, además de los del art. 2.4 que demuestren la realidad del estado de la empresa en crisis, dejando la decisión a la apreciación judicial, nosotros realizamos en nuestra propuesta normativa una cascada de indicadores y de documentación histórica y prospectiva que ayudarían a la valoración del juez. Un número importante de autores comparten con nosotros la necesidad de aportar criterios contables y de información complementaria y en este sentido el sistema legal concursal se considera<sup>119</sup> ambiguo con los efectos perjudiciales que ello comporta.

3. Para la mayoría de los autores el presupuesto objetivo habla de insolvencia en términos de iliquidez<sup>120</sup> generalizada, es decir, de sobreseimiento generalizado de pagos. No obstante, también hay algunas opiniones que matizan este criterio<sup>121</sup>. Por tanto, la mayor parte de expertos dejan fuera la posibilidad de existencia de insolvencia en términos de desbalance, patrimonio neto negativo, donde el valor de realización de los activos de la empresa es inferior al valor de las obligaciones contraídas aunque por un elevado endeudamiento no haya acontecido el sobreseimiento de pagos que, sin

---

<sup>119</sup> PALAO, J. M. (2013): “La insolvencia inminente...”, op. cit., p. 183. Establece la necesidad de incluir el elemento contable en la construcción del presupuesto preventivo de apertura concursal o de establecerlo jurisprudencialmente. Es especialmente crítico con el nuevo sistema porque “elimina por un lado el criterio contable expreso, que distinga entre insolvencia inminente o actual y por otro, no da a los hechos indiciarios de la insolvencia el valor de verdaderos presupuestos inatacables para la declaración del concurso. De esta forma la ambigüedad de la insolvencia actual se traslada a la insolvencia inminente y con ello a la apertura de todo el sistema. El art. 262.2 LSA habla de un estado de insolvencia cuando todavía se tienen fondos propios”.

<sup>120</sup> URQUIZU, O. J. (2013): “La quiebra...”, op. cit., p. 323. Citamos a este autor, a modo de ejemplo entre otros muchos, que sostiene, “en cuanto al presupuesto objetivo del concurso se vuelve al concepto de insolvencia, pero no concebido como el correspondiente estado patrimonial deficitario, sino aquél en el que el deudor se encuentra ante la imposibilidad de cumplir regularmente sus obligaciones”.

<sup>121</sup> Vid ORELLANA, N. (2012): “Comentario práctico a la nueva ley concursal”, p. 58. La autora trae a colación el Auto de la AP de Alicante de 26 de enero de 2006, “La insolvencia es una modalidad de incapacidad, de naturaleza patrimonial, que impide la satisfacción regular de los créditos. Consiste en la ausencia de bienes suficientes o en condiciones de ser realizados en tiempo oportuno para atender puntual e íntegramente el vencimiento de las obligaciones contraídas. No es lo mismo la falta de liquidez y la insolvencia”.



embargo, sucederá inexorablemente si no se produce el necesario cambio de rumbo de la sociedad.

A pesar de que definir con precisión el concepto de insolvencia es una cuestión nuclear para la aplicación de la Ley, la realidad está lejos de conseguirlo. Pulgar<sup>122</sup>, echa de menos que la Ley no realice un esfuerzo de concreción superior porque tal y como está ahora contemplado obliga al juez a determinarlo caso por caso<sup>123</sup>.

Criterios judiciales que no adoptan una postura común. Véase al respecto el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de marzo de 2012 que una vez puesto de relieve como el recurrente confunde la falta de liquidez con la insolvencia precisa que las situaciones transitorias de impuntualidad en el incumplimiento deben ser excluidas. La incursión en mora puede traer causa en una situación de iliquidez reveladora de dificultades, pero si es posible satisfacer las obligaciones, aunque sea con retraso, la situación no puede calificarse de insolvencia. No hay que olvidar, sostiene el tribunal, que la regularidad en el cumplimiento se refiere a los medios empleados y no al momento de cumplimiento<sup>124</sup>.

La mayor parte de los tribunales asimilan la insolvencia con el sobreseimiento generalizado de pagos y no con el desbalance, incluso alguno, como estamos viendo, tampoco con la iliquidez. A modo de ilustración presentamos algunas resoluciones judiciales:

El Auto de la AP de Baleares de 27 de enero de 2010 diferencia entre el concepto de insolvencia y el concepto de desbalance. Según el Auto, cabe que suceda que el activo de un deudor sea inferior a su pasivo y, sin embargo, éste pueda seguir cumpliendo con sus obligaciones, en el supuesto de que la previsible iliquidez en la que habría de incurrir sea solventada con el recurso al endeudamiento, mediante créditos personales o de terceros. Contrariamente cabe que el activo del deudor sea superior a su pasivo pero resulte liquidable a muy largo plazo y en consecuencia el deudor entre en iliquidez, o sobreseimiento generalizado de pagos.

---

<sup>122</sup> PULGAR, J. (2012): “Preconcurso...”, op. cit., p. 153

<sup>123</sup> Y a pesar de los años en vigor de la Ley, todavía la cuestión está siendo explicada en 2014. La sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2014 explica nuevamente cómo se debe interpretar el presupuesto objetivo del concurso, esto es, el concepto de insolvencia. Al respecto indica que la insolvencia no se identifica con el desbalance o las pérdidas graves así como que tampoco es correcta la equiparación entre insolvencia y cesación de pagos, ya que es posible que el deudor se oponga a una solicitud de concurso necesario argumentando que aún existiendo el hecho indiciario de sobreseimiento generalizado de pagos no se encuentra en estado de insolvencia y, en sentido contrario, también es posible que incluso no existiendo el sobreseimiento generalizado de pagos, sí se esté en esa situación por tener que incurrir, por ejemplo, propone el tribunal, en venta apresurada de activos para atender los pagos.

<sup>124</sup> Una matización a esta posición vid EDB 2008/ 103202 Procedimiento Concursal (2008) El Derecho Editores “a la hora de determinar el presupuesto objetivo para la declaración del concurso, debe diferenciarse entre sobreseimiento de pagos y la insolvencia, respondiendo el primer concepto a la actitud del deudor que por el motivo que fuera no cumple con las obligaciones y el segundo supone una insuficiencia patrimonial, esto es, una situación de desbalance o déficit patrimonial para hacer frente a sus obligaciones. Lo verdaderamente relevante para la declaración del concurso es la insolvencia, ya que de existir una cesación generalizada de pagos, ésta puede coexistir con un activo suficiente, pudiendo por tanto resolverse con ejecuciones singulares sin necesidad de acudir al procedimiento singular.”

En el sentido anterior, entre otros: el Auto de la AP de Sevilla de 20 de enero de 2012, el Auto de la AP de Madrid de 13 de marzo de 2012 y el Auto de la AP de Córdoba de enero de 1997.

Sin embargo, no faltan tribunales que contrariamente, incluso habiendo liquidez y atendiendo las obligaciones a su vencimiento, estiman la situación de desbalance de la empresa como presupuesto objetivo de la Ley Concursal.

La sentencia de la AP de León de 24 de febrero de 2012 en referencia a la transmisión de una sociedad, “en situación de desequilibrio patrimonial pero al corriente de sus obligaciones debido exclusivamente a las aportaciones personales de los socios, considera que la situación de insolvencia de la sociedad (a la que califica de latente) concurría antes de su transmisión, puesto que sus fondos propios eran negativos, y sólo atendía sus pagos corrientes con las aportaciones de los socios”<sup>125</sup>.

En cualquier caso, parece que el Tribunal Supremo zanja la cuestión con la reciente sentencia de 1 de abril de 2014 sobre la que volveremos con más detalle.

En relación al texto legal concursal en vigor que hace referencia a la cuestión ponemos de relieve el art. 2<sup>126</sup> que regula el presupuesto objetivo de la Ley, una de las materias de mayor calado en la regulación. A efectos de justificar la insolvencia debería haberse presentado unos estados financieros actuales en los que se refleje la quiebra o suspensión de pagos actual en la dimensión de desbalance y/o iliquidez o unos estados financieros previsionales que demuestren, con una probabilidad razonable, que ésta sucederá antes de los siguientes sesenta días, como una posible propuesta temporal o cualquier otra que los expertos consideren más adecuada. Siempre a nivel orientativo, puesto que durante todo este trabajo mantenemos que la Ley y sus criterios deben orientar y responder a los casos más frecuentes, pero deben también, de manera flexible, adaptarse a los casos particulares.

El planteamiento nuestro propone un sistema concursal que permita, para el período que transcurre desde los doce meses hasta los dos meses antes de que, previsiblemente, la insolvencia real aparezca iniciar las negociaciones de acuerdos de refinanciación con comunicación judicial y un período de dos meses, como máximo, de anticipación a la insolvencia efectiva para presentar concurso voluntario.

Por tanto, proponemos que desde los dos meses antes de presentarse la insolvencia efectiva y hasta que ésta se manifieste pueda presentarse la solicitud de concurso

---

<sup>125</sup> Vid GARRIGUES (2012): “Novedades reestructuraciones e insolvencias”, p. 5

<sup>126</sup> Art. 2 Presupuesto objetivo

2 “Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificarse su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones”.

HERNÁNDEZ, J. (2009): “El presupuesto objetivo del concurso y fundamento de la solicitud”, p. 23, el autor considera que es fundamental la concreción del supuesto objetivo a través de la delimitación del concepto de insolvencia, porque define la situación de insolvencia considerada a efectos de la ley y también porque los deudores tienen el deber de solicitar el concurso dentro del plazo de dos meses desde que conocen o debían conocer su situación de insolvencia. Para el autor, en esta materia resulta esencial distinguir entre la acreditación de la legitimación para solicitar el concurso, la prueba del fundamento de la solicitud y la prueba de la insolvencia como presupuesto que justifica la declaración de concurso.

voluntario. Esperar a que se produzca el sobreseimiento de pagos para realizarla, como la experiencia práctica demuestra, puede resultar en muchas ocasiones excesivamente tarde para la resolución satisfactoria del procedimiento.

Los documentos contables y sus proyecciones para los siguientes meses, son los documentos que, entre otros, estimamos constituirían la prueba para la valoración judicial.

4. La Ley no consigue incentivar la solicitud de concurso voluntario de forma tempestiva lo que provoca que cuando el deudor llega al concurso tiene una situación económico-financiera tan deteriorada que prácticamente sólo le queda la disolución<sup>127</sup>.

Para algunos autores este problema estriba en que no hay una cultura del concurso y el empresario no lo percibe como un instrumento al que acudir en circunstancias excepcionales pero que puede resultar de utilidad para salvar una empresa viable<sup>128</sup>.

En relación al texto legal, en el párrafo II de la Exposición de Motivos<sup>129</sup> se apunta la intención de la normativa para provocar una solicitud tempestiva del concurso que permita una mayor satisfacción a las partes. Sin embargo, a día de hoy lo que podemos concluir es que la Ley y los incentivos en ella contemplados se han mostrado ineficaces

---

<sup>127</sup>En este sentido, HERBOSA, I.; GADEA, E.; GUTIÉRREZ, A.; LARENA, J.; MONJE, O. (2012): “Mecanismos de prevención y reorganización de pymes ante una eventual situación de concurso”, p. 91. Para los investigadores se podría incentivar la solicitud temprana al empresario que no pueda evitar el concurso de dos maneras complementarias:

La primera informando y asesorando al deudor en situación de crisis económica y/o financiera severas acerca de las ventajas de acudir al concurso tempranamente, la segunda mediante una interpretación, por parte de los jueces, flexible sobre los hechos que el deudor acredite en su solicitud como indicadores de una insolvencia actual o inminente.

<sup>128</sup> Vid SANCHO, I. (2009): “La ley concursal y su aplicación: planteamiento general”, p. 16. Quien es de la opinión que la Ley Concursal ha servido para cambiar la “cultura empresarial” en el procedimiento por parte de los profesionales, pero no ha servido para modificarla por parte de los empresarios y, por ello, éstos continúan solicitando el concurso de forma intempestiva cuando ya hay pocas probabilidades de que la situación sea reversible.

En la misma línea de pronunciamiento, RUBIO, P. J. (2012): “La liquidación...”, op. cit., p. 438. Para el autor el problema de la solicitud de concurso voluntario de forma tardía no se explica únicamente por una deficiencia normativa sino que, estaría derivado, en mayor medida, por algo más difícil de corregir como es que: no se han establecido incentivos suficientes de tipo positivo o negativo para lo contrario, no es posible la declaración de oficio, el procedimiento tiene costes elevados y finalmente, considera, no existe una segunda oportunidad en caso de liquidación o de situaciones de insolvencia irreversible.

Compartimos con HERBOSA (2012): “Mecanismos de prevención...”, op. cit., p. 88, y colaboradores la necesidad de que las instituciones públicas efectúen una labor pedagógica para que los empresarios utilicen el proceso concursal en todas sus posibilidades. Como se sabe la gran mayoría de las empresas que conforman el tejido empresarial español son pequeñas y medianas empresas con gestión no profesionalizada.

Somos más críticos, sin embargo, con el tema de la segunda oportunidad, porque hasta la fecha no tenemos claro quién pecharía con las deudas no satisfechas en el primer intento, probablemente otras pequeñas empresas proveedoras a las que se habrá podido desestabilizar.

Opinamos que conseguir que los destinatarios de la Ley hagan una utilización de la misma como ha previsto el legislador es cometido de su redacción y del establecimiento de incentivos que promuevan el comportamiento deseado y de incentivos que disuadan de comportamientos indeseados.

<sup>129</sup> “El sistema legal combina así las garantías del deudor con la conveniencia de adelantar en el tiempo la declaración de concurso, a fin de evitar que el deterioro del estado patrimonial impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores. Los estímulos a la solicitud de concurso voluntario, las sanciones al deudor por incumplimiento del deber de solicitarlo y el otorgamiento al crédito del acreedor instantáneo de privilegio general hasta la cuarta parte de su importe son medidas con las que se pretende alcanzar ese objetivo”.

para esa solicitud tempestiva y por tanto para evitar el deterioro del patrimonio del deudor. El sistema concursal es utilizado por las empresas en crisis en menor medida que en otros países del entorno y la solución conservativa supone la finalización de muy pocos procedimientos concursales siendo prácticas habituales la solución liquidativa con activos muy escasamente realizables. Y un excesivo número de convenios aprobados terminan en incumplimiento y en posterior liquidación.

En virtud del contenido del art. 15<sup>130</sup> y para aquellos deudores que han comunicado al juzgado el inicio de negociaciones con sus acreedores, se establece una moratoria en el deber de solicitar el concurso de acreedores. Dado que nosotros proponemos que el inicio de negociaciones comunicado judicialmente se produzca antes de la insolvencia efectiva (desbalance y / o liquidez para nosotros) de la empresa, no cabrá la solicitud de concurso necesario durante el período de negociaciones ya que no se darían los supuestos del artículo 2 punto 4. Recordemos que llegado el plazo de los dos meses previos a la previsión del acaecimiento de la insolvencia efectiva, si los acuerdos de refinanciación no han prosperado corresponderá, de acuerdo a la propuesta, la solicitud de concurso voluntario en base a la insolvencia inminente.

5. Por otra parte, la llegada también intempestiva a la liquidación origina que la pérdida de valor de los activos sea tan acusada que prácticamente no alcancen para algún tipo de satisfacción a los terceros relacionados.

Para Van Hemmen<sup>131</sup> se puede presuponer la solicitud de liquidación. El autor analizando el deterioro que muestran la mayoría de las empresas que solicitan el concurso, percibe que hay muchos deudores que a pesar de ser conscientes de que su proyecto de empresa no es viable utilizan las opciones de reestructuración de manera torticera y ello porque el procedimiento no prevé un coste para el que así actúa sino que, por el contrario, los costes de este proceder se trasladan a los acreedores.

Como hemos indicado más arriba, éste es el resultado al que se está llegando con la aplicación de la Ley. Sin embargo, ésta no es su intención, según hemos observado que refleja la Exposición de Motivos, en su párrafo segundo ya transcrito.

6. Asimismo, no realizar una clasificación<sup>132</sup> al inicio del procedimiento entre las empresas viables económicamente y no viables alarga el proceso de las últimas hasta su

---

<sup>130</sup> Art. 15 Provisión sobre la solicitud de otro legitimado y acumulación de solicitudes

3 “Una vez realizada la comunicación prevista en el artículo 5 bis y mientras no transcurra el plazo de tres meses previsto en dicho precepto, no se admitirán solicitudes de concurso a instancias de otros legitimados distintos del deudor...”

<sup>131</sup> Vid VAN HEMMEN, E. (2009): “La Ley concursal y sus efectos en las situaciones de insolvencia”, p. 32

<sup>132</sup> Vid JACQUET, T. (2011): “La propuesta...”, op. cit., pp. 41-42. Atribuye la generación de costes que pueden aparecer después de la declaración de concurso a los provocados por errores en la valoración de las empresas. Es decir, hace referencia a que las empresas económicamente ineficientes pueden ser consideradas erróneamente como empresas eficientes y que, por este motivo, sean reorganizadas cuando deberían ser liquidadas. Estas actuaciones provocan costes por la infratilización de los recursos patrimoniales de la empresa, esto es, los derivados de dar un uso a los activos patrimoniales que no es el que maximiza su valor. O, a *sensu contrario*, puede suceder que las empresas económicamente eficientes pero con problemas de financiación sean liquidadas, situación que, para la autora, genera costes inherentes a la pérdida de la empresa en funcionamiento, capital humano y costes de transacción de reemprender la actividad.

liquidación, ya que si así lo desea el deudor puede pasar antes por la misma fase de votación en la Junta que las primeras<sup>133</sup>.

En este sentido, Casanellas<sup>134</sup> critica la extraordinaria permisibilidad que la Ley Concursal tiene en relación a que el deudor puede mantener la continuidad de la actividad sin plantear un escenario de viabilidad. Para él, anticipar las posibles soluciones antes de presentar la declaración de concurso y el planteamiento rápido y adecuado después de su inicio son claves para el éxito concursal y, añade “la falta de distinción entre el procedimiento de liquidación de la empresa y el de reestructuración presenta un gran inconveniente: el mercado no percibe cuál es el destino de la concursada”.

Esta idea que plantea Casanellas constituye un vital apoyo a nuestra propuesta por eso a pesar de haberla mencionado en otro epígrafe anterior, la recuperamos en este momento.

Ciertamente las sucesivas reformas de la Ley Concursal están diseñadas para provocar estas actuaciones adelantadas; así aparece la posibilidad de una propuesta anticipada de convenio y también una liquidación anticipada solicitada por el deudor junto con la solicitud de concurso. Sin embargo, sigue existiendo la posibilidad de presentar propuesta de convenio ordinaria en fase del procedimiento muy avanzada sin que el procedimiento haya facilitado desde su inicio la clasificación de la empresa como viable con el apoyo de un plan de viabilidad del proyecto de empresa realizado por el deudor, que por otra parte es el mayor conocedor de su empresa y que, en nuestra opinión, debería ser preceptivo para acompañar a toda propuesta de convenio.

También en sede preconcursal conviene hacer, y así lo propondremos en nuestro esquema de procedimiento/ itinerario concursal, esta clasificación temprana mediante la supervisión independiente del plan de viabilidad que el deudor presente. Y ello no sólo para evitar consumos de recursos que perjudiquen a los acreedores sino también para evitar que se utilice el procedimiento preconcursal como fórmula para demorar la

---

Una aproximación teórica a la necesidad de liquidar las empresas no rentables, más allá de la habitual explicación de la doctrina que lo hace en base al coste de oportunidad de los activos utilizados por medio del cual esos activos podían aplicarse a actividades que proporcionen un mayor valor, es entender que cuando la actividad no es rentable, significa que produce menos recursos de los que consume. Esta explicación creemos que es más práctica y además aplicable en más ocasiones. Así, habrá veces que no es posible encontrar a corto plazo un uso para esos activos, pero será mejor mantenerlos ociosos que adscribirlos a una actividad que cuanto más produce, más agujero financiero genera.

En el mismo sentido de JACQUET aparecen las recomendaciones del Fondo Monetario Internacional (2009): “Orderly and effective insolvency procedures” documento cuyo párrafo de relaciones entre el procedimiento de liquidación y el de reestructuración establece que “dados los diferentes objetivos entre ambos procedimientos se debería determinar al principio, si la empresa es, al menos teóricamente, viable o no para luego decidir el procedimiento a aplicar”.

Y en el mismo sentido se posiciona VAN HEMMEN, E: (2009): “La duración del concurso: una interpretación económica”, p. 255. “En definitiva, como la mayoría de las empresas que inicia el concurso lo hace para liquidarse, la ficción del convenio como la solución normal del concurso (contenida en la propia exposición de motivos de la Ley) está provocando costes significativos. Estos costes están asociados a la inexistencia de un filtro eficaz que limite la apertura de la fase de convenio únicamente a aquellas empresas que son claramente viables”.

<sup>133</sup> Es verdad que en 2013 el 85, 37 % de los concursos pasaron directamente a liquidación sin pasar previamente por convenio pero parte de este porcentaje se explica porque la situación de la empresa estaba tan deteriorada no sólo financieramente sino, lo que es más grave, económicamente que no cabía otra alternativa. Datos Estadística Concursal 2013 Registradores de España

<sup>134</sup> CASANELLAS, R. (2011): “La eficiencia económica del procedimiento y su duración”, p. 390

entrada en el procedimiento concursal común. Hecho que algunos deudores realizan a fin de soslayar el riesgo de incurrir en supuesto de solicitud de concurso y de esta manera mantenerse en la gestión intentando dilatar la entrada en el procedimiento para, en algunos casos, descapitalizar la empresa, no siempre de forma fraudulenta<sup>135</sup>.

En lo que coincidimos con la Ley Concursal es en la posibilidad de solicitud de liquidación en el momento de solicitud de concurso voluntario porque, como sostenemos en todo momento en este trabajo, el primero que tiene que creer en la viabilidad del proyecto de empresa es el propio deudor.

El preámbulo de la Ley en su párrafo cuarto<sup>136</sup> habla de la necesidad de acelerar el procedimiento sea para convenio sea para liquidación, lo que es muy importante, pero no hace referencia alguna a la necesidad de clasificar tempranamente las empresas viables y las no viables para derivar a la vía de convenio sólo las inicialmente clasificadas como viables, lo que agilizaría mucho más el procedimiento.

Tampoco hace referencia alguna, en este apartado, a la desincentivación de la Ley para que el deudor solicite la liquidación al inicio del procedimiento, antes de que el propio procedimiento la clasifique como inviable. Ciertamente es que más tarde se verá la apertura de la pieza de calificación, pero merecería la pena que ya desde el inicio de la redacción la Ley se manifestara con más claridad en el apoyo por la continuidad de las empresas con viabilidad.

Aunque hemos de reconocer que en la mayor parte de los casos cuando la empresa sea rentable económicamente el deudor será el primer interesado en su continuidad, cabe imaginar algún supuesto donde éste a pesar de ello solicite la liquidación. Como en sede de concurso, es más que probable que la liquidación de los bienes no llegue para el pago de todas las deudas, los acreedores podrían sufrir un perjuicio.

---

<sup>135</sup> CAMACHO, M. M.; SEGOVIA, M. J. (2013): “Las variables económicas de las empresas que condicionan el éxito del precurso”, p. 156. Las autoras creen necesario analizar empíricamente las variables que se asocian al éxito en la conservación de la empresa con problemas.

De esta forma el procedimiento podría diferenciar entre las empresas para las que la solución de precurso es adecuada y aquellas para las que el precurso es “una situación de coma inducido” que claramente perjudica a los acreedores.

Llegamos a varias conclusiones. A efectos de nuestro trabajo la principal es que de los resultados obtenidos en este estudio, se podría establecer un protocolo de actuación o “diagnóstico” previo para los agentes interesados en el proceso y así anticipar la solución idónea a la empresa insolvente de una manera objetiva. Es decir, que si una empresa comunica al juez su deseo de iniciar negociaciones profesionales, los implicados en el proceso podrían tener un primer diagnóstico sobre el probable resultado del prediagnóstico. El Fondo de Maniobra y los Recursos Propios son las magnitudes que, de acuerdo a sus investigaciones empíricas, aportan mayor probabilidad de éxito en la reorganización de la insolvente. Las autoras reconocen que estas investigaciones adolecen de algunas limitaciones.

<sup>136</sup> “La ley pretende, en segundo lugar, que la solución de insolvencia no se retrase en el tiempo, algo que no hace sino perjudicar al concursado y sus acreedores al minorar el valor de sus bienes de cuya realización depende su cobro, eliminar posibilidades de garantizar su viabilidad y aumentar sus costes. Para ello, se simplifica y agiliza el procedimiento concursal, favoreciendo la anticipación de la liquidación, impulsando y regulando un verdadero procedimiento abreviado y ofreciendo soluciones específicas en la fase común y en el convenio.

La anticipación de la liquidación representa una importante novedad: se estructura de manera distinta la apertura de la fase de liquidación del concurso, lo que hace innecesaria la distinción entre liquidación ordinaria y liquidación anticipada y permite tramitar de manera más rápida aquellos concursos en los que el deudor solicite la liquidación en los primeros momentos”.

Finalmente, no vemos la ventaja de que en presencia de un concurso voluntario se permita al deudor realizar propuesta de convenio, apoyado de plan de viabilidad, si procede, en fase común. Entendemos que cuando voluntariamente se solicita el concurso, el deudor ya debe tener un plan de viabilidad y/o de reorganización que, en caso de ser aprobado por terceros, le permita hacer viable financieramente a su empresa. No tener este tema resuelto al inicio y hacerlo meses después, en la fase común, sólo sirve para agravar la situación y su solución, ya sea la conservación, ya sea la liquidación.

Y continúa el texto de la Ley buscando una solución rápida y económica al concurso<sup>137</sup>.

Pero pensamos que la solución rápida y económica del concurso se conseguirá clasificando al inicio del concurso las empresas en función de su viabilidad o inviabilidad económica para dirigir las al procedimiento de convenio o de liquidación con celeridad y con diseños ágiles de los propios procedimientos. El incentivo que supone para el deudor no abrir la sección de calificación, en su caso, no provoca economía y rapidez en sí mismo, únicamente puede provocar el interés del deudor de llegar a convenio, pero el deudor depende del comportamiento de las otras partes y de la complejidad del procedimiento. Y lo que nos parece todavía más relevante es poner de manifiesto que la Ley no debiera buscar la celebración de cualquier convenio anticipado, sino únicamente el convenio anticipado de una empresa previamente clasificada como viable, cuestión a la que no se refiere el texto analizado.

El párrafo quinto<sup>138</sup> abunda en la idea de la preferencia por la solución conservativa y en los mecanismos que para conseguirlo se establecen en la Ley, pero no se efectúa indicación alguna de que ésta procede sólo para las empresas viables. Se hace referencia también a las cautelas y diseños de garantías que faciliten la entrada de dinero nuevo, pero no se menciona, en este apartado, cautela alguna para que sólo se financien proyectos de empresa con suficientes posibilidades de continuidad a medio plazo. Sin embargo, se cita expresamente la existencia de cautelas que salvaguarden este dinero en casos de liquidación. Refinanciar proyectos no viables, en términos económicos, va en contra de los acreedores, especialmente de los ordinarios a los que la Ley pretende proteger, además de provocar ineficiencias en el sistema económico de una nación por las pérdidas de recursos que implica. Nos parece, por tanto, que la Ley se preocupa más por la hipótesis del fracaso de la refinanciación en términos de continuidad de la actividad a corto plazo, lo que está bien en sí mismo, que por asegurarse de una forma razonable que el proyecto de empresa que se refinancia será viable económicamente, lo que no sólo está bien en sí mismo, sino que además debe ser el objeto buscado.

---

<sup>137</sup> “En fin, la solución rápida y económica del concurso trata de conseguirse ofreciendo al deudor el incentivo consistente en no formar la sección de calificación si alcanza con sus acreedores un convenio anticipado, siempre que no sea especialmente gravoso”.

<sup>138</sup> “Otro de los vectores de la reforma es el que pretende favorecer la solución conservativa del concurso. Así se plasma en el reforzamiento de la posibilidad de realizar modificaciones estructurales durante el concurso de acreedores.

A igual propósito responde la consideración expresa de que los créditos nacidos tras la aprobación judicial del convenio han de ser, en caso de apertura posterior de la fase de liquidación, créditos contra la masa. Se trata con ello de favorecer la concesión de crédito a una empresa en fase de convenio y también como mecanismo protector de ese “dinero nuevo” que contribuye a la continuidad de su actividad”.

El párrafo segundo<sup>139</sup> de la Exposición de Motivos describe parte del procedimiento de la fase común y de las posibles terminaciones del mismo. Previa a esta fase común, nosotros proponemos la clasificación de la empresa al principio del procedimiento en viable o inviable, en términos económicos. Y en función del resultado obtenido en esa clasificación comenzar la valoración de los activos, en el primer caso en base al principio de empresa en funcionamiento y en el segundo en base a valores liquidativos para pasar seguidamente a aprobación de convenio o a fase de liquidación en el último supuesto.

Obviamente, esta clasificación previa se hará en base al documento “plan de viabilidad” que, nosotros opinamos, debe presentar el deudor a la solicitud de concurso cuando pretenda la vía conservativa o cuando comunique al juzgado el inicio de negociaciones para los acuerdos de refinanciación.

En el párrafo tercero<sup>140</sup>, la Ley establece la posibilidad del cierre de establecimientos del deudor. En nuestra opinión, habría que proporcionar algunos criterios orientativos para la toma de decisión. Por ejemplo cuando la empresa no es rentable y su actividad consume más recursos que los que genera, aumentando cada día de actividad las deudas generadas. En la propuesta que planteamos para concurso voluntario esta hipótesis no es factible toda vez que las empresas calificadas como no rentables irían a liquidación ordenada. Cuestión diferente es que el cierre del establecimiento obedezca a un proceso de reestructuración contenido en el plan de viabilidad.

El párrafo sexto<sup>141</sup> se refiere a la propuesta anticipada de convenio y su aprobación judicial. Consideramos que se debería prever, para esta aprobación, la comprobación no únicamente del cumplimiento de los requisitos formales, sino además del cumplimiento del contenido mínimo de fondo que proporcione algunas garantías razonables del mantenimiento de la empresa a medio plazo. En caso contrario sólo se pospone lo inevitable con el agravamiento de la mala situación patrimonial que supone.

Dentro del contenido del párrafo séptimo<sup>142</sup> se encuentra una referencia al documento del plan de viabilidad. Sería necesario establecer el contenido mínimo de este documento que en la práctica se ha convertido en un documento de escaso interés y que está perjudicando la imagen del sistema concursal y su eficacia para conservar las empresas viables. Haremos referencia a esta importante materia posteriormente.

---

<sup>139</sup> “...La unidad y la flexibilidad del procedimiento se reflejan en su propia estructura, articulada, en principio, en una fase común que puede desembocar en otra de convenio o de liquidación. La fase común se abre con la declaración de concurso y concluye una vez presentado el informe de la administración concursal y transcurrido el plazo de impugnaciones o resueltas las formuladas contra el inventario o contra la lista de acreedores, con lo que se alcanza el más exacto conocimiento del estado patrimonial del deudor a través de la determinación de las masas activa y pasiva del concurso...”

<sup>140</sup> “...La declaración de concurso, por sí sola, no interrumpe el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor, sin perjuicio de los efectos que produce sobre las facultades patrimoniales de éste; pero goza el juez del concurso de amplias potestades para acordar el cierre de sus oficinas, establecimientos o explotaciones, e incluso, cuando se trate de una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial, de ésta, previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores”.

<sup>141</sup> “...La regulación de esta propuesta anticipada permite, incluso, la aprobación del convenio...”

<sup>142</sup> “...La finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del concurso puede cumplirse a través de un convenio, a cuya propuesta se acompañará un plan de viabilidad...”



El art.6<sup>143</sup> sobre la solicitud de concurso establece una relación de información que la empresa debe presentar ineludiblemente. La propuesta sobre la viabilidad patrimonial, en el texto legal que propondremos, se acompañará también de un documento sobre propuesta de viabilidad económico-financiera, con regulación de contenido de mínimos, que debe plantear la empresa.

En caso de solicitud de concurso, por insolvencia actual o probable en los dos meses siguientes, la documentación señalada será la base principal para la clasificación entre empresas viables o no viables que tiene que realizar la administración concursal al objeto de derivarlas a la vía conservativa en el primer caso y a la vía liquidativa en el segundo.

El art. 21<sup>144</sup> establece que el Auto de declaración del concurso se pronunciará sobre si el deudor ha solicitado la liquidación o ha presentado propuesta anticipada de convenio.

Desde la opción que mantenemos en el caso de que el deudor no solicite liquidación pero tampoco acompañe a la solicitud de concurso propuesta de convenio junto con el, para nosotros, preceptivo plan de viabilidad, no tendría la posibilidad de continuar con su actividad empresarial. Sólo cabría, sugerimos, una propuesta de convenio posterior si es presentada por los acreedores y además se efectúa en el período de quince días desde que la administración concursal evacúa informe de masa activa y masa pasiva, (a pesar de todo esta posibilidad será residual a efectos prácticos). No cabría que el deudor presentara propuesta de convenio en fase posterior a la solicitud de concurso porque desvirtuaría la clasificación inicial de la tipología de empresa en cuestión, en cuanto a posibilidad de continuación con los mismos propietarios.

Asimismo, el art. 36<sup>145</sup> se refiere a la responsabilidad de la administración concursal. En nuestra opción, el administrador concursal tendría que mostrar una adecuada diligencia profesional, especialmente, al clasificar la empresa según su hipotética viabilidad o inviabilidad así como a la hora de validar los planes de viabilidad propuestos por los deudores. La diligencia exigida habrá de ser valorada a la luz del trabajo realizado, la información manejada, tanto la preparada por la empresa como otra aplicable a la que tenga acceso (planes sectoriales, evolución del sector, modelos predictivos de crisis empresariales aplicables), y todo ello para apoyar su opinión, en términos de probabilidades razonables, sobre cada escenario económico-financiero desarrollado. Básicamente la diligencia exigida, salvo mejor opinión, estaría regulada en términos similares a la regulación establecida para los auditores financieros cuando desarrollan los trabajos de auditoría financiera, a los que se les valora más que por el acierto de la

---

<sup>143</sup> Art. 6 Solicitud del concurso

2 “La memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor, de la actividad o actividades a que se haya dedicado durante los tres últimos años y de los establecimientos, oficinas y explotaciones de que sea titular, de las causas del estado en que se encuentre y de las valoraciones y propuestas sobre la viabilidad patrimonial...”

<sup>144</sup> Art. 21 Auto de declaración de concurso

1.2º “El carácter necesario o voluntario del concurso, con indicación, en su caso, de que el deudor ha solicitado la liquidación o ha presentado propuesta anticipada de convenio”.

<sup>145</sup> Art. 36 Responsabilidad

1 “Los administradores concursales y los auxiliares delegados responderán frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia”.

opinión emitida, por haber seguido las Normas Técnicas establecidas para llegar a la misma.

Por otra parte, el art. 43<sup>146</sup> permite que la administración concursal realice actos de disposición a fin de garantizar la viabilidad de la empresa. Para la opción planteada en este trabajo estos actos corresponderían al período de tiempo que transcurre hasta que la administración concursal emita su informe de clasificación de la empresa así como, en caso de considerarse viable, al tiempo que transcurra hasta la aprobación del convenio por parte de los acreedores o, si ésta no se logra, hasta la liquidación.

En relación al art. 44<sup>147</sup> de la continuación del ejercicio de la actividad. Para este trabajo que presentamos, la actividad no se paraliza durante el período de validación del plan de viabilidad aportado por el deudor y una vez estimado éste, y por tanto habiendo sido calificada la empresa como viable económicamente, mientras se intenta la aprobación del convenio por parte de los acreedores.

Por el contrario, la declaración de concurso por insolvencia actual, o probable en los dos meses siguientes, supondrá la interrupción de la actividad si el deudor solicitante no acompaña propuesta de convenio y plan de viabilidad en el que se apoya y los acreedores no han presentado propuesta de convenio hasta como máximo quince días después de que el administrador concursal emita su informe sobre la masa activa y pasiva del concurso, o si a la vista del informe de viabilidad presentado por el deudor la administración concursal clasifica a la empresa como no viable.

El art. 107<sup>148</sup> establece la regulación del informe de la administración concursal.

Reiteramos que nuestra propuesta confiere un carácter esencial a esta evaluación. Por este motivo la propuesta de convenio, que por su propia esencia siempre plantea limitar alguno de los derechos que el ordenamiento otorga a los acreedores debe ir acompañada, en todo caso, por un plan de viabilidad futura como contrapartida. Estos documentos, así como la información adicional relevante y aplicable a la que la administración concursal pueda tener acceso, son la base para la clasificación tempestiva de la empresa como viable o inviable económicamente. En la propuesta de este trabajo esta valoración es vinculante para el juez quien sólo deberá valorar si la opinión del experto se ha formado siguiendo la ejecución establecida en unas Normas Técnicas Profesionales en caso de que el deudor plantee su impugnación.

En relación al art. 109<sup>149</sup> de la aprobación judicial del convenio. No barajamos en este trabajo la posibilidad de aprobación judicial de un convenio en los términos previstos en

---

<sup>146</sup> Art. 43 Conservación y administración de la masa activa

3.1º “Los actos de disposición que la administración concursal considere indispensables para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería que exija la continuidad del concurso...”

<sup>147</sup> Art. 44 Continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial

“La declaración del concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor”.

<sup>148</sup> Art. 107 Informe de la administración concursal

2 “La administración concursal evaluará el contenido de la propuesta de convenio en atención al plan de pagos y, en su caso, al plan de viabilidad que la acompañe. Si la evaluación fuera favorable, se unirá al informe de la administración concursal. Si fuese desfavorable o contuviere reservas, se presentará en el más breve plazo al juez, quien podrá dejar sin efecto la admisión de la propuesta anticipada o la continuación de su tramitación con unión del escrito de evaluación al referido informe...”

<sup>149</sup> Art. 109 Aprobación judicial del convenio

este artículo ya que adolecería de la falta de un requisito esencial, la valoración y posterior clasificación de la empresa. De tal forma que un convenio apoyado en un plan de viabilidad que no ha obtenido una valoración favorable no puede pasarse a la votación de acreedores legalmente establecida, ya que en caso contrario se abriría la puerta, mediante el convenio, a la continuidad de empresas no viables económicamente que en fechas posteriores perjudicarán los intereses de terceros nuevamente. Adicionalmente, no se encontraría justificación para la limitación de los derechos de los acreedores disidentes bajo esa circunstancia.

7. El procedimiento concursal es tan largo que, no proporcionando soluciones satisfactorias a las partes consume, sin embargo, cantidades ingentes de recursos.

Esto se explica, en parte aunque no totalmente, porque es un procedimiento muy garantista aunque en este sentido las sucesivas reformas de la Ley trabajan para su reducción mediante la aplicación del procedimiento simplificado a la mayor parte de los supuestos, simplificando, a su vez, la tramitación de los incidentes concursales, a través de la reducción de plazos, etc<sup>150</sup>.

La duración del procedimiento concursal<sup>151</sup> español es excesivamente larga. Su propia complejidad lleva a que sea así a pesar de que el legislador ha diseñado fórmulas en orden a reducir los plazos. Las distintas fases por las que atraviesa, como la determinación de la masa pasiva una vez atendidas las posibles impugnaciones, la fase de convenio, en su caso, la liquidación efectiva de los bienes, si procede, entre otras, no permiten anticipar un plazo razonable de solución.

Pero aún cuando el procedimiento concursal tiene una complejidad superior a otros procedimientos, ninguno de todos ellos es ajeno a los problemas temporales de la vía jurisdiccional.

Y ésta realidad cabe atribuirle a dos causas principales:

-Por un lado, la escasez de medios aplicados al orden jurisdiccional en relación con los casos sometidos a trámite.

---

2”Si la mayoría resultase obtenida, el juez, en los cinco días siguientes al vencimiento del plazo de oposición a la aprobación judicial del convenio previsto en el apartado 1 del artículo 128 dictará sentencia aprobatoria...”

<sup>150</sup> SANCHEZ, I. (2009): “La ley concursal y su aplicación. Planteamiento general”, p. 22. Para este autor la empresa en crisis necesita intervenciones ágiles, de corta duración y que incurran en unos costes moderados. A ello no ayuda el diseño de un procedimiento tan garantista que alarga el momento de declaración del concurso y dilata todo su proceso.

Y abundando en esta idea encontramos, entre otros, a Van Hemmen, E. (2009) “La ley concursal...”, op. cit., pp. 30-31. También atribuye una relación directa entre la duración del proceso y su nivel de eficiencia. La ineficiencia que se provoca alcanza a ambas formas solutivas del concurso, la liquidación y la reestructuración. Y por ello indica, “un concurso que retrasa la liquidación es ineficiente si los bienes que constituyen el patrimonio del deudor pierden valor por obsolescencia, uso inadecuado o abandono. En el caso de continuidad, el retraso en alcanzar el convenio genera costes directos e indirectos”. Por su parte en su artículo, FERNÁNDEZ, A. I. (2004): “La reforma concursal: ¿un diseño eficiente?”, cuestiona la eficiencia de la Ley española.

En el mismo sentido, GONZÁLEZ, J. M. (2011): “Acortando plazos: el procedimiento abreviado en el proyecto de reforma concursal 2011”, pp. 377-388. Para profundizar en el proceso concursal, vid. DE CASTRO, J. M. ; RAMOS, T. (2012): “Aspectos procesales del concurso”

<sup>151</sup> GARCÍA, E. (2010): “Cuestiones procesales en el Derecho Concursal”, realiza una profunda investigación sobre los principales problemas del proceso concursal cuyo tratamiento excede este trabajo.

-Por otro, su configuración garantista<sup>152</sup> con un procedimiento complejo de aportación de hechos, práctica de pruebas, posibilidad de alegaciones e impugnaciones de parte, necesarios para obtener la convicción del juzgador encargado de resolver la controversia.

Para González<sup>153</sup> de las causas anteriores que pueden provocar la insatisfacción de los operadores jurídicos hacia la tutela judicial, el principal que justifica la necesidad de la reforma del procedimiento concursal tiene que ver con la falta de efectivos personales en relación con el número de concursos existentes.

A este respecto, Van Hemmen<sup>154</sup> incluye algunos matices diferentes en el diagnóstico del problema. Considera que “asociar los tiempos únicamente al funcionamiento administrativo es un planteamiento muy restrictivo”.

Aplica también la extensión temporal de ciertos trámites a los incentivos existentes para los agentes que intervienen. Al respecto expone, “la realidad es que a partir del momento que se inicia el concurso cada día que transcurra tendrá efectos distintos para cada uno de los participantes. Así los titulares de los créditos pierden valor por el efecto de la inflación. En las empresas inviables, los costes por depreciación disminuirán más su valor. Por el contrario, los administradores de la empresa con dificultades no pierden nada por el retraso de la resolución pudiendo incluso beneficiarse del retraso del momento de cambiar de empresa.”

Esta realidad que se vive en la tramitación de numerosos concursos se verá solventada, a nuestro juicio, con la aplicación de la propuesta que hacemos en este trabajo. En efecto, y como más adelante se detallará, consideramos el concurso como una forma de solventar las crisis severas de las empresas, sea con una solución conservativa, sea con una solución liquidativa, la que mejor proceda en cada caso.

Pero, y esto es lo relevante en este momento, para que un administrador societario se vea liberado de responsabilidad se demandará que despliegue una actitud diligente. Es decir, como la que cabe exigir a un “ordenado empresario” durante los meses anteriores a manifestarse la insolvencia y también durante la tramitación de la misma.

Siendo rigurosos en la exigencia de esta diligencia “profesional”, (superior, en todo caso, a la de “un buen padre de familia del Código Civil, art. 1.104), el administrador societario no encontrará incentivos para una dilatación torticera del procedimiento. Avanzando un poco más en el análisis de la duración, además del incremento espectacular de concursos solicitados desde 2008, podemos ver que se ha producido un aumento de la duración<sup>155</sup>.

---

<sup>152</sup> Sobre esta configuración garantista es importante el tratado de DÍAZ, M. (2012): “El incidente concursal. Un instrumento autónomo de tutela en el concurso de acreedores”

<sup>153</sup> GONZÁLEZ, J. M. (2011): “Acortando plazos...”, op. cit., p. 379

<sup>154</sup> VAN HEMMEN, E. (2009): “La duración del concurso: una interpretación económica”, p. 248

<sup>155</sup> GONZÁLEZ, J. M. (2011): “Acortando plazos...”, op. cit., p. 380. Analizando los concursos solicitados desde 2008 llega a las siguientes conclusiones: la duración media de un concurso en 2009 fue de 20,3 meses, mientras que en 2005 fue de 10,5 meses “(datos extraídos del documento “la justicia dato a dato, correspondiente al año 2009, aprobado por el Pleno del Consejo del Poder Judicial”, nota a pie de página(...).El incremento de concursos ingresados ante un número constante de órganos competentes se traduce, casi necesariamente, en el aumento de la duración media de los procesos (...).”

Analizando y valorando positivamente el diseño que el legislador ha realizado para el procedimiento abreviado, que de alguna manera pretende que los costes procesales no disuadan a las partes de acudir a la vía jurisdiccional en escenarios de graves insolvencias que acontecen en empresas pequeñas, sostiene que se ha admitido también una economía de trámites, entendidos en puridad, como garantías procesales<sup>156</sup>.

Y en base a ello, cuestiona, si el legislador es capaz de apreciar que la duración de determinados plazos procesales es excesiva en determinados tipos de concursos, ¿debería hacer un ejercicio de reflexión ordenado a determinar si la duración de esos mismos plazos en el resto de los concursos es justificada o no?<sup>157</sup>.

También Van Hemmen<sup>158</sup> cuestiona algunos de los derechos procesales del procedimiento por cuanto alargan inevitablemente el proceso. Aunque reconoce que no es posible, desde el punto de vista económico, cuestionar el derecho a ejercer las acciones de impugnación sí le parece excesivo que éste se extienda universalmente a cualquier interesado dentro del concurso, así como que su naturaleza ilimitada permite que cualquier cifra patrimonial contenida en el informe puede ser impugnada y, por ello, mantiene, “en la medida de que la impugnación consume tiempo esto se traduce en una pérdida de valor del activo total lo que contradice claramente la naturaleza última del concurso (que no es otra cosa que la preservación de la masa activa y la recuperación de los créditos)”.

Para Van Hemmen, los concursos más pequeños no son verdaderamente abreviados porque parte de su tramitación tiene un componente sustancial fijo, es decir, no vinculado a la dimensión de la empresa concursada.

Estima que puede derivarse de que aún cuando el legislador establece una reducción de plazos a la mitad ésta reducción no viene acompañada, a su vez, de una reducción de trámites lo que imposibilita, o al menos dificulta, que algunos órganos concursales puedan resolver rápidamente los concursos abreviados.

De la observación de la práctica concursal concluye que los trámites de impugnación del inventario y de la lista de acreedores son los responsables de los retrasos sustanciales en los concursos. Y, en esta línea, no le parece muy razonable que el período de presentación y resolución de las impugnaciones actualmente represente “un 63% (tramitación abreviada) y un 72% (vía ordinaria) del tiempo total consumido en fase común”.

Aprovecha también el autor para criticar una materia que será cuestión nuclear de nuestra propuesta. Nos referimos a la ineficiencia e ineficacia que supone no filtrar al inicio del procedimiento las empresas no viables económicamente para dirigir las lo antes posible a la liquidación. Observa que una proporción muy significativa de los concursos que alcanzan la fase de liquidación (un 22%) lo hace tras pasar previamente

---

Aún cuando, como hemos indicado en párrafos anteriores, González se inclinaba por otorgar preponderancia al problema de escasez de medios también se muestra crítico respecto al segundo de ellos, esto es, el nivel garantista del procedimiento.

<sup>156</sup> GONZÁLEZ, J. M. (2011), pp. 379 y ss

<sup>157</sup> GONZÁLEZ, J. M. (2011), pp. 379 y ss

<sup>158</sup> VAN HEMMEN, E. (2009): “La duración del concurso...”, op. cit., p. 254

por la fase de convenio. Por ello, propone, “cabría considerar la posibilidad de establecer un filtro que permita conducir a la mayoría de estas empresas directamente a la liquidación, con el consecuente ahorro para los acreedores”.

El autor<sup>159</sup> reconoce que con este filtro alguna empresa que ha alcanzado el acuerdo podría haber sido conducida a la liquidación, pero dice, “aún aceptando que un filtro más restrictivo condujera a empresas viables a la liquidación, (cometiéndose lo que se conoce como error tipo II), todo hace pensar que se trataría de situaciones muy excepcionales.”

A nuestro juicio, una forma de evitar incurrir en ese error, o de conseguir que éste alcance valores poco significativos frente a la generalidad de los casos, pasaría porque el administrador concursal, al inicio del procedimiento, tuviera como función preceptiva la clasificación temprana entre empresas viables e inviables en base al proyecto de empresa propuesto por el deudor.

Quizás por todos los problemas anteriores y por algunos más no considerados en este momento Rouillón<sup>160</sup> no dibuja un futuro muy exitoso para los potenciales concursos.

De hecho, considera que probablemente acontecerá un uso declinante del concurso formal de reorganización cuya utilidad quedaría relegada a dos hipótesis principales: la de la empresa que no ha conseguido atraer la confianza de los acreedores en el período preconcursal consecuencia de una ausencia de información transparente, o de una falta de viabilidad en el proyecto empresarial, añadimos nosotros, y la hipótesis de entrada en una severa dificultad o desahuciada.

Si las tendencias se acentúan Rouillón prevé como bastante probable que “el concurso formal sea visto, y usado, como última ratio, y en consecuencia el número de ellos disminuya aún más en la estadística concursal”.

Es decir, que parece que en virtud de los problemas en los que se incurre al aplicar la normativa concursal algunos sugieren que el proceso concursal sólo se utilice en casos de crisis severas cuando hayan fallado medidas de consecuencias menos graves.

En cierta manera coincidimos con esta idea sin perjuicio de que un diseño mejorado de la Ley que consiga incrementar su eficacia y su eficiencia será una opción muy importante para apoyar la continuidad de las empresas viables y la liquidación temprana y transparente de las no viables aunque sea considerada como la última oportunidad.

Como apuntaremos en epígrafes posteriores, la propuesta que en este trabajo realizamos con el fin de incrementar la eficiencia y la eficacia del sistema concursal español no contiene posicionamiento en relación a los problemas que acabamos de presentar. Y no lo hace, porque queremos basar nuestras recomendaciones en mejoras que no empeoren paralelamente otros aspectos.

Es decir, no propondremos reducción de plazos por cuanto pueden limitar la garantía de los derechos de las partes o por cuanto la carga de esta reducción podría recaer en los plazos otorgados a los profesionales ya de por sí, estimamos, bastante mermados.

---

<sup>159</sup> VAN HEMMEN, E. (2009), pp. 247-256

<sup>160</sup> ROUILLÓN, A. (2007): “El cambio del paisaje concursal a comienzos del siglo XXI”, p. 258

En cuanto al contenido del texto legal en vigor para este punto, ya hemos comentado con anterioridad la clara posición de la Ley a efectos de intentar proporcionar un procedimiento rápido y económico y los esfuerzos que realiza a lo largo del texto con ese propósito. Aunque no podemos evitar indicar nuevamente la importancia de que previo a todo el itinerario se pueda determinar, de acuerdo al conjunto de criterios identificados como más potentes para la predicción, si estamos ante una empresa posiblemente viable, en su doble sentido económico y financiero, o manifiestamente inviable y, en base al diagnóstico efectuado, corresponda derivarla a la vía conservativa o liquidativa respectivamente.

8. La Ley no consigue salvar empresas viables. Son muy escasos los concursos que finalizan en convenio y cuando esto sucede una parte excesiva termina en incumplimiento.

Opinión en la línea de Váquer<sup>161</sup> que, desde su experiencia profesional, observa cómo la mayoría de los concursos tramitados finalizan en liquidación, y cómo de los escasos concursos que aprueban convenio, muchos de ellos acaban en liquidación por incumplimiento de éste. A la misma conclusión llega Celentani<sup>162</sup>.

En relación al texto legal, el art. 106<sup>163</sup> se refiere a la admisión a trámite de la propuesta de convenio presentada por el deudor y la necesaria adhesión de los acreedores. A pesar de que nuestra propuesta adjudica un protagonismo esencial a la valoración que la administración concursal realiza respecto a la viabilidad de la empresa porque entendemos que una valoración técnica e independiente es garante de los intereses de los acreedores ordinarios, minoritarios, peor informados, etc y cuyo informe planteamos vinculante para el juez, podemos mantener esta adhesión recogida en la norma por su contenido práctico. Es decir, llevar a valoración sólo aquellas propuestas de convenio con algunas posibilidades de salir adelante si la administración concursal las evalúa favorablemente. Por tanto, propuestas que, por lo menos de inicio, muestren cierta viabilidad financiera en cuanto las avalan parte de los titulares de los créditos. Si estos avales se han obtenido de forma razonada y razonable cuando menos aquellas propuestas presentarán, debemos entender, cierto grado de viabilidad financiera que en fases ulteriores habrá de ser refrendada.

---

<sup>161</sup> VÁQUER, F. J. (2011): “El convenio como medio para la continuidad de la actividad empresarial”, p. 154. BELTRÁN, E. (2013): “El incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado como hecho conducente a la calificación culpable del concurso (SJM-1 de las Palmas), en la mencionada sentencia y en el artículo se analiza el incumplimiento y la calificación de concurso culpable desde otra perspectiva a la considerada en este trabajo, pp. 479-505

<sup>162</sup> CELENTANI, M.; GARCÍA-POSADA, M.; GÓMEZ, F. (2010): “El enigma...”, op. cit., p. 421. Se adhieren también al planteamiento Casanellas en los siguientes términos, “si a las escasas cifras de convenios aprobados restásemos las de convenios incumplidos y tomásemos en consideración que muchos convenios se aprueban debido a una general constatación de que la alternativa es una liquidación tardía y con escasas probabilidades de recuperar el crédito, llegaríamos a la conclusión de que el procedimiento concursal es actualmente muy ineficiente”.

<sup>163</sup> Art. 106 admisión a trámite

1 “Para su admisión a trámite, la propuesta deberá ir acompañada de adhesiones de acreedores de cualquier clase, prestadas en la forma establecida en la ley y cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor...”

En el art. 111<sup>164</sup> se regula el Auto de apertura y Junta de acreedores. La alternativa que planteamos en esta investigación sólo contempla propuesta de convenio del deudor con la presentación de la solicitud de concurso voluntario. Por lo tanto, en la apertura judicial de la fase de convenio sólo cabría presentación de propuesta por parte de los acreedores lo que ya hemos puesto de relieve, no nos parece una alternativa muy frecuente. En este sentido, no procedería el art. 111 y siguientes de la Ley 38/2011 sobre apertura de la fase de convenio tal y como están redactados.

Por lo que se refiere al art. 127<sup>165</sup> De la aprobación judicial del convenio, se propone que la comprobación judicial para la aprobación del convenio sólo estará sujeta al cumplimiento de requisitos formales legales y a la constatación de que el informe y opinión de la administración concursal, vinculante para el juez, se ha apoyado razonablemente en información aportada por el deudor y otras obtenidas por el administrador.

Si en fechas posteriores y a la vista de los sucesos futuros, con perjuicio para terceros, se determina que el informe técnico del administrador concursal no se realizó con la diligencia profesional exigible, cabría una exigencia de responsabilidad pero no por los hechos posteriormente acontecidos sino porque sea posible concluir que el trabajo no se efectuó con el suficiente rigor técnico, es decir, no siguió el contenido de las normas técnicas aplicables.

Esta perspectiva es similar a la que regula los trabajos técnicos de auditoría, cuya calidad, además de con los controles internos establecidos, se valora a la vista de un resultado negativo posteriormente acontecido. En ese momento no se hace responsable al auditor por la no detección de ese acontecimiento. Únicamente podrá exigírsele responsabilidad si ha sido posible demostrar que no había desarrollado su trabajo de acuerdo a las Normas Técnicas de Auditoría. Bien es cierto que para valorar la fiabilidad del plan de viabilidad de la deudora no existe a día de hoy unas normas técnicas reguladoras del trabajo a efectuar por el experto independiente o por el administrador concursal publicadas, que podrían existir en un futuro, pero también es cierto que los expertos en la materia pueden opinar sobre la calidad del plan con suficientes garantías técnicas.

9. La entrada en concurso supone un estigma muy negativo para la empresa y para el empresario lo que ocasiona elevados costes en términos de pérdida de imagen y costes de oportunidad.

El instrumento concursal no es percibido como un mecanismo más, aunque deba ser utilizado en última instancia, para sacar de la crisis a empresas viables o para liquidar

---

<sup>164</sup> Art. 111 Auto de apertura y convocatoria de la Junta de acreedores

1”Cuando el concursado no hubiese solicitado la liquidación y no haya sido aprobada ni mantenida una propuesta anticipada de convenio conforme a lo establecido en la sección precedente, el juez, dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores si no se hubiesen presentado impugnaciones o, de haberse presentado, a la fecha en que se pongan de manifiesto en la Oficina Judicial los textos definitivos de aquellos documentos, dictará auto poniendo fin a la fase común del concurso, abriendo la fase de convenio y ordenando la formación de la sección quinta”.

<sup>165</sup> Art. 127 Sometimiento a la aprobación judicial

“En el mismo día de conclusión de la Junta o en el siguiente hábil, el secretario elevará al juez el acta y, en su caso, someterá a la aprobación de éste el convenio aceptado”.



eficiente y eficazmente a las no viables dentro de la actividad empresarial habitual de un país.

Por el contrario es percibido como un instrumento negativo que no satisface a nadie y al que llegan las empresas gestionadas por administradores que han actuado delictivamente o en el mejor de los casos negligentemente.

No conocemos con exactitud la causa cierta de la estigmatización de los deudores declarados en concurso pero estimamos que si bien una parte podría imputarse a los malos resultados que la Ley obtiene, otra parte podría deberse a la cultura empresarial española que no la percibe como una opción para salvar a una empresa económicamente rentable afectada por una crisis severa.

Según algunos autores, dado que la insolvencia genera inevitablemente un período de incertidumbre, lo que lógicamente empeora y agrava la vida diaria de la empresa, debe darse a ésta una solución en uno u otro sentido, conservación o liquidación, lo más rápidamente posible<sup>166</sup>. De acuerdo con esta opinión, la entrada en crisis empresarial y la cercanía de una posible insolvencia genera en España una estigmatización del empresario, que es visto como un mal gestor, y no como un gestor con problemas de liquidez o de rentabilidad que trata de llegar a un acuerdo con los acreedores y mantener así la actividad y el empleo que la empresa genera. Y en este sentido se pronuncia Olivencia<sup>167</sup>.

Por este motivo estimamos que la mejora de la Ley, en términos de soluciones que pueda aportar, debe ir acompañada de un trabajo pedagógico y sensibilizador dirigido a la sociedad para que se produzca un cambio cultural tan necesario en este asunto. En caso contrario la actividad del legislador no llegará a fructificar como la materia merece<sup>168</sup>.

En el texto de la Ley, por su parte, tenemos que decir que también se reconoce la estigmatización.

Probablemente esta situación se deba a un conjunto de circunstancias que colaboran para que esto ocurra. Entre ellas: los malos resultados que se obtienen con la entrada en el procedimiento de insolvencia, los recursos que consume, económicos, temporales y de oportunidad pero sin olvidar la tradición cultural española que es muy severa en el

---

<sup>166</sup> BUJIDOS, E. ; MARQUÉS, I.; FERNÁNDEZ, A. (2011): “Análisis económico de los concursos en España”, p. 48

<sup>167</sup> Vid OLIVENCIA, M. (2012): “Los motivos de la reforma de la ley concursal”, p. 30. Cuando expresa, “y para terminar, resulta más sorprendente el ingenio “buenismo” del legislador, para cerrar su Exposición de Motivos, afirma solemnemente que esta ley pone fin al “estigma que hasta ahora lastra el concurso” y “se constituye (sic) como un instrumento al servicio de la viabilidad y dinamización de nuestro tejido empresarial”. Más que motivos, son ilusiones”.

<sup>168</sup> Vid BELTRÁN, E.; SÁNCHEZ, M. L.; LÓPEZ, A. (2009): “Cinco años de aplicación de la ley concursal”, puntualizan en la introducción de la obra que la escasa utilización del concurso de acreedores, así como lo que consideran el fracaso ponen de manifiesto que existe un problema de concepción del concurso, que “hunde sus raíces en un gravísimo problema cultural: los participantes en el mercado no consideran adecuado para la solución de la insolvencia el procedimiento legalmente establecido para su tratamiento. Se hace necesario, pues, un cambio de “cultura empresarial” de todos los participantes (deudores, acreedores, abogados, economistas, auditores, procuradores...), que debe ser propiciado legislativamente”.

tratamiento a los deudores probablemente por una vinculación excesiva a vestigios del pasado e insuficiente a las corrientes de futuro<sup>169</sup>.

10. En demasiadas ocasiones el plan de viabilidad que se presenta con la propuesta de convenio, cuando legalmente procede, o en los acuerdos de refinanciación no aporta valor alguno como garante, con probabilidad suficiente, de la viabilidad de la empresa a medio plazo. Los requisitos legales del mismo se cumplen únicamente desde una perspectiva formal, pero no sustantiva o de contenido y, en este sentido, la valoración del experto independiente solicitada para los acuerdos de refinanciación, o de la administración concursal, en sede de concurso, mantienen los mismos defectos. Asimismo, podría ser interesante que la Ley contemplara la existencia de otro tipo de convenio con los acreedores, antes de la entrada en concurso, que en adición con los acuerdos de refinanciación ampliaran el espectro de alternativas conservativas preconcursales.

Para Pulgar<sup>170</sup> el plan de viabilidad puede considerarse como el punto de partida y como el soporte básico de los procesos de refinanciación contemplados en la normativa española. Pero, a pesar de su importancia, la Ley Concursal nada determina en cuanto a la definición y concreción del perfil profesional del sujeto encargado de su elaboración, y en esa medida, no se exige que éste sea un auditor de cuentas registrado. Con independencia de cuál deba ser el profesional encargado de su elaboración, a nuestro juicio, no cabe duda que su responsable y su propietario ha de ser, en todo caso, el deudor.

La autora se refiere al art. 71.6 Ley Concursal como el único texto de la norma que prevé que este documento permita la continuidad empresarial o profesional en el corto y en el medio plazo. Critica, con buen criterio, esta precariedad legal a la hora de definir el contenido y la metodología de un documento de tanta importancia y sobre el que se carga tanta responsabilidad y expresa, “no se establece legalmente metodología alguna del plan de viabilidad, no resultando de aplicación las Normas Técnicas de Auditoría del Instituto de Contabilidad y auditoría de Cuentas, ni su competencia. Asimismo, no se establecen legalmente requisitos específicos del plan o una *lex artis* concreta para la elaboración del plan. Por tanto, el contenido del plan de viabilidad se deja al arbitrio del sujeto que lo elabora dentro del marco legal autorizado, lo que contrasta con el contenido mínimo que se debe adjuntar y acompañar a la propuesta de convenio prevista ex art. 100.5”

En nuestra opinión, ese contenido mínimo del art. 100. 5 Ley Concursal tampoco avala que el plan sea completo para la misión que tiene. En cualquier caso, la indefinición de la Ley en relación al contenido mínimo de este documento fundamental provoca tesis encontradas en cuanto a su objeto y, por tanto, en cuanto al interés de su supervisión técnica<sup>171</sup>. El problema se mantiene en sede de concurso cuando es preceptivo que el

---

<sup>169</sup> Parece que ahora, quizás derivado de la crisis que asola el país y por la necesidad de incrementar cuantitativamente el tejido empresarial, comienzan a escucharse voces que apuestan por la segunda oportunidad para los empresarios cuyos proyectos han fracasado. Respecto a esta cuestión nos pronunciaremos en epígrafes posteriores.

<sup>170</sup> PULGAR, J. (2012): “El concurso de acreedores adaptado a la ley 38/2011, de 10 de octubre de reforma de la ley concursal”, p. 58

<sup>171</sup> Con respecto al mencionado debate, el Magistrado de la AP de Alicante (sección 8) Soler Pascual Luis Antonio en Artículos Doctrinales Editorial el Derecho, febrero de 2010 opina que en cuanto al momento de emisión del informe técnico en los acuerdos de refinanciación “quizá la respuesta más coherente se

plan de viabilidad acompañe a la propuesta de convenio, es decir, cuando se prevé la utilización de los ingresos generados por la actividad para el cumplimiento de las obligaciones recogidas en el documento aprobado, pero se agudiza en sede de acuerdos de refinanciación donde surge, además, una importante polémica en cuanto al momento en el que debe presentarse, quién es el responsable de su elaboración y si el experto nombrado para valorarlo puede y/o debe participar también en su elaboración. Extremo, éste último que a nosotros nos parece un grave error por cuanto se perdería la función de garante de una evaluación del plan de viabilidad adecuadamente objetiva.

Pero hemos de decir, que son muchos los autores que reconocen la importancia que el plan de viabilidad tiene como apoyo de la existencia de una razonable probabilidad de conservación de la empresa y por eso establecen propuestas de contenido para el debate.

La Ley Concursal no define las características y contenidos del plan de viabilidad, únicamente establece la necesidad de que especifique los recursos necesarios, las medidas y condiciones para su obtención. Sin embargo, este documento tiene un objetivo esencial cual es “demostrar que el nuevo proyecto empresarial permitirá contener la situación de crisis y, en su caso, recuperar la posición competitiva de la empresa”<sup>172</sup>.

---

sustente en la resolución de una duda previa, a saber, la consideración que en la existencia de un acuerdo formal de financiación se le dé al informe del experto ya que si se considera que sólo es un complemento formal, un mero requisito acumulativo para la obtención de la protección frente a los accionistas de rescisión concursal, ajeno en el tiempo en que concurra respecto del acuerdo de que se trate, al momento de su adición, la respuesta habrá de ser positiva. Por el contrario, si se entendiera que el citado informe es un verdadero presupuesto para la propia existencia del acuerdo en tanto garantía de la viabilidad financiera de la actividad del deudor, la respuesta habría sido negativa y por tanto, no cabría sanar un acuerdo incompleto...la lectura del precepto pone de relieve, por las razones que hemos querido exponer, que existe una vinculación no remota sino inmediata, entre el plan de viabilidad y el informe del experto al punto que la norma ha querido fijar el *iter* de manera tan concreta como que el plan sea objeto de crítica en un informe que, con aquél, conforman un conjunto cumulativo de condiciones que permitan apreciar la existencia de un acuerdo de refinanciación concursal. Por tanto, si existe una dependencia sustantiva entre el presupuesto de que el acuerdo confiera viabilidad financiera al deudor y el requisito formal del informe del experto independiente, parte ambas de un todo que deben concurrir al tiempo de la suscripción del acuerdo, entender que el informe posterior resulta útil para completar los requisitos no cumplidos de un acuerdo ya suscrito, constituiría una forma fraudulenta de dar eficacia, amparar al fin, más allá del concepto de sacrificio patrimonial justificado, acuerdos que no cumplen las condiciones legales”. También ARRIBAS, A. (2010) : “Planteamiento del debate doctrinal sobre el momento de emisión del informe técnico en acuerdos de refinanciación” trata este debate. De todas formas recordemos que la reforma legislativa acontecida ha eliminado el carácter preceptivo de este informe y únicamente se mantiene a instancia de parte.

<sup>172</sup> Vid CAZORLA, L.(2003): “El plan de viabilidad en el contexto de la nueva ley concursal”, p. 20

En el mismo sentido se pronuncia BRIGIDANO, J. R. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº1 y de lo Mercantil, quien en el prólogo del libro “El plan de viabilidad en el concurso de acreedores” (2013) de SWIEC, A. mantiene que junto con los convenios que se presentan a la aprobación de los acreedores y que, por tanto, abogan por la continuidad de la actividad empresarial que suponga generar recursos con que atender a su cumplimiento se debe presentar un plan de viabilidad que soporte el plan de pagos.

Para estos casos atribuye a los documentos que acompañan a las propuestas de convenio una notable importancia y propone evitar presentar a los acreedores resultados que la realidad demuestra como no factibles o reales, porque en breve espacio de tiempo se incumplirán. “Para tratar de modificar esta tendencia, tal vez un primer paso, desde un punto de vista profesional, pueda ser el artículo que se presenta y que constituye un intento didáctico de establecer una metodología de trabajo y un análisis de los aspectos procesales en la elaboración de este instrumento, que en el caso en los concursos de acreedores, la legislación vigente lo tiene regulado.

Desde esta posición, Cazorla se plantea que el plan en cuestión debería ser un documento que especifique con nitidez: a) los objetivos empresariales; b) las estrategias necesarias para la consecución de los mismos y c) los recursos técnicos, financieros, humanos necesarios para su implementación y desarrollo. Atribuye, también, la necesidad de que ese plan pueda ser susceptible de evaluación global y de esta forma un profesional externo pueda comprobar, con grado de probabilidad razonable, la viabilidad comercial, técnica, legal y económico financiera de la propuesta.

En la misma línea, otros autores otorgan un papel preponderante para resolver la crisis empresarial, especialmente en sede concursal, no sólo y únicamente a la disciplina jurídica sino también y al mismo nivel a la disciplina económica y a ésta sobre todo al proponer y justificar la viabilidad del proyecto de empresa que lógicamente se recogerá en el plan de viabilidad<sup>173</sup>.

Aunque para otros expertos la importancia del documento, plan de viabilidad, es menor<sup>174</sup>.

En cuanto al texto legislativo, en la Disposición Adicional cuarta<sup>175</sup> nos encontramos ante un nuevo supuesto donde, a efectos de las decisiones del juez, la viabilidad a medio plazo prevista de la deudora se torna de extraordinaria importancia. Esta idea también la comparte, entre otros, Pulgar.<sup>176</sup> Es más, la autora incluso plantea la cuestión de qué sucedería ante eventuales desacuerdos en lo que se refiere a la valoración de los

---

Una posible medida, es que el plan de viabilidad que acompaña a la propuesta de convenio, y que deberá ser evaluado en su contenido por la administración Concursal, tenga en cuenta en su elaboración una metodología de trabajo que permita justificar de forma objetiva los datos aportados y los resultados esperados.”. No podemos estar más de acuerdo.

<sup>173</sup> ARIAS, F. J. (2013): “Conservación de las empresas en crisis. Estudios jurídicos y económicos” director. En la introducción de la obra se indica que en el análisis de los medios que aseguren y favorezcan la conservación de las empresas en crisis hay que considerar otros elementos al margen de la propia Ley.

El componente económico se torna más importante, si cabe, en escenarios de insolvencias. De hecho, cuando se pretende la conservación de las empresas y se explora la búsqueda de este objetivo mediante el acceso al concurso, la decisión depende en una parte sustancial del resultado del análisis económico que se realice. Y lo mismo sucede en sede de acuerdos de refinanciación. Como el autor manifiesta, “pese al necesario examen desde la metodología jurídica, el análisis económico de la posibilidad de mantenimiento de la actividad o, siguiendo la terminología legal, de su viabilidad, juega un papel central”.

<sup>174</sup> Vid NIETO, C. (2013): Memento Concursal . Francis Lefevre

<sup>175</sup> Cuarta 3 “El juez otorgará la homologación siempre que el acuerdo reúna los requisitos previstos en el apartado primero y no suponga un sacrificio desproporcionado para las entidades financieras acreedoras que no lo suscribieron”.

<sup>176</sup> PULGAR, J. (2012): “Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación”, p. 76. La autora opina que la administración concursal y el juez habrán de verificar el cumplimiento de los requisitos legales de los acuerdos particulares de refinanciación, en orden a la tipicidad legal del acuerdo y entre ellos Juana menciona “que el acuerdo permita la continuidad de la empresa en el corto y en el medio plazo, no siendo típico el acuerdo que, no obstante el parecer de los firmantes, contenga salvedades que incidan de manera esencial en la previsibilidad sobre el mantenimiento de la actividad en el corto y medio plazo, pues de otro modo se daría cobertura a la protección de acuerdos de refinanciación liquidativos, lo que no ha sido un fin perseguido por el legislador...”.

Reiteramos este planteamiento de Pulgar por cuanto no parece que éste esté aplicándose en la práctica. Para constatar este hecho únicamente es necesario observar, esta vez en sede de concurso, el amplio número de convenios que terminan incumpléndose, lo que, entre otros, denuncia VÁQUER, F. J. (2011): “El convenio...”, op. cit., De cualquier modo, las últimas reformas legislativas acontecidas en 2014 no parece que trascurran por el camino de exigir documentalmente la demostración de la viabilidad económica de la deudora.

acuerdos como garantes de la continuidad empresarial puestos de manifiesto por el deudor o por los acreedores firmantes y el experto independiente que supervisa el plan y emite informe.

Cabría también la posibilidad de que los acreedores no firmantes, a los que se les impuso el acuerdo ejerciten acción contra el experto ante una imposibilidad, a medio plazo, de continuidad de la actividad consecuencia de los fallos en los que incurría el plan de empresa aprobado.

En cualquier caso, nos parece que el profesional independiente con competencia para enjuiciar técnicamente el plan de viabilidad, experto en sede de refinanciación y administrador concursal en sede de concurso, sólo cabría que estuviera sometido a responsabilidad profesional por su trabajo en caso de no actuar con la diligencia profesional exigible, de manera similar a los auditores de cuentas.

Por este motivo, nos parece fundamental que se emitan unas normas técnicas de obligado cumplimiento para el experto independiente y para la administración concursal con el fin de que éstas actúen como estándar de esa diligencia profesional exigible, ya que al igual que en otras profesiones, no se les puede exigir responsabilidad por los resultados sino únicamente por los medios.

Dada la trascendencia de este tema para la propuesta de este trabajo, en capítulos posteriores haremos algún planteamiento factible y coordinado con nuestra opción sobre contenido y emisión posibles de Normas Técnicas para el trabajo del administrador concursal y del experto independiente.

Por lo que se refiere a la conveniencia de contemplar otros tipos de convenios y alternativas preconcursales mencionada al inicio del punto diez que estamos tratando, tenemos que decir que en el Derecho comparado podemos encontrar una tipología de convenios más amplia que lo que permite el Derecho español.

Los *schemes of arrangement* del Derecho inglés son un buen exponente de ello. El *scheme* es un procedimiento legal que permite a una sociedad alcanzar un acuerdo colectivo con sus acreedores o con sus socios- o con una clase de ellos- con el objeto de modificar los términos de sus relaciones jurídicas<sup>177</sup>. Este tipo de acuerdos pueden ser utilizados en diferentes escenarios, concursales o no concursales, pero, lógicamente, siempre en situación de dificultad financiera, como mínimo.

Antes de que suceda la insolvencia el *scheme* se utiliza para llegar a un acuerdo entre deudor y acreedores con el fin de evitar el concurso. Lógicamente, mediante este convenio se permite alterar las condiciones preestablecidas que regulaban los préstamos iniciales.

No se establecen límites a estas modificaciones ya que pueden consistir en disminuciones de deuda, ampliaciones de plazos, conversión de deuda en capital e incluso, se permite hasta el cambio de deudor.

---

<sup>177</sup> Esta explicación del concepto de los *schemes* puede consultarse en GARCIMARTÍN, F. J. (2010): “La eficacia en España de los *schemes of arrangement* ingleses”, pp. 383-398

Este tipo de acuerdos están pensados para celebrarse antes de que ocurra la insolvencia efectiva y, en este sentido, guardan un paralelismo con los acuerdos de refinanciación de la Ley española porque aunque no se refieren a un procedimiento concursal son utilizados en la práctica en situaciones de preinsolvencia con el fin de prevenir o eludir la insolvencia de una compañía.

Sin embargo, para Garcimartín los *schemes* van mucho más allá. En efecto, el acuerdo vincula a todos los acreedores o clases de ellos previamente determinados pero además, y aquí viene la diferencia sustancial con nuestra Ley Concursal, vincula incluso a los acreedores disidentes que gozan de garantía personal o real.

De hecho, es la única fórmula que tiene el Derecho inglés para vincular a los acreedores con garantía sin su consentimiento y, por ello, es una fórmula extraordinaria tal y como reclama una parte importante de la doctrina española para alcanzar un mayor éxito en los acuerdos de refinanciación regulados en la Ley 38/2011 de Reforma de la Ley Concursal y reformas posteriores.

El itinerario<sup>178</sup> para alcanzar un convenio de este tipo principia con la solicitud del deudor al tribunal para que éste haga llegar una convocatoria de reunión a todos los acreedores a los que se pretenda extender el contenido del acuerdo. Puede ser la totalidad de los acreedores o alguna clase de éstos.

Junto con la convocatoria se debe acompañar documentación que recoja el contenido de la propuesta del deudor. El acuerdo puede aprobarse con los votos de los acreedores asistentes que representen al menos el 75% del valor del pasivo.

Está prevista como necesaria la homologación judicial. Al juez se le requiere un pronunciamiento no exclusivamente respecto a la forma legal del proceso sino, adicionalmente, un pronunciamiento acerca de que su contenido “es “razonable” en el sentido de que sería el acuerdo que hubiese adoptado un acreedor honesto e inteligente, y que el interés colectivo de los acreedores estuvo adecuadamente representado por quienes acudieron a la asamblea y que éstos actuaron de buena fe”<sup>179</sup>.

Es esta homologación la que permite vincular en el contenido del acuerdo también a los acreedores disidentes, incluso aquéllos que, como hemos advertido, gozan de garantías para sus créditos. Nos queda la duda de hasta dónde, o de qué manera, el juez puede formarse una opinión sobre la razonabilidad del contenido en los extremos expuestos. Nos parece que ésta deberá basarse en la viabilidad del proyecto de empresa una vez reestructurada la deuda en los términos solicitados por el deudor y, desde esta perspectiva, debería evaluarse el plan de viabilidad del proyecto.

En caso contrario, nos parece que el deudor no mejoraría su posición futura y que ello iría en perjuicio de los acreedores que han votado el acuerdo y, lo que es más grave, en perjuicio de los acreedores que aún siendo disidentes e incluso gozando de garantías suficientes, han visto cómo son parte del ámbito de aplicación del convenio.

---

<sup>178</sup> GARCIMARTÍN, F. J. (2010): “la eficacia en España de los *schemes of arrangement* ingleses”, pp. 384-385

<sup>179</sup> GARCIMARTÍN, F. J. (2010), p. 385

En fin, que una institución como el *scheme of arrangement* sustituye al consentimiento individual por un consentimiento colectivo y de esta forma se evitan los comportamientos estratégicos individuales, pero no olvidemos que esta restricción del derecho individual debería ir acompañada, creemos, de un plan solvente de viabilidad futura empresarial pues en otro caso ningún interés se habría satisfecho. Apoya también esta propuesta Pulgar<sup>180</sup>.

En cuanto al contenido del texto legal, a este respecto, el párrafo cuarto<sup>181</sup> de la Exposición de Motivos, establece como función de la administración concursal la evaluación de las propuestas. La Ley en esta Exposición de Motivos igual que en el resto de sus artículos no proporciona criterios orientativos acerca del contenido de dicha evaluación sucediendo con frecuencia que los convenios que se presentan y son aprobados por los administradores concursales, luego no se cumplen. En nuestra opinión, incluso cuando el convenio no contemple el pago de las obligaciones con recursos procedentes de la actividad, debería ser preceptivo el acompañamiento de un plan de viabilidad para asegurar que su continuación no generará acreedores insatisfechos a medio plazo. Mucho más cuando además el convenio contemple quitas o esperas, en la medida que estos acuerdos suponen restricciones a los derechos de los titulares de los créditos, en tanto en cuanto no ven satisfechas las obligaciones en los términos en los que se acordaron. Especialmente para los acreedores disidentes vinculados por el juego de mayorías.

Por otra parte, el párrafo sexto<sup>182</sup> indica que la finalidad de conservar empresas en crisis puede producirse a través de un convenio al que se le acompañará con el plan de viabilidad. Sería necesario establecer el contenido mínimo de este documento que en la práctica se ha convertido en un documento de escaso interés y que está perjudicando la imagen del sistema concursal y su eficacia para conservar las empresas viables.

Adicionalmente, el párrafo séptimo<sup>183</sup> y otros artículos de la Ley exigen que para declarar la conclusión del concurso por convenio éste se haya cumplido en todos sus términos. Nosotros proponemos la supervisión de este cumplimiento por parte de la administración concursal dados los intereses comprometidos y la negativa experiencia obtenida hasta la fecha. En caso de incumplimiento por inviabilidad del convenio, ¿cómo establecer la responsabilidad de la administración concursal que lo ha valorado positivamente?, (posibles criterios: profesionalidad diligente, elaboración de Normas

---

<sup>180</sup> PULGAR, J. (2012): “Reforma concursal, satisfacción de acreedores y reestructuración de empresas en crisis”. La autora propone construir una tercera categoría de acuerdos de refinanciación de modo similar a los *schemes of arrangement* del Reino Unido, a los que, como sucede en éstos, se pueda extender a los acreedores disidentes o no participantes con garantía real el contenido del acuerdo y no sólo el relativo a las esperas y “podamos, en todo caso, mejorar la regulación del *fresh money* concedido a la financiación preconcursal, regulando la prededucibilidad al 100 % como acontece en Italia o en Francia”.

<sup>181</sup> En referencia a la administración concursal “...Son funciones esenciales de este órgano las de intervenir los actos realizados por el deudor en ejercicio de sus facultades patrimoniales o sustituir al deudor cuando haya sido suspendido en ese ejercicio, así como la de redactar el informe de la administración concursal al que habrán de unirse el inventario de la masa activa, la lista de acreedores y, en su caso, la evaluación de las propuestas de convenios presentadas”.

<sup>182</sup> “...La finalidad de la conservación de la actividad profesional o empresarial del concurso puede cumplirse a través de un convenio, a cuya propuesta se acompañará un plan de viabilidad...”

<sup>183</sup> “...La aprobación del convenio no produce la conclusión del concurso, que sólo se alcanza con el cumplimiento de aquél”.

Técnicas de modo similar a las aprobadas para la profesión de auditoría, otras referencias, etc.).

El art. 75<sup>184</sup> se refiere al contenido del informe de la administración concursal. En nuestra propuesta esta evaluación es una parte sustancial. Sin embargo, el texto legal no realiza esfuerzos suficientes para orientar sobre el contenido mínimo del convenio en cuanto al plan económico-financiero en el que se apoya. Entre otros, el diagnóstico económico financiero de la empresa, posicionamiento del mercado, perspectivas del sector, análisis de la estrategia planteada respecto a su razonabilidad en cuanto a consideraciones externas y a potencialidad y cuantía de los recursos aportados, escenarios contemplados y probabilidades asignadas, utilización de modelos predictivos de crisis empresariales aplicables y consistentes. Por tanto, en demasiadas ocasiones la opinión que se solicita al administrador concursal es una utopía difícil de alcanzar ya que previamente no se exige al documento presentado justificar su viabilidad a medio plazo.

El art. 84<sup>185</sup> De los créditos concursales y créditos contra la masa, teniendo en cuenta el perjuicio que en su caso podría causar esta previsión al resto de acreedores se debe ser más riguroso, si cabe, en la exigencia de una razonabilidad suficiente de viabilidad del plan de continuidad que intuye el experto profesional al emitir su opinión<sup>186</sup>.

Por lo que respecta al art. 100<sup>187</sup> Del contenido de la propuesta de convenio, planteamos que esta asunción por el adquirente estará acompañada por un documento de viabilidad empresarial que proporcione garantía razonable para la misma a medio plazo. El contenido mínimo del plan se regula a lo largo del texto de este trabajo.

Y en relación al art. 100.5<sup>188</sup> Del plan de viabilidad que acompañará a la propuesta de convenio cuando se prevea utilizar los recursos que la actividad genere, dada nuestra propuesta, el convenio se aprueba como medio para maximizar los intereses de los acreedores, con privilegio general, los ordinarios y los subordinados manteniendo la

---

<sup>184</sup> Art. 75 Contenido del informe

2.3º “En su caso, el escrito de evaluación de las propuestas de convenio”.

<sup>185</sup> Art. 84 Créditos concursales y créditos contra la masa

2º Tendrán la consideración de créditos contra la masa los siguientes

2º. 11º 2 El cincuenta por ciento de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de acuerdos de refinanciación, en las condiciones previstas en el artículo 71.6”.

La Disposición Adicional segunda del Real Decreto-ley 4/2014 modifica transitoriamente, dos años, este régimen.

<sup>186</sup> ALONSO, C. (2012): “El concurso de acreedores adaptado a la reforma de la ley 38/2011” dirección Pulgar, p. 357 “Habida cuenta de que la prededucibilidad de la financiación preconcursal puede dar lugar a financiaciones excesivas que, en caso de declararse finalmente el concurso, lastrarían definitivamente el patrimonio del concursado, o aunque se tratara de una financiación ajustada, no puede ignorarse que el aumento de los créditos contra la masa disminuye la posibilidad de cobro de los acreedores por lo que se debe ser prudente en la concesión de esta tutela especial a esta clase de créditos cuya utilidad en ocasiones ha sido puesta en tela de juicio”.

<sup>187</sup> Art. 100 Contenido de la propuesta de convenio

2 “...las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio...”.

<sup>188</sup> Art. 100.5 “Cuando para atender el cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, la propuesta deberá ir acompañada, además de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y las condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros...”



actividad de la empresa considerada viable. En este sentido, el contenido del plan deberá respetar lo propuesto en varios apartados del texto que recomendamos.

En la Disposición Adicional Cuarta<sup>189</sup> estamos ante un nuevo supuesto donde, a efectos de las decisiones del juez, la viabilidad prevista de la deudora se torna de extraordinaria importancia. En este sentido se pronuncia Pulgar<sup>190</sup>.

También en la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización se hace referencia al plan de viabilidad. En virtud de esta Ley la redacción del art. 236 establece que al plan de pagos se acompañará un plan de viabilidad y contendrá una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones (...) y un plan de continuación de la actividad profesional o empresarial que desarrollará.

11. La Ley no promueve adecuadamente la aportación de préstamos a la sociedad en crisis realizados por el empresario o por personas vinculadas lo que perjudica extraordinariamente la financiación de la sociedad. Y no promueve, suficientemente, acuerdos de refinanciación que planteen soluciones creativas y/ o reestructuraciones complejas<sup>191</sup>.

En el mismo sentido Pulgar<sup>192</sup> entiende que no es apropiada o conveniente la exclusión que el modelo español hace a la aportación de los socios dentro de lo que se considera el *fresh money* cuando esa aportación tiene la forma de crédito vía préstamo ordinario.

Es un supuesto muy frecuente en la práctica que los propietarios de la empresa en dificultades, ante problemas de liquidez, aporten financiación personal lo que,

---

<sup>189</sup> 3 “El juez otorgará la homologación siempre que el acuerdo reúna los requisitos previos en el apartado primero y no suponga un sacrificio desproporcionado para las entidades financieras acreedoras que no lo suscribieron”.

<sup>190</sup> PULGAR, J. (2012): “El concurso de acreedores adaptado...”, op. cit., p. 76. Opina que la administración concursal y el juez habrán de verificar el cumplimiento de los requisitos legales de los acuerdos particulares de refinanciación, en orden a la tipicidad legal del acuerdo y entre ellos que el acuerdo permita la continuidad de la empresa en el corto y medio plazo. Desde esta perspectiva entiende que no sería típico el acuerdo que, no obstante el parecer de los firmantes, contenga salvedades que cuestionen, esencialmente, la razonabilidad del mantenimiento de la actividad a medio plazo, ya que si esto fuera así se daría cobertura a la protección de acuerdos de refinanciación liquidativos, lo que no ha sido un fin perseguido por el legislador. Y en relación con la calidad profesional del trabajo efectuado por el experto independiente propone, “si se pusiere de manifiesto que en el informe técnico se incurrió en un grave error técnico, cabría recurrir el recurso judicial, siendo no obstante tema distinto valorar en qué medida el experto independiente incurría en responsabilidad en supuestos en que, habiendo emitido un informe técnico favorable, finalmente no obstante ello se declare un concurso de acreedores dentro del plazo en el que se preveía en el plan de viabilidad la continuidad de la empresa. En estos casos, aplicando analógicamente lo previsto en el art. 67 LSC habría que entender que el experto quedaría exonerado de toda responsabilidad si pudiera acreditar que aplicó la diligencia debida y los estándares de actuación propios de la tarea encomendada”.

Para que esto pueda ser tal y como Pulgar lo concibe resultaría necesario determinar unas pautas, protocolos, en nuestra propuesta Normas Técnicas que regularan la actuación del profesional y en base a las cuales resultara factible evaluar la misma. En capítulos ulteriores se tratará esta espinosa cuestión. Nosotros asimilamos esta posibilidad de control de la actuación profesional del experto más a la profesión del auditor de cuentas que a la profesión de administrador societario.

<sup>191</sup> En el capítulo anterior ya se ha hecho referencia a la Disposición adicional segunda del Real Decreto-ley de 2014 que regula un régimen transitorio para esta cuestión, pero que como no se elimina, creemos, el problema mantiene toda su virtualidad.

<sup>192</sup> Vid PULGAR, J. (2012): “El concurso de acreedores adaptado...”, op. cit., pp. 93-94

estimamos, ayuda a la continuidad de la actividad y sobre todo genera confianza a terceros. Como decimos, este mecanismo puede ayudar al mantenimiento de la actividad, incluso cuando terceros no estarían dispuestos a inyectar nueva liquidez.

Desde este planteamiento, no deberían penalizarse estas clases de aportaciones, siempre claro está, que no se quiera enmascarar un problema de recursos propios en cuyo caso la solución debería ser otra, sostiene la autora.

Excede del objeto de este trabajo el tratamiento del tema de la infracapitalización empresarial. Pero sí nos gustaría manifestar que creemos que éste es también un asunto nuclear en la viabilidad de las empresas. Gran cantidad de ellas nacen con el capital mínimo exigido. Para una Sociedad de Responsabilidad Limitada es de 3.000 euros. Esta cantidad es a todas luces insuficiente para el desarrollo de la actividad planteada en muchas ocasiones y las empresas se liquidarán en cuanto no se produzca la entrada de ingresos al ritmo previsto y el empresario no pueda aguantar hasta la llegada al umbral de rentabilidad. Somos conscientes de que la nueva legislación del emprendedor y la voz de varias asociaciones empresariales se muestran contrarias a nuestra tesis, pero creemos que nuestra experiencia profesional avala nuestro planteamiento.

En relación a las nuevas soluciones que la reforma de la Ley 38/2011 ha pretendido aportar mediante los acuerdos de refinanciación, De Cárdenas y Núñez-Lagos<sup>193</sup> analizan la reforma de la Ley 38/2011. De las críticas que realizan a esta Ley algunas se han resuelto, al menos parcialmente, con la Ley 14/2013 de emprendedores y con el Real Decreto-ley 4/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y de reestructuración de deuda empresarial. Son las que hacían referencia a la capitalización de las deudas, a la dación en pago y para pago y a la paralización de las ejecuciones individuales en períodos de negociaciones comunicadas judicialmente. Otras, sin embargo, mantienen toda su virtualidad:

-Sigue sin definirse viabilidad a corto y medio plazo. Y, para nosotros, sigue sin determinarse los medios probatorios / garantizadores de esa viabilidad, con un nivel de certeza razonable.

-Y especialmente críticos se muestran con la excepción que hace la Ley por la que los acreedores con garantía real no queden vinculados por el acuerdo de refinanciación salvo, lógicamente, que ellos así lo decidan<sup>194</sup>. Consideran que esta excepción complica en extremo el alcanzar los acuerdos y además no encuentran precedente en el Derecho comparado.

Por lo que se refiere al contenido de la Ley Concursal actual, en la Exposición de Motivos párrafo quinto<sup>195</sup>, se explica el tratamiento de los créditos de personas

---

<sup>193</sup> DE CÁRDENAS, C. y NÚÑEZ-LAGOS, A. (2011): “Algunos comentarios a la ley de reforma concursal”, pp. 218-220

<sup>194</sup> En el párrafo trece punto 3 del art. único del Real Decreto-ley 4/2014 se extiende la aplicación del acuerdo homologado, con algunos matices, también a los acreedores de pasivos financieros que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad con el mismo por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real que ostenten.

<sup>195</sup> Exposición de Motivos, “...Los titulares de estos créditos subordinados carecen de derecho de voto en la junta de acreedores y, en caso de liquidación, no podrán ser pagados hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los ordinarios”.

vinculadas al deudor. El problema que supone este tratamiento, cuando se impone a acreedores vinculados con el deudor, tan negativo por la Ley es criticado por algunos sectores de la doctrina que estiman que perjudica la principal vía de financiación de una empresa en crisis como es la aportación de préstamos por parte del empresario. Sólo sería recomendable penalizar los hechos fraudulentos.

En el sentido anterior se expresa el art. 92.5<sup>196</sup>. Desde nuestro punto de vista, que coincide con el mantenido por buena parte de autores, este negativo tratamiento a los préstamos de personas vinculadas al empresario dificulta la refinanciación de empresas en crisis siendo, sin embargo, una posibilidad muy buena para la nueva oportunidad empresarial<sup>197</sup>.

De igual manera no se benefician de los privilegios del dinero nuevo los préstamos que realizan los socios a la empresa en situación de dificultad lo que dificulta en la práctica la financiación de las empresas viables en crisis<sup>198</sup>.

Si el legislador pretendía solventar problemas de infracapitalización societaria<sup>199</sup> o el de actuaciones fraudulentas tenía otros mecanismos para hacerlo con efectos menos nocivos para la continuación de las empresas rentables. Recordemos que ya hemos indicado que el Real Decreto-ley 4/2014 en la Disposición Adicional segunda establece, aunque con carácter temporal, la consideración de créditos contra la masa a los nuevos ingresos de tesorería contenidos en el acuerdo de refinanciación realizados por el propio deudor o por personas especialmente relacionadas. Creemos que debiera hacerlo con carácter permanente.

---

<sup>196</sup> Art. 92 créditos subordinados

<sup>5º</sup> “Los créditos de los que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a los que se refiere el artículo siguiente, excepto los comprendidos...”

<sup>197</sup> ALONSO, C. (2012): “El concurso de acreedores adaptado a la ley de reforma 38/2011”, pp. 338-344. Trata el tema de la subordinación automática que la Ley Concursal regula para los supuestos de créditos cuyos titulares sean personas vinculadas con el concursado. Para la norma es indiferente cuál es la razón de esos créditos, su consideración es idéntica.

El tratamiento correcto pasaría, desde su opinión, por aplicar la penalización de la subordinación sólo en casos fraudulentos.

<sup>198</sup> PULGAR (2012): “El concurso de acreedores adaptado...”, op. cit., p. 93. Se ha manifestado siempre y en todas sus publicaciones muy crítica en esta materia. A modo de ejemplo traemos el contenido de una de éstas. “A mi entender resulta cuestionable la exclusión que se hace en el derecho español del ámbito del *fresh money* de la aportación de los socios cuando dicha aportación se realiza en forma de crédito vía préstamo ordinario actuando el socio como financiador, lo que es frecuente en la práctica y cuando el problema es de iliquidez no de recursos propios. Desde esta perspectiva, entiendo que habría de ser superadas las reticencias que suscita en el derecho español la financiación interna vía aportaciones de socios que parecen conectarse en todo caso de manera cuestionable a temas de infracapitalización no siendo el concursal el ámbito adecuado para abordar esta problemática”.

<sup>199</sup> PAZ-ARES, C. (1994): “La infracapitalización. Una aproximación contractual”, p. 82.

Define el problema fundamental como la determinación del umbral de capitalización a partir del cual se activa o se desactiva la subordinación. Por lo tanto el problema estriba en identificar cuándo una empresa está o no adecuadamente capitalizada cuestión no solventada hasta la fecha. Paz-ares pone de relieve que alguna referencia para el legislador ya utilizada podría recoger que el préstamo quedara subordinado sólo si ha sido contraído por necesidades de financiación que un ordenado empresario hubiera cubierto mediante recursos propios o ampliaciones de capital. Y señala también como otra aproximación orientativa posible para determinar un problema de infracapitalización la concesión de préstamos realizadas por terceros que requieren la garantía personal de los socios porque en su ausencia no se aprobarían.

12. La Ley no incentiva suficientemente la entrada de inversores privados para la compra de créditos concursales cuando éstos son personas especialmente relacionadas con el deudor lo que va en detrimento de los intereses de los acreedores y del interés general ya que éstos pedirán mayor remuneración y mayores garantías por los préstamos que otorguen. Hemos de reconocer, sin embargo, el esfuerzo de liberalización que al respecto, y para personas no vinculadas, está haciendo el legislador y que se ha plasmado primero en la reforma de la Ley 38/2011 y posteriormente en el Real Decreto-ley 4/2014 y en el Real Decreto-ley 11/2014<sup>200</sup>. Creemos que únicamente debieran sancionarse las conductas fraudulentas y debiera admitirse sin penalización la entrada de todos aquellos inversores, vinculados o no, que pudieran tener interés en los créditos concursales porque ello podría beneficiar el interés de los acreedores<sup>201</sup>.

Sin embargo la Ley Concursal puede profundizar en la promoción de la entrada de nuevos acreedores por adquisición de créditos concursales. En efecto, además de despenalizar estas conductas en el que acabamos de indicar puede promover la existencia de mercados de créditos concursales.

Buil y Ara<sup>202</sup> proponen que el sistema concursal español promueva la existencia de un mercado de deuda concursal.

Existen instituciones muy variadas que podrían desear entrar en operaciones de reestructuración empresarial: fondos de inversión, entidades de capital riesgo, *hedge funds*, etc. Por este motivo, para Buil y Ara “incentivar la compraventa de créditos concursales en el seno de un mercado secundario “*over the counter* OTC” puede suponer una fuente de financiación postconcursal que no sólo no es contraria al espíritu de la Ley Concursal, sino que se encuentra muchas veces alineado con la continuidad empresarial”<sup>203</sup>.

En la misma línea la aportación de Rouillon<sup>204</sup> también avala la idea anterior porque ahora existe un mercado de deuda “morosa” y los acuerdos a los que se llegue en él pueden resultar muy beneficiosos para las partes. Los acreedores podrán salirse del procedimiento con alguna satisfacción de sus créditos y los inversores podrían obtener una inversión suficientemente rentable.

Como él indica, “no se trata de solitarios aventurero sino de entidades financieras o de inversión o de fondos especializados en la compra de créditos concursales a valores descontados”.

---

<sup>200</sup> Vid art. 122.1. Real Decreto-ley 11/ 2014 “No tendrán derecho de voto en la junta los titulares de los créditos subordinados incluidas, en particular, las personas especialmente relacionadas que hubiesen adquirido su crédito por actos entre vivos después de la declaración de concurso.”

<sup>201</sup> Para CASANELLAS, R. (2011): “La eficiencia económica del procedimiento y su duración”, p. 391. La Ley Concursal provoca una penalización excesiva de los cesionarios de los créditos. Y, BUIL, I; ARA, C. (2011): “El mercado español de deuda en el proceso de reforma concursal”, p. 313. Proponen que el sistema concursal español promueva la existencia de un mercado de deuda concursal. En la misma línea redacta el contenido de su artículo ROUILLÓN, A. (2007): “El cambio de paisaje concursal a comienzos del s. XXI”

<sup>202</sup> BUIL, I.; ARA, C. (2011): “El mercado español de deuda...”, op. cit., p. 322

<sup>203</sup> BUIL, I.; ARA, C. (2011), p. 322

<sup>204</sup> ROUILLON, A. (2007): “El cambio del paisaje...”, p. 260

La principal desventaja que atribuye a este planteamiento es la aparición de comportamientos oportunistas que vayan en contra de otros acreedores minoritarios, menos profesionalizados y conocedores del procedimiento concursal, lo que podría evitarse con la propuesta que plantea el autor en la dirección de que en la normativa se establezca un control concursal.

El control estaría llamado a supervisar, y en su caso suspender, las operaciones realizadas. La supervisión estaría referida a la aparición de casos tasados y resultaría neutra en cuanto a la formación de la voluntad de las partes y del proceso de formación de los precios.

Identifica dos principales cuestiones a supervisar: en primer lugar, la referente a una hipotética relación entre el concursado y el cesionario; y en segundo lugar, si la operación podría perjudicar, en alguna medida, el procedimiento concursal.

Para dar cumplimiento a la primera, resulta necesario, de acuerdo con la propuesta, la configuración legal de información a remitir una vez finalizada la operación de “cesión” de crédito relativa a la identidad de las partes, precio pagado, otras posiciones acreedoras o interés de cualquier naturaleza del cesionario en el patrimonio del concursado.

A la luz de esta información, propone al administrador concursal como el profesional encargado de valorar la transacción. Pero su planteamiento no es sencillo, ya que considera que a esta valoración correspondería, desde la perspectiva de la racionalidad, el análisis del comportamiento del cesionario y la relación que éste guarda con lo que se podría entender la maximización de su riqueza, o de sus intereses económicos una vez adquirido el crédito moroso.

La normativa de compra se analizaría desde el punto de vista de su compatibilidad también con los intereses del concurso y no de otros cualesquiera que nada tengan que ver con el mismo.

Aunque ya mencionado anteriormente, se reitera la necesidad de que se tasan las circunstancias o hechos que podrían dar lugar a la suspensión de la operación de cesión, y ello porque así lo exige la necesaria seguridad jurídica que debe presidir las regulaciones mercantiles.

De hecho, la suspensión legal sería procedente cuando la transacción supervisada perjudique de algún modo a la masa pasiva o al interés general de los acreedores.

Finalmente, el autor otorga la legitimación activa para solicitar la paralización de las operaciones o en su caso para la impugnación de la transacción en primer lugar, a la administración concursal y de forma subsidiaria, a cualquier acreedor.

En respuesta a esta propuesta, a nuestro juicio, sería más operativo que esta tipología de operaciones, una vez iniciado el concurso estuvieran sujetas a una autorización previa por parte de la administración concursal.

Teniendo como base la información legal arriba solicitada, el administrador concursal podría emitir un informe preceptivo y vinculante, favorable o desfavorable, en su caso, para que la transacción tuviera lugar evitando, de esta manera, tener que revertir la

situación o rescindir la operación una vez efectuada con los costes tanto económicos como temporales que esta forma de proceder conllevaría.

En relación a la cuestión de la entrada de inversores, nuevos acreedores, en el procedimiento concursal hay dos tesis encontradas. La procedimentalista y la mercantilista.

Buil y Ara<sup>205</sup> definen la tesis procedimentalista como aquella que considera que los procedimientos concursales deben tener un ámbito cerrado y cuyo objetivo único y último es la máxima satisfacción de los acreedores a través de la resolución del procedimiento por la vía conservativa negociando con el deudor o por la vía liquidativa en caso contrario.

Y definen la tesis mercantilista como aquella en virtud de la cuál se mantiene un procedimiento reglado y también se mantiene el mismo objetivo de maximización de los intereses de los acreedores, pero éste se puede alcanzar en mayor medida permitiendo la entrada de nuevos participantes en el concurso que “desarrollen estrategias de inversión mediante compra de créditos concursales en el seno de un mercado secundario.”

Desde nuestro punto de vista, es positivo explorar nuevas fórmulas que aporten mejores resultados toda vez que la economía cada vez diseña relaciones más complejas y al ordenamiento jurídico corresponde regularlas. Es positivo porque siendo, como venimos reiterando, la maximización de los intereses de los acreedores el objetivo del concurso, el nuevo Derecho está llamado a regular novedosas opciones que, siempre dirigidas a éstos, imaginen el mercado consiguiendo así que las normas coadyuven a dar cobertura y seguridad a fórmulas futuras y que no sean un lastre para el interés de las partes y para el interés general.

La entrada de nuevos acreedores que han comprado créditos concursales podría hacer que a la hora de aprobar un convenio, cuyo plan de viabilidad ha sido informado favorablemente por la administración concursal y, por tanto, se acredite con suficiente grado de certeza la viabilidad económica de la deudora, no se obtenga la mayoría legal de los votos necesarios y, por ello, la empresa viable económicamente sea conducida a liquidación. Y ello puede ser así porque los nuevos acreedores podrían estar más interesados en su liquidación que en su continuidad. Sin embargo, siendo coherentes con nuestra propuesta debemos decir que la empresa podría ser viable económicamente pero no lo era financieramente porque no obtuvo los apoyos necesarios.

Por su parte, en el texto, el art. 122 de la Ley discrimina negativamente la posición de estos nuevos inversores que a pesar de maximizar intereses de acreedores son excluidos del derecho a voto, aunque sí se recoge esta posibilidad para algún tipo de ellos, en concreto los que están sometidos a supervisión financiera, pero no a todos ellos. El Real Decreto-ley 4/2014 establece determinadas medidas dirigidas a favorecer la transformación de deuda en capital, pero no es éste el supuesto que estamos planteando.

13. El amparo que supone el art. 5 bis de la Ley de Reforma 38/2011 para comunicar el mantenimiento de acuerdos de refinanciación debería extenderse, con claridad, también

---

<sup>205</sup> BUIL, I; ARA, C. (2011): “El mercado español...”, op. cit., p. 313

a la insolvencia inminente<sup>206</sup>. Hasta la publicación de esta Ley esta comunicación no alcanzaba a los supuestos de insolvencia inminente, siendo varias las resoluciones en ese sentido. A partir de la entrada en vigor de la Ley 38/2011 sí alcanza a la insolvencia inminente pero todavía hay algunos autores que opinan en sentido contrario<sup>207</sup> a las mencionadas resoluciones.

Un ejemplo de lo que decimos lo encontramos en el Auto de la AP de Madrid de 5 de febrero de 2010. El tribunal de apelación responde a la apelante que su pretensión exige al tribunal un esfuerzo interpretativo de la Ley Concursal para considerar su pretensión, esfuerzo que, dice el tribunal, es más propio de una innovación legislativa porque excede del propio texto legal pero, además, excede de la propia finalidad buscada. La controversia planteaba si en base a la normativa concursal se deberá dar cauce a las comunicaciones de negociación entre acreedores y deudor y si ello debería tener relevancia en un hipotético concurso futuro. Todo ello, responde el tribunal, “es materia propia, tal vez, de una regulación más ambiciosa de las situaciones preconcursales que todavía no existe en nuestro país”.

A pesar de esta contundente afirmación, lo cierto es que alguna controversia provocaba la materia<sup>208</sup>.

Para algunos autores era necesaria esta ampliación para obtener mejores soluciones concursales por la vía de la anticipación. Línea que mantiene también Sancho Gargallo para quien la reforma que supone el art. 5.1 LC 3/ 2009 es acertada<sup>209</sup>. Con la publicación de la nueva Ley de Reforma de 2011 la mayor parte de la doctrina interpreta que esta extensión de la aplicación hasta la insolvencia inminente ya se ha producido<sup>210</sup>. Sin embargo, en contra de esta opinión, o cuando menos con una posición

---

<sup>206</sup> E incluso la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización cuando modifica la legislación concursal para incrementar la posibilidad de continuidad de la actividad de los emprendedores y de las pymes y, en ese sentido, regula los acuerdos extrajudiciales de pago, limita por el art. 231.2 a) a las personas jurídicas, sean o no sociedades de capital, que se encuentren en estado de insolvencia. Opinamos, que convendría adelantar el plazo temporal a los meses previos a dicha situación.

<sup>207</sup> El Real Decreto-ley 4/2014 modifica el artículo 5 bis de la Ley Concursal pero lo hace en relación a la suspensión de las ejecuciones judiciales de bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad. Sin embargo, no se altera el texto del art. 5 bis.2 en su redacción de la Ley Concursal 38/2011.

<sup>208</sup> Vid HERMOSILLA, R.; RODRÍGUEZ, D. (2013): Memento Concursal, “Tras la reforma de 2011 y el nuevo art. 5 bis LC, estos presupuestos (los que habían de concurrir para poder presentar la comunicación de inicio de negociaciones) cambian sustancialmente. De hecho, tras la reforma de 2011 se resolvió tácitamente una duda que, en todo caso, se había planteado la doctrina, al respecto de si también en los casos de insolvencia inminente era posible solicitar el precurso, a pesar de la dicción legal que, como se acaba de referir, exigía la insolvencia actual”.

<sup>209</sup> SANCHO, I. (2009): “La ley concursal y su aplicación...”, op. cit., pp. 20-21. “Al margen de que cabrá flexibilizar más los requisitos para acceder a este amparo, para que pudieran acogerse a él quienes no estuvieran en insolvencia actual y sí inminente”.

<sup>210</sup> Para PULGAR (2012): “El concurso de acreedores. Adaptado...”, op. cit., p. 44. “En el modelo español los acuerdos de refinanciación, ya sean generales o particulares, pueden plantearse por el deudor cuando su situación es de insolvencia inminente, no tanto en el sentido de la acepción jurídica del término ex art. 2.3 LC cuanto en su acepción económica (por. ej. situaciones de pérdidas, desbalance, informes de auditoría o de gestión preocupantes); en definitiva, superación de umbrales de rentabilidad (acuerdos de refinanciación preventivos) o actual (acuerdos de remoción de insolvencia) siempre que ésta no haya sido declarada judicialmente, dado que ni en la DA 4ª LC tipificadora de los acuerdos particulares de refinanciación, ni en el art. 71.6 LC- precepto bifronte que de un lado regula los requisitos de tipicidad del acuerdo a los que se condiciona la protección y de otro los acuerdos generales, como una categoría concreta de éstos- ni en sí misma considerada en relación con un posterior eventual concurso, se contiene

más ambigua se pronuncia Orellana<sup>211</sup> y de materia contraria aportamos el pronunciamiento de Cutillas<sup>212</sup> quien refiriéndose al citado artículo establece, “la insolvencia ha de ser actual aunque no parece la Ley descarte de forma rotunda la insolvencia inminente, al menos para los acuerdos de refinanciación”.

Lo que nos da una idea de cómo la falta de concreción de la Ley en esta materia no está plenamente resuelta y por ello nos extraña que en el informe elaborado por el Consejo del Poder Judicial<sup>213</sup>, cuando hace referencia a las novedades que introduce el art. 5 bis ninguna alusión haga acerca de si ahora el texto permite o no la comunicación al juzgado también en supuestos de insolvencia inminente. Es más, coincidimos con los autores mencionados que consideran que la comunicación de inicio de negociaciones debiera habilitarse únicamente para los casos de insolvencia inminente, reservando como única posibilidad la solicitud de concurso cuando la insolvencia ya se ha producido y de esta forma evitar que el deudor pueda hacer un uso favorable a sus intereses pero contrario a los de los acreedores en virtud del art. 5 bis de la Ley.

Por su parte en el articulado de la Ley, el art. 5<sup>214</sup> trata de la prórroga para la solicitud de declaración de concurso cuando se comunique al juzgado el inicio de negociaciones. De

---

referencia alguna a la temporalidad, en que el deudor puede plantear un acuerdo de refinanciación aún cuando la causa de estos acuerdos –que no es sino la continuidad de la actividad en el corto y medio plazo- requiere implícitamente que ésta al menos esté en peligro y por tanto al menos concurre una situación de insolvencia inminente”.

<sup>211</sup> ORELLANA, N. (2012): “Comentario práctico a la nueva Ley Concursal”, p. 83. “El art. 5 bis no recoge que el deudor se encuentre en situación de insolvencia actual, limitándose a prever que la comunicación deberá hacerse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el art. (dos meses desde que conoció o debió conocer su insolvencia).

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que la insolvencia es actual, la presentación de la solicitud de concurso es facultativa para el deudor, sin que se le imponga dicho deber, por lo que en insolvencia inminente el deber no le puede ser exigido, y estimo que no precisa hacer uso de la facultad del art. 5 bis, aunque por otra parte, tampoco considero que deba hacerse ninguna valoración al respecto por el secretario, desde la simplificación de la tramitación, al haberse previsto en el art. 5 bis apartado 3º que el secretario judicial sin más trámite se limita a dejar constancia de la comunicación”.

Y también desde otro punto de vista pretende arrojar luz a la controversia AZNAR, E. (2012): “La comunicación del art.5 bis de la Ley Concursal. Doctrina, jurisprudencia y formularios”, pp. 42-43. “...Sin embargo, tras la derogación del art. 5.3 LC, la situación ha cambiado radicalmente. En efecto, basta una lectura del citado precepto para percatarse cómo, no sólo ha desaparecido la referencia a la “insolvencia actual” a que hacía referencia el art. 5.3 LC, sino que, incluso ya no se alude siquiera sea a la insolvencia del deudor, término éste que desaparece del art. 5 bis LC.

¿Quiere ello decir que la insolvencia del deudor ha dejado de ser un presupuesto de la comunicación del art. 5 bis LC?. La cuestión es compleja, pues, ciertamente, el tenor del citado precepto es bastante confuso, aunque, en mi opinión debe ser contestada en sentido afirmativo.

En nuestra opinión, el mecanismo ahora regulado en el art. 5 bis, se abre a todos los deudores, estén o no en situación de insolvencia, o si lo están sea actual o inminente. Pues lo que se pretende a través de esta medida es avanzar institutos preconcursales, ofreciendo a las empresas una solución más ágil y económica a sus crisis, a través de acuerdos de refinanciación.

Quien negocie un acuerdo de refinanciación podrá estar en situación de crisis, pero no será insolvente. Porque si es insolvente actual no deber negociar el acuerdo de refinanciación sino instar el concurso o, amparado en la negociación que nos ocupa, negociar una propuesta anticipada de convenio tendente al posterior concurso”.

<sup>212</sup> Vid CUTILLAS, J. M. (2012): “El artículo 5 bis de la Ley Concursal y la posterior solicitud de concurso voluntario”, p. 46

<sup>213</sup> Vid CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2011): “Informe al anteproyecto de ley de reforma de la ley concursal”, p. 13

<sup>214</sup> Art. 5 Deber de solicitar la declaración de concurso

3 “El deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de



acuerdo con la idea de que la actuación anticipada de la empresa podrá conseguir mejor el interés del concurso (maximizar el interés de los acreedores promoviendo la continuidad de las empresas solventes y la liquidación temprana de las insolventes), el inicio de las negociaciones en el marco de la Ley Concursal debería suceder antes de acontecer la insolvencia real, como mínimo en un período temporal de un trimestre antes, hay que tener en cuenta que, de acuerdo a nuestra propuesta, dos meses antes, según las previsiones, de que ésta aparezca y hasta que se produzca efectivamente sería el plazo que estimamos razonable para la solicitud de concurso voluntario.

En este orden de cosas, proponemos que si la empresa se encuentra ante una insolvencia efectiva, en cualquiera de los dos términos, desbalance o iliquidez, tendrá que pasar a la fase del procedimiento concursal de clasificación de la empresa entre viable económicamente y no viable estimada por la administración concursal en base al proyecto proporcionado por la empresa y a otras informaciones complementarias a las que tengan acceso.

Si como resultado de esta clasificación resulta viable podría iniciar fase de convenio en el momento procesal correspondiente. Si resulta inviable o no presenta propuesta de convenio con plan de viabilidad procedería iniciar la liquidación (como venta global de unidad productiva, por unidades de negocio o por elementos de activo) una vez el administrador concursal haya evacuado el informe de la masa activa y pasiva, se hayan resuelto las impugnaciones y los acreedores, como es de esperar, no hayan presentado propuesta de convenio en el plazo máximo de quince días desde esas resoluciones de impugnación.

En nuestro planteamiento la opción de los acuerdos de refinanciación debería utilizarse antes de estar en insolvencia real como muestra de actuación diligente del deudor o sus administradores. Incluso desde esta perspectiva, la secuencia lógica en fase de preinsolvencia (doce meses antes de que previsiblemente se produzca la insolvencia) sería: negociaciones privadas, si éstas fallan negociaciones con comunicación judicial, si fallan estas otras, solicitud de concurso voluntario.

En relación al art. 5 bis<sup>215</sup> De la comunicación de negociaciones. El primer problema que ya se ha tratado anteriormente se produce por la ausencia de claridad al determinar si cabe esa comunicación en presencia de insolvencia inminente<sup>216</sup>. La desaparición del término insolvencia real del texto legal anterior así parece considerarlo, sin embargo sigue habiendo autores discrepantes con esta idea.

Por otra parte, el plazo para la comunicación podría tener un período máximo de doce meses y mínimo de tres meses, (recordemos que sugerimos el plazo de dos meses de antelación a que previsionalmente se produzca la insolvencia real cuando se solicitaría concurso voluntario por insolvencia inminente), de esta manera si finalmente se produce la insolvencia real ya habrían concluido las negociaciones y se pasaría a solicitud de

---

convenio y, dentro del plazo establecido en el apartado 1 de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso...”

<sup>215</sup> Art. 5 bis Comunicación de negociaciones y efectos sobre el deber de solicitud de concurso

2 “Esta comunicación podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el artículo 5...”

<sup>216</sup> Consideramos que también sería interesante que la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización contemplara los acuerdos extrajudiciales de pagos también en zonas de preinsolvencia.

concurso con la clasificación empresarial pertinente. Con este planteamiento, adicionalmente, se consigue evitar que el deudor utilice este mecanismo abusivamente en perjuicio de los acreedores lo que, con la Ley en vigor, correspondería sancionar en sede de calificación<sup>217</sup>.

14. La Ley Concursal no promueve suficientemente una administración de empresas diligente de acuerdo al estándar de “un ordenado empresario” tal y como viene reflejado en la Ley de Sociedades de Capital en vigor. Solamente promueve una actitud no dolosa<sup>218</sup> o gravemente culposa y, en este sentido, su coordinación con la Ley de Sociedades de Capital<sup>219</sup> es manifiestamente mejorable.

---

<sup>217</sup> PULGAR, J. (2012): “El concurso de acreedores. Adaptado...”, op. cit., p. 82. “La comunicación ex art. 5 bis LC, tiene una enorme trascendencia práctica, depurándose los supuestos en que eventualmente el deudor efectúa dicha comunicación con el fin de dilatar en el tiempo la solicitud de concurso en una eventual sección de calificación del concurso, en la que se valorará en qué medida el deudor con sus decisiones ha contribuido a la generación o agravamiento de la insolvencia”.

<sup>218</sup> VIÑUELAS, M. (2011): “Responsabilidad por obligaciones sociales y responsabilidad concursal”, pp. 125-131. Traemos a colación el derecho inglés que ha ido elevando el reproche a conductas empresariales desde el dolo (con dificultad probatoria) hasta la simple negligencia. Viñuelas estudiosa del sistema inglés de responsabilidad por *wrongful trading*, presenta la *insolvency Act* 1986 como una norma sobre responsabilidad de los administradores de las sociedades en función de la cuál quedan obligados a incrementar la masa activa de la empresa en concurso, cuando, antes de iniciar el procedimiento, conocieran o debieran haber conocido la inviabilidad del proyecto y, por tanto, su futuro final liquidativo desde la perspectiva más razonable, y no adoptaron medidas tendentes a minimizar las probables pérdidas de los créditos de los acreedores.

La autora explica el surgimiento de esta Ley como consecuencia de la insuficiencia demostrada en la práctica por la llamada *fraudulent trading* que en la actualidad se recoge en la (s.213) de la *Insolvency Act* 1986.

En virtud de la misma, cabe exigir responsabilidad cuando durante el devenir de un procedimiento de liquidación concursal aparecen indicios de que la sociedad ha desarrollado su actividad empresarial, antes o después de iniciado el procedimiento, con intención fraudulenta. En este caso el administrador concursal podrá solicitar al juez la imposición, a la sociedad y al tercero participante en la actuación, la contribución al patrimonio social en la cuantía pertinente.

Sin embargo, sostiene Viñuelas, probar la intención fraudulenta es una tarea ardua en muchas ocasiones y por ello se estableció otra norma de protección de los acreedores, en base a la cual se preveía la responsabilidad de los administradores cuando no era posible demostrar su dolo pero sí, cuando menos, una actuación culposa.

Así surge la responsabilidad por *wrongful trading*, que para la citada autora está “basada en la falta de diligencia del administrador social, sujeto pasivo de la acción, por no haber dado los pasos razonables para minimizar las pérdidas de los acreedores de la compañía desde el momento en el que supo o debía haber sabido que no existía ninguna posibilidad razonable de evitar la liquidación concursal”.

Planteamiento que nos parece sumamente razonable, en nuestro caso equiparable a cuando el deudor no encuentra posible diseñar un plan de viabilidad económica suficiente para garantizar la viabilidad financiera.

Vid<sup>219</sup> PRENDES, P. (2012): “La responsabilidad civil de los administradores de sociedades capitalistas. Armonización con el sistema de responsabilidad concursal”, p. 349. Desde su planteamiento la reforma del año 1989 y su desarrollo legislativo ha agravado, en buena medida, la responsabilidad de los administradores que ahora les exige responsabilidades en “los supuestos de simple negligencia en el desarrollo profesionalizado de su gestión (falta de gestión), e incluso al implantar un supuesto de responsabilidad objetivada en el (art. 367 Ley de Sociedades de Capital antiguos art. 262.5 Ley de Sociedades Anónimas y 105.5 Ley de responsabilidad limitada), que completa y hace mucho más riguroso el régimen común de los art. 236 a 241 de la Ley de Sociedades de Capital, (antiguos art. 133 a 135 de la Ley de Sociedades Anónimas)”.

En referencia a esta tendencia legislativa de agravar el sistema de responsabilidad de los administradores societarios, Prendes adopta una posición intermedia ya que por una parte considera que se debe desincentivar a los administradores el desarrollo de actitudes reprochables que encuentran amparo detrás del escudo de la personalidad jurídica, pero al mismo tiempo propone que no sean sólo éstos los que asuman todas las responsabilidades del tráfico comercial y, de esta manera, aconseja una “redistribución

Por eso no compartimos, en su totalidad, la opinión de Pantaleón, F y de Fernández, B.<sup>220</sup>, quienes afirman “en cuanto a la culpa, no se ve razón para que se limite a los casos de dolo o culpa grave. A nuestro juicio, es suficiente la mera negligencia, naturalmente siempre que se cumplan dos requisitos. El primero es que la negligencia se entienda conforme al sentido que adquiere en el ámbito propio de la responsabilidad de los administradores según la mejor doctrina, esto es aplicando severidad en las infracciones en el deber de lealtad e indulgencia en el deber de diligencia. El segundo requisito es que no se aplique ningún tipo de presunción de dolo o culpa que conduzca a la imposición de una responsabilidad objetiva”.

Profundizaremos más en la responsabilidad de los administradores concursales que planteamos en esta obra como condición *sine qua non* para la aplicación de la propuesta que se realiza en este trabajo. Pero ya podemos adelantar que consideramos que no existe razón para que el ordenamiento jurídico tutele con cierta exhaustividad los intereses de los accionistas, aunque éstos sean los minoritarios, sede donde más sentido tiene la aplicación severa del deber de lealtad, y no haga lo mismo cuando de lo que se trata es de tutelar los derechos de los acreedores que ven insatisfechos sus créditos. No por el riesgo empresarial que, por cierto, ya asumen, sino por la negligencia o no diligencia de los administradores sociales al desarrollar su gestión, como consecuencia de una actuación no profesional o de otras cuestiones.

Opinamos que el acreedor no debe pechar con las consecuencias de la incapacidad del administrador social para desarrollar las tareas que tiene encomendadas.

Por todo lo anterior, nos parece que es momento de ser más exigentes con el deber de diligencia de los empresarios y/o administradores sociales en la realización de sus tareas, una vez vistas las consecuencias, para terceros, de sus acciones. Comparte este criterio Palao<sup>221</sup>, quien considera que el ordenamiento penaliza las actuaciones dolosas y delictivas de los administradores sociales pero debe condenar también las conductas negligentes. En este sentido sostiene, “en un sistema orgánico e integrado, el ordenamiento penal ha de coadyuvar y subvenir los fines de la anticipación de la insolvencia de manera que haga deseable por el administrador una mirada más atenta de la empresa y una excusión de todo negligente o doloso obrar (...) Al administrador no sólo se le exige buena fe, sino una diligencia mínima en los negocios con mérito y consideración del cargo que ocupa y la responsabilidad que asume. Los delitos por imprudencia se han convertido en la verdadera lacra de la civilización moderna”

Y en la misma perspectiva se sitúa Alonso<sup>222</sup>.

---

de las mismas entre las diferentes partes que intervienen en el mercado, asumiendo cada una las partes que les pudieran ser atribuibles”. p. 349

Ya que la mayor parte de la doctrina consultada está de acuerdo con este planteamiento, pero no encontramos, que con carácter general, den pautas o criterios para esta distribución de responsabilidades, nuestra propuesta supone adjudicar la responsabilidad a los administradores que no pueden demostrar, en los meses anteriores a la insolvencia, una conducta como “un ordenado empresario” y a los acreedores la asunción de riesgos inherentes al tráfico mercantil y que se han materializado a pesar de que los administradores se han informado de la situación y de las alternativas razonablemente y han tomado decisiones coherentes, independientemente de sus resultados, con las circunstancias en cada caso.

<sup>220</sup>PANTALEÓN, F.; FERNÁNDEZ, B. (2009): “La aplicación de la ley concursal”, pp. 176-177

<sup>221</sup>PALAO, J. M. (2013) op. cit. pp. 270-271

<sup>222</sup>ALONSO, A. (2012): “La responsabilidad concursal del artículo 172 bis LC” en “El concurso de acreedores. Adaptado a la reforma de la ley 38/2011”, p. 570. Para quien “En realidad, este presupuesto de la responsabilidad se conecta en última instancia con el deber de diligencia de los administradores o

No precisando con exactitud las conductas del administrador que son reprochables, el ordenamiento societario y el concursal hacen algunas presunciones pero en muchas ocasiones hay que acudir al criterio de la Ley de Sociedades de Capital cuando se refiere a “un ordenado empresario”. Por este motivo, la jurisprudencia ha admitido una serie de hechos como acreditativos de conducta del administrador que conlleva causa de responsabilidad<sup>223</sup>. Ha tenido que ir concretando en cada caso presentado y a día de hoy

---

liquidadores en el ejercicio de las funciones propias de su cargo –ordenado empresario y representante legal, arts. 225 y ss, y 375.2 LSC-, pues en definitiva la imputación de la generación o agravación de la insolvencia, no es sino un supuesto del referido deber de diligencia, que da lugar a un perjuicio para la sociedad concretado en creación o agravamiento del estado de insolvencia, del que deriva a su vez un perjuicio para los acreedores”.

<sup>223</sup> MOYA, A. (2012): “La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes”, pp. 25-26. El autor realiza una lista con un contenido exhaustivo de los hechos que acreditan la conducta del administrador como causa de responsabilidad a juicio de la jurisprudencia reiterada. Determina dieciséis hechos que enumeramos de manera completa porque los estimamos muy relevantes para la propuesta que aquí trabajamos :

- 1- No llevar ningún tipo de contabilidad.
- 2- No formular el administrador ningún tipo de balance sobre la situación de la Sociedad.
- 3- No convocar el administrador ninguna junta de accionistas.
- 4- Desaparición de hecho de la Compañía, no constando en el Registro Mercantil inscripción alguna de cambio de administrador, o de domicilio social, ni la disolución y liquidación de la sociedad.
- 5- No liquidación de la sociedad conforme a derecho y estatutos sociales.
- 6- Ignorancia del administrador de todo lo relativo al tráfico y giro de la sociedad que administra.
- 7- Cesación meramente de hecho de la actividad de la sociedad reservadamente y omitiendo toda publicidad, por decisión del administrador, no constando respaldada orgánicamente, por la Junta General.
- 8- Carencia de facultades en el administrador, para proceder a cerrar de hecho el negocio social, o cesar de hecho en la actividad social.
- 9- Galopante incremento de las deudas de la Sociedad, desencadenando un sobreseimiento general de pagos con absoluta cesación fáctica de la actividad comercial del ente, sin acudir a un proceso liquidatorio alguno en el orden formal.
- 10- Contratación o asunción de deudas a sabiendas de la situación netamente deficitaria arrastrada.
- 11- Carácter de operación arriesgada, atribuible a las compras efectuadas, tras un año o más de ejercicios contables negativos.
- 12- No dar de baja a la sociedad registralmente, a pesar de cesar de hecho en sus obligaciones, con lo que se ha creado un peligro grave contra los acreedores, violándose las normas de seguridad y buena fe mercantiles, de forma ostensible.
- 13- En la fecha en la que se llevaron a efecto las operaciones mercantiles con la actora, la sociedad demandada se encontraba en situación de crisis, con cesación de los pagos a los proveedores, a los trabajadores, a la seguridad social, etc.
- 14- El proceso de deterioro de la actividad económica de la empresa podía ser irreversible y aún fortuito, pero su prolongación en el tiempo y la probada existencia de otros acreedores obligaba a los administradores a una mínima diligencia en aras de evitar daños, absolutamente previsibles a terceros, mediante, cuando menos, la convocatoria a conversaciones extrajudiciales sobre el pago de débitos.
- 15- La no utilización de los mecanismos legales establecidos para los supuestos de crisis empresariales (procedimiento concursal), ni ninguna otra fórmula extrajudicial, arbitral o amistosa tendente a conseguir, como las legales, una solución temporal al estado de iliquidez o la liquidación del patrimonio de la empresa y su equitativo reparto entre los acreedores, con pleno respeto a las preferencias y privilegios legalmente establecidos para cada uno, supone un comportamiento desde luego alejado del obrar exigible a un ordenado empresario y un representante leal, y en la medida que resulte previsible que el patrimonio no alcanzará a satisfacer a todos los acreedores, y pese a ello, se abandona a las acciones individuales de cada acreedor, con la consiguiente certeza de que determinados créditos quedarán por ello totalmente insatisfechos.

podemos decir que ya hay algunas actuaciones consideradas, mayoritariamente, como negligentes pero queda aún mucho camino por recorrer. Aunque, ciertamente, nunca será posible definir y tipificar todas las conductas posibles que pueden resultar numéricamente cuasi-infinitas.

La Sentencia de la AP de León 389/ 2012 de 28 de septiembre, define con claridad los parámetros indiciarios y el criterio que se deben tener en cuenta a la hora de calificar la actitud de los administradores sociales en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones, y en ese sentido establece una conexión entre la calificación del concurso como culpable con un criterio subjetivo de imputación de responsabilidad o de culpabilidad cualificada (dolo o culpa grave), es decir, voluntad en el ánimo de dañar u omisión de la diligencia debida. Esta diligencia la compara el tribunal, no sólo con la media que se espera de una persona normal, sino con la específica de un ordenado comerciante o representante legal, “ex artículo 127 de la Ley de Sociedades Anónimas y con un concreto resultado, cual es la generación o agravación de la insolvencia actual o inminente artículo 2.2º y 3º de la Ley Concursal, en relación de causalidad”.

En referencia a la negligencia del deudor la define como “una culpa por un actuar descuidado e imprevisor”. Y sostiene que el legislador ha querido establecer un régimen específico sancionador no por el acaecimiento de la insolvencia, sino por haber existido acciones u omisiones dolosas o de culpa grave que pueden haber ocurrido antes, durante o incluso posteriores a la insolvencia.

También se aprecia negligencia en la sentencia de apelación comentada por Elizalde<sup>224</sup> en la que se califica como culpable el concurso porque “la omisión de la iniciación del procedimiento de extinción colectiva constituye una dejación importante de la obligación de actuar conforme a la diligencia exigible a un ordenado empresario imputable a los administradores sociales al provocar un incremento muy importante del pasivo que era previsible y evitable”.

Es importante asimismo el cambio de criterio respecto la naturaleza de la responsabilidad de los administradores en virtud de la Ley Concursal operado en la AP de Barcelona, sección 15ª, mediante su sentencia de 23 de abril de 2012.

Como decimos, ahora el tribunal entiende que la norma en examen (el originario art. 172.3 de la Ley Concursal) no se trata de una acción estricta de resarcimiento o de daños como se desprende del contexto en el que estaba ubicado. Contexto distinto aunque cercano a la responsabilidad por daños derivados de la calificación concursal establecida en el art. 172.2º de la Ley Concursal. Ésta sí que es una responsabilidad que debe ser declarada “atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos (culpa) y la entidad del perjuicio (daños)”.

La sentencia interpreta al Tribunal Supremo y explica que lo que éste quiere afirmar no es que se trate de una responsabilidad por daños, que necesitaría de la prueba de la culpa y del nexo causal con el daño directo infringido, sino que se trata de una responsabilidad por deudas, por el déficit generado en la sociedad.

---

16- No existiendo la sociedad en el domicilio social, no contando en la actualidad con trabajador alguno, no habiéndose practicado balance, ni celebrado Junta de accionistas, ni existiendo cuenta corriente bancaria alguna a nombre de la Sociedad, careciendo de patrimonio, hechos éstos que constituyen una negligencia grave de incumplimiento de la ley de escritura fundacional.

<sup>224</sup> ELIZALDE, G. (2013): “No promover despido colectivo: concurso culpable”

Sólo así, dice la Audiencia Provincial de Barcelona, “se puede explicar la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2011 del descubierto o déficit”.

Y se reafirma al considerar que la reforma de la Ley 38/2011 de 10 de octubre que ha pasado la norma desde el art. 172.3 anterior al art. 172.bis actual, avala la idea de que se trata de una responsabilidad por deudas o por déficit.

Por su parte, López<sup>225</sup> clasifica en seis claves principales la postura que mantiene el Tribunal Supremo en esta importante materia:

1 Niega el Tribunal la naturaleza sancionadora de la responsabilidad concursal y atribución de una de carácter indemnizatorio o resarcitorio, por la función protectora de los intereses de los acreedores sociales.

2 Pero, considera el autor, como quiera que la responsabilidad indemnizatoria ya existe en sede de calificación cuando una sentencia declare el concurso culpable, ex art. 172.2.3º y agote todas las responsabilidades que se deriven de la conducta de los afectados por la calificación, entonces no cabe mantener que el art. 172 bis reitere una nueva condena por responsabilidad concursal si persigue la misma finalidad resarcitoria.

En base a esta idea, define López su segunda clave deducida de la doctrina del Tribunal Supremo, que es que la “responsabilidad concursal, aunque sea igualmente indemnizatoria tiene una etiología distinta a la del art. 172.2.3º”.

3 La doctrina del Tribunal Supremo reitera en diversos pronunciamientos que esta responsabilidad según la norma cumple una función en el resarcimiento del daño que “indirectamente fue causado”. Y aquí la palabra “indirectamente” alcanza un significado esencial.

4 La responsabilidad concursal no es una categoría de responsabilidad objetiva de necesaria aplicación en todos los casos de concurso culpable de personas jurídicas en liquidación.

5 El Tribunal Supremo considera, en interpretación de López, que no basta que el concurso haya sido calificado culpable para que se pueda exigir la responsabilidad concursal a los afectados y dispone que se valore el comportamiento de los afectados conforme a sus elementos subjetivos y objetivos, lo que induce a un juicio de causalidad, aunque en el marco de los criterios normativos de la calificación del concurso como culpable.

6 Y finalmente, la última clave que extrae del Tribunal Supremo trae causa en la diferencia que éste establece entre la responsabilidad indemnizatoria causal del art. 172.2.3º de la Ley Concursal y la responsabilidad concursal del art. 172 bis de la Ley Concursal, que también es causal, pero aquí viene la diferencia, “mientras en la primera se exige un nexo directo entre el comportamiento de los sujetos y el daño causado a los acreedores, ex art. 172 bis de la Ley Concursal, el nexo de unión buscado es indirecto,

---

<sup>225</sup> LÓPEZ, A. (2012): “Claves de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad concursal o frente a la masa”.

propio “de una específica responsabilidad de masa o frente a la masa, como se desprende del art. 172.bis”<sup>226</sup>.

Finalmente realizamos el análisis del articulado legal del que se desprende que la Ley reconoce en el párrafo tercero de la Exposición de Motivos<sup>227</sup> las limitaciones que la normativa exige a los derechos individuales de los acreedores en aras del interés general. Estas limitaciones y restricciones, junto con otras que contempla la Ley, a los derechos de los acreedores, a la relatividad de los contratos, a la autonomía de la voluntad, entre otros, nos lleva a ser más exigentes en nuestra propuesta y a requerir alguna contrapartida más al deudor, como es la revisión de la conducta de los administradores durante los meses previos a la aparición de la insolvencia, la supervisión de su gestión durante la ejecución del convenio y a contemplar una ampliación de los supuestos donde procede la calificación del concurso como culpable.

En el párrafo octavo<sup>228</sup> se hace referencia únicamente a la limitación, a presupuestos muy concretos, que está prevista para la apertura de la fase de calificación. Nosotros pretendemos ampliar esta penalización desde los convenios gravosos a los supuestos de negligencia profesional, es decir, cuando no se actúa como un “ordenado empresario”. Esto es, cuando el empresario y / o administrador durante el año anterior a la aparición de la insolvencia efectiva, en términos de desbalance o de iliquidez, no pueda probar que ha realizado acciones para evitarla. Entre otras posibles: intentos de negociaciones privadas, acuerdos de refinanciación en los términos de la Ley Concursal, solicitud de insolvencia inminente, etc, siempre y dada la amplia casuística empresarial, desde una presunción *iuris tantum*. No sería entonces necesario probar que la actuación del deudor o sus administradores ha agravado la insolvencia. Se consideraría, salvo prueba en contrario, que ésta se ha producido por el transcurso del tiempo sin intentar acciones para evitarla.

Para el planteamiento que proponemos lo reprochable es que el deudor, empresario y / o su administrador no hayan realizado acciones coherentes, dentro de las factibles, para revertir la situación. En ningún caso es reprochable que las acciones, coherentes, decididas no hayan producido los resultados esperados. Es, por tanto, una responsabilidad de medios no de resultados, la que proponemos.

Art. 6<sup>229</sup> De la solicitud del concurso. Desde nuestro punto de vista sería interesante que la Ley solicitara al deudor la aportación de un documento con información sobre todas las acciones que ha llevado a cabo en los últimos doce meses para evitar la insolvencia de la empresa. En caso de haber intentado negociaciones privadas, no comunicadas, describirlas con fechas, partes intervinientes, y firmas de las mismas.

---

<sup>226</sup> En capítulos posteriores volveremos sobre esta espinosa cuestión que es la responsabilidad de los administradores societarios.

<sup>227</sup> “...Este efecto de obligatoria y limitada espera para los titulares de garantías reales se considera justo en el tratamiento de los intereses implicados en el concurso, que han de sufrir un sacrificio en aras de la solución definitiva y más beneficiosa del estado de insolvencia”.

<sup>228</sup> “...La ley limita la formación de la sección de calificación a supuestos muy concretos: la aprobación de un convenio que, por la cuantía de la quita o la duración de la espera, resulte especialmente gravoso para los acreedores, y la apertura de la liquidación”.

<sup>229</sup> Art. 6 Solicitud de concurso

1 “En el escrito de solicitud de declaración del concurso, el deudor expresará si su estado de insolvencia es actual o si lo prevé como inminente”.

Asimismo, como se ha apuntado más arriba, sólo cabría la solicitud de concurso por insolvencia inminente cuando de la previsión resultara que ésta se producirá en los siguientes dos meses, previsiblemente. Si el período estimado fuera superior tendría que iniciar negociaciones para la refinanciación.

Todas estas precisiones son necesarias a efectos de las consecuencias que pudieran tener en la sección de calificación, que con el modelo que proponemos experimentarían relevantes modificaciones.

En relación al art. 44<sup>230</sup> De la continuidad de la actividad y de su posible intervención, esta intervención, en el supuesto del concurso necesario, desde nuestra perspectiva, sólo cabe hasta el Auto judicial de la aprobación del concurso necesario, es decir, en el caso de que la solicitud la presenten los acreedores. Por tanto, cuando se ha producido una insolvencia real con acción de los acreedores e inacción del deudor, con carácter general. Desde nuestra posición, ya que no se le permitiría al deudor presentar propuesta de convenio se complica extraordinariamente la continuidad de la empresa en manos de los mismos propietarios ya que no será habitual que los propios acreedores elaboren una propuesta de convenio apoyada en un plan de viabilidad habida cuenta del escaso conocimiento que podrán tener, al menos, de las debilidades y fortalezas internas de la sociedad.

En esta situación se plantea la liquidación como opción más realista lo cuál no es óbice para que, dentro del marco de la misma, se plantee la continuidad con transmisión de la empresa si los acreedores y la administración concursal lo consideran oportuno. La proposición realizada en este trabajo penaliza con severidad las conductas de los administradores societarios que no se corresponden con una gestión de un “ordenado empresario”, tanto por acción como por omisión como sería este supuesto.

No penaliza resultados insolventes, derivados del riesgo inherente a toda actividad mercantil siempre, y en todo caso, que el empresario deudor o sus administradores hayan hecho uso de las opciones que la Ley propuesta pone a su disposición.

Art. 46<sup>231</sup> De las Cuentas Anuales del deudor. Como hemos indicado anteriormente, la propuesta que hacemos no contempla la continuidad con el mismo deudor en caso de concurso necesario.

En cuanto al art. 104<sup>232</sup> Del plazo de presentación. Nosotros entendemos que no cabe la propuesta de convenio presentada por el deudor en caso de concurso instado por los acreedores. En este caso, si éstos no presentan propuesta de convenio, que será el

---

<sup>230</sup> Art. 44 Continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial

2”En caso de intervención, y con el fin de facilitar la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, la administración concursal podrá determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía, quedan autorizados con carácter general”.

<sup>231</sup> Art. 46 Cuentas Anuales del deudor

1 “En el caso de intervención, subsistirá la obligación legal de los administradores de formular y de someter a auditoría las cuentas anuales, bajo la supervisión de los administradores concursales”.

<sup>232</sup> Art. 104 Plazo de presentación

1 “Desde la solicitud de concurso voluntario o desde la declaración de concurso necesario y, en ambos casos, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos, el deudor que no hubiese pedido la liquidación y no se hallare afectado por alguna de las prohibiciones establecidas en el artículo siguiente podrá presentar ante el juez propuesta anticipada de convenio”.



escenario más frecuente, procedería la liquidación como penalización por conducta del deudor no con la diligencia exigible. Lo menos que se puede esperar de un deudor insolvente es que durante los meses anteriores a la situación de insolvencia efectiva haya descubierto, estudiado y diagnosticado la misma y haya desplegado algunas actuaciones coherentes con la anterior con la finalidad de evitar el desenlace final. La penalidad planteada, lógicamente, es más intensa que la del art. 105 de la Ley 38/2011. Creemos, asimismo, que el único plazo que la Ley debe habilitar para que el deudor presente propuesta de convenio, siempre junto a plan de viabilidad que lo apoya, en caso de concurso voluntario es a la solicitud de concurso.<sup>233</sup>

En relación al art. 133 Del comienzo y alcance de la eficacia del convenio. Estimamos necesario que, dada la importancia que la propuesta confiere a la rentabilidad de la sociedad, a su plan de viabilidad y al cumplimiento de los compromisos adquiridos, este artículo se complete con la exigencia de una supervisión externa durante la ejecución del convenio. Adicionalmente, que la gestión empresarial esté vigilada por la administración concursal quien con una frecuencia mínima trimestral y máxima la que las circunstancias aconsejen, controlará las acciones y decisiones llevadas a cabo por la administración societaria. Esta previsión, además de una garantía adicional para el cumplimiento del convenio aprobado supone también el peaje a pagar por el deudor que ha tenido que acudir al auxilio concursal, en detrimento de los derechos de algunos acreedores, para sanear su empresa.

El art. 140 Del incumplimiento. Planteamos añadir que la declaración judicial de incumplimiento supondrá la apertura de la liquidación, aunque somos conscientes que la Ley 38/2011 ya lo recoge.

Por otra parte, el art. 143. De la apertura de oficio de la liquidación. A los supuestos establecidos en la Ley planteamos añadir otro supuesto para la apertura de oficio de liquidación: haber sido declarada la sociedad deudora, de acuerdo al informe de la administración concursal, como inviable en términos económicos. Conviene señalar que, al menos teóricamente, cabría el supuesto de que el deudor no acepte el convenio propuesto por los acreedores en concurso necesario.

En nuestra opción, se establece un corto plazo temporal para que en caso de concurso necesario, los acreedores puedan presentar una propuesta de convenio apoyada en un plan de viabilidad. Lógicamente, es una propuesta más teórica que real por cuanto éstos no tendrían un conocimiento del deudor suficiente para esta opción.

El art. 154<sup>234</sup> De los efectos sobre el concursado. Sostenemos que, en nuestra alternativa, cabría el supuesto de liquidación concursal de la empresa pudiendo

---

<sup>233</sup> ROJAS, J. en ROJAS, J. ; BELTRÁN, S. (2010): “El plan de viabilidad: guía para la elaboración y negociación”, pp. 166-167.

“Se confunde en muchas ocasiones el plan de viabilidad con el plan de urgencia. El deterioro financiero que producen las pérdidas acumuladas en espacios cortos provoca alertas en los acreedores financieros, sobre todo cuando existen descubiertos en cuenta y cuando se producen impagos de efectos descontados. Esta situación es mala consejera y ante el rápido derrumbe se acude al concurso sin la preparación suficiente, o sea, con la inexistencia de un plan bien preparado”. Advierten que en muchas ocasiones el deudor solicita más el concurso para evitar responsabilidades que por disponer de un proyecto de empresa. En esta situación, desde este trabajo, consideramos que la mejor opción para salvaguardar los intereses de los acreedores es la liquidación.

<sup>234</sup> Art. 154 Efectos sobre el concursado

satisfacer todas las deudas. No sería una posibilidad frecuente pero podría existir en una solicitud de concurso por insolvencia inminente prevista dentro de los dos meses anteriores con situación financiera y /o patrimonial todavía no muy deteriorada.

Obviamente, en este supuesto, creemos excepcional, no cabría abrir la sección de calificación. Esta opción en cuya virtud el patrimonio empresarial es suficiente para atender todo el pasivo comprometido podría resolverse también con una disolución empresarial ordinaria cuyo procedimiento contempla la Ley de Sociedades de Capital previa atención de todas las obligaciones. Pero opinamos que sería posible y hasta positivo que el deudor pudiera elegir entre esta posibilidad y el concurso voluntario ya que en algunas ocasiones éste puede proporcionar ventajas sobre la opción primera. Entre otras, ganar tiempo y utilizar la supervisión externa para las realizaciones de los activos con escasa liquidez.

Sin embargo, en todos los demás supuestos de liquidación, la apertura de calificación sería pertinente.

Unimos en este comentario los arts. 164 y 165. La propuesta que presentamos se apoya, en una medida importante, en la calificación del concurso para diseñar los incentivos que colaboren para promover una administración de empresas diligente. Se intenta de esta forma que la legislación de insolvencia ayude a facilitar un tejido empresarial más competitivo, aunque quizás ésta es materia más propia del Derecho de sociedades, lo que es de interés para todas las partes involucradas en el tráfico mercantil y para el propio país.

En este sentido, se desea mantener el patrimonio personal del deudor al margen del riesgo inherente de la actividad mercantil y de esta manera facilitar el nacimiento de nuevas empresas tan importante para la economía estatal. Aunque, paralelamente, se busca desincentivar conductas empresariales negligentes o en todo caso, separadas de las que corresponderían a “un ordenado empresario”.

Desde este planteamiento si el empresario y / o administrador ha intentado diferentes y coherentes vías de solución como: acuerdos privados, acuerdos de refinanciación comunicados al juzgado que no han alcanzado el destino deseado, propuesta de convenio junto a plan de viabilidad ratificado por la administración concursal que no ha obtenido la aprobación de los acreedores, procedería la liquidación según el régimen del art. 164. Por el contrario, si no se han realizado algunas de estas acciones procedería un régimen agravado de responsabilidad, con presunción *iuris tantum*, de que el comportamiento del deudor ha agravado la crisis de la empresa y ha perjudicado los intereses legítimos de los acreedores.

---

3 “Si el concursado fuese persona jurídica, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución si no estuviere acordada y, en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal...”

### **3-VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA UTILIZACIÓN DE LA LEY CONCURSAL COMO FÓRMULA PARA LA CONSERVACIÓN DE LAS EMPRESAS VIABLES Y LA LIQUIDACIÓN TEMPESTIVA DE LAS INVIABLES**

El interés del sistema concursal como mecanismo último para solventar crisis severas, cuando han fallado todos los demás, de empresas económicamente viables nos parece fuera de toda duda.

La utilización de la Ley Concursal como fórmula para la conservación de las empresas viables aporta una serie de ventajas que hacen que pueda ser útil cuando otras medidas menos severas han fracasado. La severidad que, opinamos, debe rodear su aplicación en cuanto a: procedimiento, controles, pérdida de autonomía y posible extensión de la responsabilidad a sus administradores, se justifica por la gravedad de la crisis empresarial y la más que probable restricción a los derechos de los acreedores que, en principio, el ordenamiento jurídico debiera tutelar.

Estamos en desacuerdo con De Cárdenas<sup>235</sup> cuando afirma “la gestión de la empresa enferma durante su cura no puede hacerse en el juzgado porque los tiempos que se manejan y las habilidades de los jueces no casan, ni pueden casar, con los tiempos del mercado y las habilidades de los gestores de la empresa”. Dos consideraciones debemos realizar a la afirmación anterior: en primer lugar, al concurso proponemos que se llegue al final cuando ha fallado lo demás, por tanto, a los gestores no se les impone su aplicación en períodos suficientemente anteriores a que se materialice la insolvencia. Es más, recomendamos que primero utilicen otras alternativas menos rigurosas. En segundo lugar, los tiempos y las habilidades de los jueces se pueden mejorar si se trabaja desde otras perspectivas. Por tanto, no podemos asumir que esa situación se configure como inalterable y para la que no existe solución.

Y abundando, considerando la relevancia de la materia y los problemas a los que pretende dar respuesta y que en cualquier caso le compete, corresponde ahora mejorar todo el sistema para que sea más eficaz y eficiente, pero no cabe renunciar al mismo porque tiene muchas potencialidades que se deben explorar.

De hecho, negociar y llegar a acuerdos con los acreedores que permitan la conservación de la empresa viable que pasa por dificultades graves, es más factible de conseguir aprovechando las ventajas que ofrece el sistema. Por tanto, se trata de investigar para orientar al legislador en la realización de un contenido legal que mantenga las ventajas y minimice las desventajas.

Algunas de estas ventajas son:

-Paralización de los procedimientos singulares incluso durante un año para deudas garantizadas con bienes afectos a la actividad.

---

<sup>235</sup> DE CÁRDENAS, C. ; NÚÑEZ-LAGOS, A. (2011): “Algunos comentarios a la ley concursal de reforma concursal”, p. 216

-Acuerdos que vinculan a acreedores disidentes<sup>236</sup>. En nuestra opinión, la excepción al cumplimiento de las obligaciones propias del Derecho civil y mercantil, como también la limitación al principio de autonomía y a la relatividad contractual que se realiza con las adhesiones de los disidentes y otras como la consideración de la novación impropia de las obligaciones que sugiere Pulgar<sup>237</sup> para la no generación de intereses moratorios, hacen que sea necesario trabajar con extraordinario rigor cuando se decida que una empresa es viable y merezca, por tanto, que la legislación apueste por promover su continuidad.

-Supervisión judicial y de expertos independientes que garantizan la transparencia y el rigor profesional con el que se desarrolla el proceso. Este aspecto supone una indudable ventaja para los intereses de los acreedores, pero imaginamos que también para el deudor que de esta manera encuentra una valoración externa e independiente de la calidad y factibilidad de su propuesta.

-Paralización de generación de intereses.

-Supresión de algunos contratos no rentables y reactivación de otros más interesantes para el deudor.

Según Sáez-Santurtún<sup>238</sup>, el procedimiento concursal tiene, entre otras, las siguientes ventajas:

- Sus facultades patrimoniales no van a quedar suspendidas, sino en principio, sólo intervenidas por la administración concursal, de esta manera los administradores sociales no quedan cesados. Pueden seguir vendiéndose las acciones o participaciones de la sociedad. Además las deudas, salvo las garantizadas con garantía real, dejan de devengar intereses.

- Además se paralizan las ejecuciones de garantías reales sobre los bienes afectos a la actividad empresarial. Y el deudor puede rehabilitar créditos vencidos o contratos de adquisición de bienes resueltos en los tres meses anteriores. Se puede enervar y paralizar desahucios.

- Se le facilitan la tramitación de los expedientes de regulación de empleo frente a los trabajadores. Así como también se permite al deudor negociar un convenio con los acreedores que le permita mantener la empresa.

- Y si finalmente se liquida la empresa, al final del proceso podrá solicitar la cancelación registral de la sociedad, incluso aunque quedaran deudas sin pagar.

---

<sup>236</sup> RUEDA, J. A. (2004): “Diagnóstico...”, op. cit., p. 212. En su pie de página nº 10 indica, “Dado que el Derecho concursal es la pieza básica de extinción de obligaciones en el caso de un deudor insolvente frente a una pluralidad de acreedores (Bisbal 1994) el principio general de extinción de obligaciones de Derecho civil (*pacta sunt servanda*) sólo cede ante la presencia de contrapartidas efectivas y verificables en beneficio del interés de los acreedores, y por ende, en el interés público como es el mantenimiento del valor de la empresa que se conserva”.

<sup>237</sup> PULGAR, J. (2012): “Paraconcursalidad y acuerdos de refinanciación”, p. 99

<sup>238</sup> SÁEZ-SANTURTÚN, J. (2010): “Efectos de la legislación concursal en la crisis empresarial. Luces y sombras”

Por otra parte, llegada la sociedad en dificultades al momento previo a la insolvencia efectiva todavía le queda al deudor la posibilidad de acudir a la vía extrajudicial. Pero como Alonso-Muñamer<sup>239</sup> mantiene, esta vía presenta una gran dificultad para llegar a la unanimidad en los acuerdos, especialmente si los acreedores son numerosos y con perfiles muy diferenciados.

Como se sabe, cuando no está solventado el problema de los acreedores disidentes, éstos siempre tendrán en sus manos la posibilidad de ejercitar las acciones individuales que según el Derecho les corresponda, imposibilitando así el éxito final de unas negociaciones que podrían haber beneficiado a la colectividad de los acreedores. La reforma legislativa de 2014 solventa la cuestión.

Asimismo, el concurso presenta como una de las desventajas más importantes la excesiva duración del procedimiento. En España se declaran pocos concursos en relación con otros países del entorno como Francia, Italia, Alemania que incluso pueden triplicar el número de concursos iniciados. En opinión del autor Sáez-Santurtún<sup>240</sup> por “los tiempos excesivamente largos del procedimiento de hasta dos años de media, aunque con notables diferencias entre el tiempo máximo y mínimo y por la poca confianza que genera en el deudor y especialmente en los acreedores”,

La Ley de Reforma 38/2011 trata de limitar los plazos temporales del procedimiento concursal. Así, desde la perspectiva de Azofra<sup>241</sup>, el problema endémico de la dilación excesiva en la tramitación de los procedimientos concursales que amenazaba la eficacia y eficiencia de la Ley ha intentado ser solucionado en la reforma de la Ley 38/2011. Así sostiene, el legislador, por una parte amplía el ámbito de aplicación del procedimiento abreviado, de otra, altera en algunos casos la secuencia de las distintas actuaciones del procedimiento abreviado, y finalmente, adelanta el *dies a quo*, suprime algunos actos y contempla una transmisión de la unidad productiva, o de una parte de ella, de manera más ágil cuando se ha alcanzado con un tercero un acuerdo preconcursal.

La publicación de los actos en web en lugar o añadido al Boletín Oficial también colaboran con la reducción de los tiempos y de los costes económicos<sup>242</sup>.

---

<sup>239</sup> ALONSO-MUÑAMER, M. E. (2007): “La judicialización de los concursos extrajudiciales: la propuesta anticipada de convenio”, p. 35

<sup>240</sup> SÁEZ-SANTURTÚN, J. (2010): “Efectos de la legislación concursal...”, op. cit.,

<sup>241</sup> AZOFRA, F. (2012): “La agilización de la reestructuración del activo: “pre-pack” y procedimiento abreviado en la reforma de la ley concursal”, p. 132

<sup>242</sup> La publicación en una web especializada de los actos de insolvencia en lugar de en el Boletín Oficial es uno de los mecanismos que supone ahorro de tiempo y al mismo tiempo ahorro de los costes económicos directos. En esta línea van muchos países de nuestro entorno, entre ellos la reciente modificación en Portugal con la creación de su web *citius*.



## **CAPÍTULO III**

### **PROPUESTAS DE MODIFICACIONES AL TEXTO DE LA LEY CONCURSAL ESPAÑOLA PARA QUE ALCANCE RESULTADOS MÁS EFICACES Y EFICIENTES**





## **1-INTRODUCCIÓN**

A continuación planteamos el contenido de nuestra propuesta aunque algunas de sus ideas fundamentales ya se han venido anunciando. La implementación de estas ideas precisaría de la modificación del texto de la Ley Concursal en algunos artículos, especialmente los que se refieren al concurso voluntario y a la administración concursal.

Mención especial hay que hacer también al objeto de la Ley así como a su presupuesto objetivo.

A nuestro juicio, la administración / gestión llevada a cabo por los administradores sociales tiene que responder al deber de conducta que corresponde a un “ordenado empresario” durante toda la vida societaria. Ello es así no sólo porque están comprometidos sus intereses y los de los propietarios que les han nombrado (en la mayor parte de las empresas españolas, dado su escaso tamaño, coincide la figura del administrador con la del socio principal) sino, fundamentalmente, porque están afectados los de los terceros.

Administrar y gestionar adecuadamente una empresa supone diseñar e implementar un sistema de información adecuado y suficiente para las necesidades en cuestión.

La vida de toda empresa pasa por diferentes ciclos, alcistas y bajistas como sucede con el discurrir de la economía y detectarlos a tiempo y gestionarlos, es parte ineludible de la administración y dirección.

Desde esta línea de pensamiento la mayor parte de las crisis empresariales se solventan internamente, es decir con los recursos del tráfico mercantil: cambio de estrategia, recapitalización, refinanciación, desinversión, reorganización, reestructuración; esto es, sin el amparo del Derecho Concursal.

García<sup>243</sup> plantea una recomendación a una empresa que está pasando por dificultades de disminuciones de pedidos y la propone en los siguientes términos, “los administradores sociales de la sociedad del supuesto de hecho, al ver que las insuficientes ventas dan lugar a un progresivo aumento de las existencias en productos terminados y que es previsible se llegue al estado de insolvencia, mucho antes de incurrir en tal insolvencia y por tanto cuando todavía no les es de aplicación el deber de solicitar la declaración del concurso, pueden negociar un acuerdo amistoso extrajudicial al amparo de la libertad de contratación (art. 1255 CC) con los principales acreedores

---

<sup>243</sup> GARCÍA, E. (2011): “Un convenio concursal poco común” , p. 678

estableciendo cuando menos una espera (o también una quita)(...).El inconveniente del acuerdo amistoso extrajudicial es que con él no se impide que aquellos acreedores que no hayan firmado el acuerdo, insten ejecuciones singulares, si bien el respiro concedido con el aplazamiento de pagos a los acreedores que lo hayan firmado, permitirá a la sociedad atender el pago del resto a su vencimiento”.

En nuestra opinión, sólo cuando la empresa, que cuente con un proyecto rentable, no puede solventar por sí misma la crisis que le llevará al incumplimiento de sus obligaciones debería acudir al amparo de la Ley Concursal. Es decir, entendemos la vía concursal como la última vía o la vía que permanece cuando la insolvencia efectiva se representa muy cercana en el tiempo. Pero esta vía judicial llevará aparejada también algunos costes que el deudor debe asumir.

Esta visión que aquí planteamos, por la que el proceso concursal puede ser también un mecanismo adecuado, en última instancia, para salvar empresas económicamente viables en crisis si se utiliza adecuada y oportunamente, no es compartida unánimemente por toda la doctrina que ve en el Derecho de reestructuraciones la mejor forma de conservar a las empresas<sup>244</sup>.

A nuestro juicio, este planteamiento no es incompatible con el que aquí se presenta.

Mejorar el Derecho de reestructuraciones en estados iniciales de crisis que permitan solventarlas sin haber llegado a comprometer el interés de los acreedores, o estando el compromiso todavía lejano, es un mecanismo adecuado de gestión en escenarios complicados.

El problema aparece cuando estos intentos de reestructuración fallan, por múltiples motivos. En esos casos, la crisis avanza inexorablemente y si la empresa es rentable, debería tener opción a participar en un proceso concursal con un procedimiento establecido y definido de tal manera que, mediando acuerdos con la mayoría de los acreedores, se pueda maximizar los intereses de todas las partes implicadas. Nos parece, asimismo, que este proceso que lo concebimos, como hemos expresado, de última instancia dado que restringe los derechos de los acreedores, al menos al inicio, debe restringir también algún derecho del deudor.

---

<sup>244</sup> Vid FERNÁNDEZ, A.; GARCÍA-ALAMÁN, B. ; THERY, A. ; VERDUGO, J. (2010): “¿Crisis del derecho concursal? Hacia un derecho de reestructuraciones empresariales”. Los citados autores se muestran críticos con la reforma del Derecho Concursal español, en este caso, con la reforma acontecida en 2009. No les parece que constituye un cuerpo ordenado y sistemático con el resto del ordenamiento que pueda dar respuesta a las necesidades empresariales del siglo XXI en materia de prevención de la insolvencia.

Sugieren que lo que verdaderamente demandan las empresas es un Derecho de Reestructuraciones empresariales. En escenario de preinsolvencia la empresa todavía no ha incumplido sus obligaciones por lo que no es necesario anteponer los intereses de los acreedores como objetivo fundamental a alcanzar.

Para que la reestructuración pueda ser operativa, entienden, hay que efectuarla en escenarios muy tempranos, por ejemplo, con “la pérdida no circunstancial del umbral de rentabilidad o el desfase financiero, con eficaces medidas de reestructuración tanto operativas como financieras que permitan volver a los parámetros que el mercado libre exige para operar en su entorno”.

## **2-CRITERIOS QUE DEBE RECOGER LA LEY CONCURSAL PARA MEJORAR SU EFICACIA Y EFICIENCIA DE ACUERDO A NUESTRA PROPUESTA**

### **2.1 Definición del objetivo de la Ley**

Maximizar los intereses de los acreedores<sup>245</sup>, con privilegio general, y /o ordinarios y /o subordinados promoviendo el mantenimiento de las empresas viables y la liquidación tempestiva de las no rentables, es decir, no viables económicamente. En el caso de que alguno o algunos de los acreedores consideraran que el acuerdo aprobado por la mayoría legal establecida no maximizara sus intereses se les debería ofrecer al menos lo que recibirían en una hipotética liquidación.

### **2.2 Concreción del presupuesto objetivo de la Ley**

A efectos de que la Ley promueva la entrada en el procedimiento de forma tempestiva y de que de esta manera la situación, cuando proceda, sea reversible y en caso contrario permita una liquidación ágil, ordenada y al mayor valor de realización factible, la Ley debe considerar como presupuesto objetivo y por tanto supuesto de hecho para su aplicación, el sobreseimiento generalizado, actual o inminente, de pagos y/o el desbalance o desequilibrio patrimonial, como situación financiera anómala que de no solventarse producirá con elevada probabilidad el incumplimiento de las obligaciones y por ello el perjuicio a los acreedores.

Como ya se ha comentado en epígrafes anteriores, el desbalance, entendido como patrimonio negativo, es un supuesto de disolución obligatoria recogida en la Ley de Sociedades de Capital. Planteamos que el ordenamiento jurídico y de manera particular la Ley de Sociedades de Capital y la Ley Concursal, de manera coordinada, permitan que el deudor decida cuál de las dos opciones le es más favorable. Si el deudor tiene un proyecto de empresa viable económicamente a medio plazo, debería tener la opción de acogerse al amparo del proceso concursal. Creemos que es bueno tanto para sus

---

<sup>245</sup> ORIOL, J. (2013): “Contratación hipotética y leyes concursales”, pp. 194-196. El autor encuentra factible maximizar el interés del procedimiento concursal para toda clase de acreedores, incluidos los que poseen una garantía real y, en ese sentido, afirma que los fundamentos teóricos del Derecho concursal que permiten justificar el carácter obligatorio de la regla según la cual todos los acreedores del deudor común, ordinarios o no quedan de derecho integrados en el procedimiento concursal pretenden evitar que a través del ejercicio de acciones individuales sucesivas se pierda el valor de la empresa en funcionamiento que, con carácter general, es superior al de los activos realizados individualmente. “La voluntad hipotética del acreedor ordinario no ofrece dudas pues al conseguir un incremento del valor del patrimonio empresarial todos resultan colectivamente beneficiados, más problemática es la voluntad hipotética de los acreedores con garantías reales. Sin embargo, en la medida en la que el procedimiento concursal permita asegurar el valor de la garantía de que disponen para satisfacer su crédito, también en términos temporales, puede afirmarse que su voluntad es neutral con respecto a su integración en el procedimiento concursal”.

Esta tesis puede servir de apoyo para justificar nuestra postura en cuya virtud se sostiene que conservando las empresas viables el conjunto de acreedores de las distintas categorías podrán maximizar sus intereses.

intereses, como para los de los acreedores, como para el interés general. Ya hemos mantenido en reiteradas ocasiones que esta opción es exigente con el deudor. Entre las exigencias más importantes estará la obligación de presentar un plan de viabilidad riguroso al inicio de la solicitud de concurso voluntario, y este plan habrá de someterse a la evaluación, perceptiva y vinculante, de la administración concursal.

Algunos de los indicadores que proponemos, nunca con carácter de *numerus clausus*, como demostrativos del presupuesto objetivo pueden ser:

- Patrimonio neto negativo con importancia relativa material para el tamaño de la empresa.
- Fondo de Maniobra negativo y sostenido durante tres trimestres.
- Pérdida de la cifra de negocios sostenida con importancia relativa suficiente.
- Umbral de rentabilidad alejado y escasamente factible.

En cualquier caso, cabe que el deudor aporte cualquier otra información que permita concluir razonablemente que la empresa entrará en insolvencia en un plazo breve si no se toman las medidas oportunas<sup>246</sup>.

No debe preocupar en exceso, creemos, la utilización del proceso de forma estratégica por el deudor. La propuesta que hacemos ya recoge el posible peaje que tendría que pagar: plan de viabilidad sometido a examen independiente que en caso de no superarlo le llevará a liquidación, así como supervisión externa de la implementación del mismo.

### **2.3 Intervalo temporal orientador para justificar la insolvencia inminente a efectos de la Ley**

Proponemos que en sede de refinanciación con acuerdos homologados, el plazo máximo sea de doce meses de antelación a que, previsiblemente en base a los datos estimados, se manifieste la insolvencia efectiva. Siempre que se pueda argumentar que de mantenerse la tendencia iniciada, durante los tres trimestres anteriores, de los ingresos y gastos ocurridos, la empresa incurrirá en insolvencia (en términos de iliquidez y/o desbalance) no más tarde de los doce meses siguientes.

Proponemos asimismo, que en sede de concurso voluntario el plazo inicie desde los dos meses antes de la fecha de insolvencia efectiva que considere la previsión.

### **2.4 Indicadores/ documentos económico-financieros que justifican la aprobación judicial de la solicitud**

---

<sup>246</sup> Nótese que el criterio que utilizamos para la insolvencia inminente es el criterio temporal, distinto, por tanto, del criterio de la doctrina alemana y de los tribunales españoles.

- Proyección de la cuenta de tesorería a doce meses.
- Ratios de solvencia, liquidez, autonomía financiera, rentabilidad sobre ventas a la fecha de solicitud de concurso y proyección para los próximos doce meses.
- Umbral de rentabilidad actual.
- Patrimonio Neto actual y proyección a doce meses.
- Cambios legales.
- Cualesquiera otros que procedan.

Estos indicadores no deben establecerse como *numerus clausus*, por el contrario debe admitirse cualquier otro pertinente para demostrar la crisis y preinsolvencia empresarial.

La casuística mercantil es tan variada que podría encontrarse alguna empresa con unos ratios adecuados y una insolvencia en el horizonte a corto plazo.

Pero lo que no admite duda es que las empresas que presentan valores de indicadores contables inadecuados informan de una patología empresarial que necesitará ser tratada.

Sin embargo, conviene diferenciar los problemas que habitualmente surgen en las empresas y que la administración social va solventando con previsión, estrategia y planes operativos de los problemas que aquí tratamos, que ya amenazan con una insolvencia a corto plazo y que el deudor no ha sido capaz, por el motivo que fuera, de remontarlos apoyándose en los instrumentos de gestión tradicionales, como: modificar la tendencia de las ventas (vender más en el mismo mercado y/o vender en más mercados), reestructurar la organización para ser rentable con menor volumen de negocio, recapitalizar la empresa (aportación de socios, reconversión de deuda), desinversión de activos no afectos, etc. Es en estos casos cuando cabría que el deudor se acogiera al amparo jurídico del sistema concursal, (comunicación judicial de inicio de negociaciones para refinanciación, máximo doce meses antes de la insolvencia prevista, solicitud de concurso, máximo dos meses antes de la insolvencia prevista), y de esta manera poder disfrutar de las ventajas que otorga el proceso al mismo tiempo que asume el peaje que conlleva y que desincentiva un uso inadecuado del mismo.

Finalizamos el epígrafe con la consideración, para nosotros muy acertada, que Rubio<sup>247</sup> realiza, “La contabilidad y el conocimiento efectivo del estado de insolvencia. Es habitual que, a efectos de analizar el conocimiento efectivo de la insolvencia por parte de los administradores de una sociedad, se aluda al momento de formulación de las cuentas anuales. Aunque, a priori, ello pueda parecer razonable, lo cierto es que, tal y como se ha puesto de manifiesto en determinadas sentencias, dicho momento no es en realidad el único momento relevante, pudiendo existir un conocimiento efectivo de la insolvencia con independencia de que ésta haya tenido su reflejo en la contabilidad”. El juzgado no acepta este entendimiento sobre la base de que “las cuentas anuales presentan una foto fija de la sociedad en un determinado momento a 31 de diciembre, el deber de diligencia que se les impone a los administradores art. 127 LSA y ss implica

---

<sup>247</sup> RUBIO, J. (2010): “El deber legal de solicitud de concurso y el patrón de conducta de los administradores de la sociedad insolvente”, p. 94

que éstos no pueden desconocer la situación económica de la empresa hasta la elaboración de las cuentas anuales” (posición que entronca con la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo respecto a la concurrencia del conocimiento de una causa de disolución obligatoria de la sociedad).

### **3-CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DE LA PROPUESTA**

En todo momento la propuesta se refiere al concurso voluntario, no hace referencia al concurso necesario. Su contenido tiene relación, en mayor o menor grado, con los catorce puntos que son el hilo conductor de este trabajo. Recordemos que en el capítulo I se han analizado estos puntos en relación con los principios, objetivos y recomendaciones de los organismos internacionales. Y que, en el capítulo II, se han analizado respecto a la posición de la doctrina española, pronunciamientos de los tribunales y respecto al texto de la Ley Concursal en vigor. Procede ahora analizarlos en relación a la propuesta.

a. La Ley no define su objetivo inequívocamente, dando lugar a controversias, por parte de los expertos, acerca de si el objetivo es en todo caso la máxima satisfacción de los acreedores o si prioritariamente se busca la continuidad empresarial. Como hemos señalado anteriormente, para la propuesta el objetivo único de la Ley Concursal es maximizar el interés de los acreedores promoviendo la continuidad de las empresas económicamente viables y la liquidación temprana de las no viables.

b. No clarifica adecuadamente tampoco el presupuesto objetivo y no proporciona criterios adecuados para determinar cuándo se está ante una insolvencia inminente, en términos de indicadores y de plazo temporal adecuado para su previsión. Como hemos indicado proponemos un intervalo temporal recomendado de máximo doce meses antes de la insolvencia efectiva para comunicar el inicio de negociaciones para acuerdos homologados y de máximo dos meses para solicitud de concurso voluntario.

c. El presupuesto objetivo se refiere a la insolvencia como sobreseimiento generalizado de pagos, poniendo en manos de los tribunales su interpretación que para la mayoría tiene que ver con la iliquidez dejando fuera el desbalance, o patrimonio negativo que sin embargo, conducirá, inexorablemente, a la insolvencia si no se modifica el rumbo de la sociedad. En la propuesta que formulamos el presupuesto objetivo es el sobreseimiento generalizado de pagos, esto es, iliquidez pero también el desequilibrio patrimonial o desbalance<sup>248</sup>.

d. La Ley no consigue incentivar la solicitud del concurso voluntario de forma tempestiva lo que provoca que cuando el deudor llega al concurso tiene una situación económico-financiera tan deteriorada que prácticamente sólo le queda la liquidación. A nuestro juicio, una conducta diligente por parte de los administradores sociales exige presentar una solicitud de concurso tempestiva. Si no la presentan oportunamente debería penalizarse esa conducta no diligente en sede de calificación cuando la empresa

---

<sup>248</sup> Algunos tribunales consideran la existencia de iliquidez también en aquéllos casos en los que se pueden atender las obligaciones vencidas pero para hacerlo es necesario disponer de activos de forma apresurada e incluso a valor inferior al mercado.

sea liquidada, lo que creemos supone un importante incentivo legal para un proceder de la sociedad adecuado al interés general.

e. La llegada también intempestiva a la liquidación origina que la pérdida de valor de los activos sea tan acusada que prácticamente no alcance para algún tipo de satisfacción a los terceros relacionados. Dada la clasificación inicial de empresas viables económicamente y no viables que proponemos cuando el deudor no cuente con un proyecto de empresa rentable debería solicitar cuanto antes la liquidación para no comprometer la responsabilidad de los administradores societarios.

f. No realizar una clasificación al inicio del procedimiento entre empresas viables económicamente y no viables alarga el procedimiento de estas últimas hasta su disolución, ya que, si así lo desea, el deudor puede pasar antes por la misma fase de votación de convenio en Junta de acreedores que las primeras. Como se ha venido manteniendo, en nuestra propuesta, sólo puede someterse a votación un convenio apoyado en un plan de viabilidad evaluado favorablemente por la administración concursal.

g. El procedimiento concursal es tan largo que no proporcionando soluciones satisfactorias a las partes consume, sin embargo, cantidades ingentes de recursos. La liquidación inmediata que proponemos para las empresas que no presenten un proyecto, cuando menos rentable, agilizaría extraordinariamente el procedimiento sin comprometer las ganancias que la Ley reconoce a terceros.

h. La Ley no consigue lo que pretende en cuanto a salvar empresas viables. Son muy escasos los concursos que finalizan en convenio y cuando esto sucede una parte excesiva terminan en incumplimiento. Consideramos que es consecuencia de no exigir, previamente, la presentación de un plan de viabilidad riguroso.

i. La entrada en concurso supone un estigma muy negativo para la empresa y para el empresario lo que ocasiona elevados costes en términos de pérdida de imagen y costes de oportunidad. Además de la labor pedagógica que al respecto otorgamos al legislador si el proceso consigue la continuidad de un número importante de empresas viables creemos que el estigma negativo se verá sustancialmente reducido.

j. En demasiadas ocasiones el plan de viabilidad que se presenta con la propuesta de convenio, cuando legalmente procede, y en los acuerdos de refinanciación, no aporta valor alguno como garante, con probabilidad suficiente, de la viabilidad de la empresa a medio plazo. Los requisitos legales del mismo se cumplen únicamente desde la perspectiva formal, pero no sustantiva o de contenido. En este sentido, la valoración del experto independiente solicitada para los acuerdos de refinanciación, después de la reforma legislativa sólo a instancia de parte, o de la administración concursal, en sede de concurso, cuando procede, mantienen los mismos defectos. En nuestra propuesta se establece como requisito necesario la evaluación externa e independiente de los planes de viabilidad soporte de los acuerdos de refinanciación que soliciten su homologación y de los planes de viabilidad que apoyan los convenios presentados. Evaluación que, consideramos, debe ser preceptiva y vinculante.

k. La Ley no promueve adecuadamente la aportación de préstamos a la sociedad en crisis realizados por el empresario o por personas vinculadas lo que perjudica extraordinariamente la financiación de la sociedad. No se hace una propuesta concreta

en esta cuestión pero consideramos que estos préstamos ayudan a satisfacer los intereses de los acreedores<sup>249</sup>. Por tanto, cuanto menos restrictiva sea la Ley en este aspecto, mejores serán los resultados. Siempre, lógicamente, controlando situaciones fraudulentas.

l. La Ley no incentiva suficientemente la entrada de inversores privados para la compra de créditos concursales lo que va en detrimento de los intereses de los acreedores y del interés general ya que éstos pedirán mayor remuneración y mayores garantías por los préstamos que otorguen. Nos valdrían las mismas consideraciones que las del punto anterior<sup>250</sup>.

m. El amparo que supone el art. 5 bis de la Ley de Reforma 38/2011 al establecer, la comunicación al inicio de negociación para los acuerdos de refinanciación deberían extenderse al supuesto de insolvencia inminente con absoluta claridad ya que, al respecto, todavía existen algunas controversias en la doctrina. Es más, y de acuerdo con nuestra opinión sólo cabría el amparo de este artículo para supuestos de insolvencia inminente puesto que si la insolvencia ya es efectiva debiera solicitarse el concurso<sup>251</sup>.

n. La Ley Concursal no promueve suficientemente una administración de empresas diligente de acuerdo al estándar de “un ordenado empresario” tal y como viene reflejado en la Ley de Sociedades de Capital en vigor. Entre otras razones, porque permite que el deudor presente solicitud de concurso voluntario sin liquidación aún cuando no presente plan de viabilidad, o porque le permite comunicar inicio de negociaciones para obtener acuerdos de refinanciación cuando ya la insolvencia se ha manifestado.

La alternativa que proponemos exige que el deudor cuando solicita concurso voluntario acompañe a la solicitud propuesta de convenio junto con plan de viabilidad que la apoye cuando pretenda una solución conservativa. En caso contrario, junto con la solicitud debiera incluir la propuesta de liquidación.

Un pilar fundamental de la opción aquí desarrollada es la necesidad de que el sistema realice al inicio una clasificación de la empresa en términos de viabilidad económica o de inviabilidad.

En referencia a este tema Herbosa<sup>252</sup> considera, “nuestro ordenamiento sólo prevé la posibilidad de que el juez se pronuncie sobre la viabilidad del convenio en una etapa temprana del procedimiento para los casos en que se presenta propuesta anticipada de convenio, lo cual debería hacerse extensivo, incluso de una forma mejorada a todos los convenios. Una decisión temprana para decidir sobre la viabilidad, en cualquiera de estas variantes, permitirá identificar de manera temprana en el concurso a las empresas que no tienen posibilidades reales de alcanzar un convenio. Pero, indirectamente, también favorecería que las empresas viables acudieran antes al concurso para buscar

---

<sup>249</sup> A salvo del contenido de la Disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 4/2014, pero cuya medida es excepcional por las circunstancias y temporal por su vigencia.

<sup>250</sup> Sí lo hace el Real Decreto-ley 4/2014 sin embargo en relación a la capitalización de las deudas de los acreedores, es decir, a su entrada en el capital social, pero ésta es otra cuestión.

<sup>251</sup> Reiteramos la necesidad de que este supuesto de insolvencia inminente se contemple también en los acuerdos extrajudiciales de pagos de la Ley 14/2013.

<sup>252</sup> HERBOSA, I.; GADEA, E. ; GUTIÉRREZ, A. ; LARENA, J. ; MONJE, O. (2012): “Mecanismos de prevención...”, op. cit., p. 91



una solución a sus dificultades financieras, pues de otro modo se arriesgarían a no pasar el “test de viabilidad” al tiempo de iniciarse el concurso”.

Algunos profesionales podrían pensar que la consideración anterior supondría un potencial obstáculo para que las empresas que son viables lleguen a formalizar un convenio. Pero a éstos responde Herbosa junto con los coautores de la investigación mediante dos aportaciones: en primer lugar, porque la decisión sobre la viabilidad de la empresa corresponde a la autoridad judicial, que en caso de duda puede optar por un criterio conservador a favor de la viabilidad. En la propuesta que hacemos este papel corresponde al administrador concursal, en sede de concurso, o al experto independiente, en sede de acuerdos de refinanciación. Y en segundo lugar, porque consideran que aún cuando falta evidencia empírica suficiente, los expertos en crisis empresariales tienen conocimiento y experiencia suficiente para identificar aquellas empresas que no tienen posibilidades de reestructuración, por tanto, no son viables al menos financieramente, y debieran quedar excluidas de la posibilidad de convenio en fase temprana del concurso.

Como se verá, en este trabajo la idea es que sea al inicio del procedimiento cuando al administrador concursal le corresponda evaluar y emitir un informe vinculante sobre si el contenido del convenio presentado por el deudor, junto con la declaración de concurso, apoyado, en cualquier caso, por un plan de viabilidad, tiene base razonable para prever la continuidad de la actividad a medio plazo.

Lógicamente, este informe actuaría como filtro para la clasificación temprana entre empresas viables económicamente, merecedoras de intentar alcanzar la viabilidad financiera a través de convenio, y entre empresas inviables económicamente destinadas, inevitablemente, su liquidación lo antes posible.

Al hilo de esta argumentación en el trabajo de investigación de Herbosa<sup>253</sup> se cuestionan si “cabe plantearse si la decisión sobre la viabilidad debe dejarse en manos de los tribunales y de los órganos auxiliares del concurso, confiando en su experiencia y conocimiento, para alcanzar decisiones razonables sobre este punto, aunque existe el riesgo de que algunos sean inconsistentes o inexactos. O si, tomando como base patrones que se repiten en la práctica diaria de los concursos, elaborar criterios objetivos y precisos que permitan, mediante su aplicación al caso concreto, decidir de manera casi automática sobre la viabilidad”.

Como respuestas a estas consideraciones la propuesta que hacemos se apoya en:

-La necesidad de que los expertos independientes, en sede de acuerdos de refinanciación, y el administrador concursal, en sede de concurso, tengan conocimientos suficientes para valorar la razonabilidad del contenido y conclusiones del plan de viabilidad presentado por el deudor.

-La posibilidad de inclusión en el articulado de la Ley o quizás de forma más adecuada, en un reglamento de desarrollo de los principales indicadores, como *numerus apertus*, que demuestren el acontecer del supuesto de hecho del presupuesto objetivo de la Ley.

---

<sup>253</sup> HERBOSA, I.; GADEA, E. ; GUTIÉRREZ, A. ; LARENA, J. ; MONJE, O. (2012), op. cit., p. 92

-La información y contenido mínimos que debe incluir todo plan de viabilidad para que posibilite su evaluación eficaz y eficiente, así como,

-El apoyo además de en los ratios, en el diagnóstico correcto de la empresa, en la estrategia definida y cualquier otra información disponible, así como en distintos modelos empíricos predictivos de la posibilidad real de reorganización concursal (según tamaño, sector de actividad) que junto con los primeros completarán la valoración independiente.

En la parte final de este trabajo de investigación se desarrollará una metodología que pueda servir de apoyo al trabajo del administrador concursal, en sede de concurso o del experto independiente, en sede de acuerdos de refinanciación, y la propuesta contendrá una combinación de las dos opciones de Herbosa; es decir, aportará criterios objetivos mediante indicadores o *items* que servirán de justificación para la opinión profesional y experta de los auxiliares del concurso, por tanto, criterios objetivos y también aportará criterios subjetivos.

Para que el experto independiente, en sede de acuerdos de refinanciación, o el administrador concursal, en sede de concurso, pueda realizar su valoración necesitará evaluar el plan de viabilidad aportado. Si a su juicio, el planteamiento empresarial no es razonable o coherente o está insuficientemente argumentado o soportado, debería dar traslado a la empresa para que en un plazo no superior a quince días lo modifique en los términos sugeridos por el administrador concursal o por el experto, y si esto no se produce, la clasificación de la empresa sería como inviable y procedería que el acuerdo de refinanciación no pasara a votación o que, si se está en procedimiento concursal, se pasara a liquidación.

La propuesta se separa en este punto de la actual Ley Concursal cuya última valoración, al menos indirectamente, sobre la viabilidad económica de una empresa corresponde al juez y en este sentido el informe de la administración concursal sobre el plan de viabilidad, cuando se establece como necesario, no es vinculante aunque sí preceptivo. Entendemos que si el profesional externo, en sede de acuerdo de refinanciación, o la administración concursal, en sede de concurso, son los agentes que mayor conocimiento tienen y por tanto mayor responsabilidad puede serles exigible en materia de viabilidad de empresas, su opinión además de preceptiva debe ser vinculante como reiteradamente expresamos.

También nos separamos de la recomendación 139 de la guía de Naciones Unidas que al respecto considera, “el régimen de insolvencia debería indicar que cabrá proponer un plan a la apertura o al declararse abierto el procedimiento de insolvencia, o dentro de un cierto plazo a partir de la apertura del procedimiento.”

A nuestro juicio, esta segunda alternativa provoca un retraso del procedimiento, tanto para la vía conservativa como para la liquidativa que puede resultar letal para la empresa y para sus acreedores, porque puede comprometer la viabilidad financiera de la empresa o retrasar la liquidación. Rojas y Beltrán<sup>254</sup> también consideran positivo para el éxito del proceso concursal que el empresario que tenga interés en conservar su empresa adjunte a la solicitud del concurso voluntario el plan de viabilidad que considere.

---

<sup>254</sup> ROJAS, J. en ROJAS, J.; BELTRÁN, S. (2010): “El plan de viabilidad: guía práctica para su elaboración y negociación”, p. 166

Y ello porque desde la restricción de derechos de los acreedores que supone, bien un acuerdo de refinanciación, en menor medida, o el concurso de acreedores en sí mismo, en mayor medida, si el empresario decide que su proyecto de empresa es viable debe hacerlo saber a los terceros con un plan solvente, desde el inicio del procedimiento. En caso contrario no está asumiendo una actitud diligente en la gestión de su organización.

Adicionalmente, la propuesta pretende desarrollar un sistema concursal más eficaz, (que maximice la satisfacción de los acreedores y promueva la conservación de las empresas viables y la liquidación tempestiva de las no viables), con las siguientes características:

- Preferentemente está referida a insolvencias inminentes por el desarrollo de la actividad empresarial, aunque cabe también la aplicación en caso de insolvencias efectivas.

- Para las empresas españolas.

- No realiza planteamiento alguno para supuestos transfronterizos.

- Respeta los objetivos, principios y recomendaciones de organismos internacionales como Banco Mundial, Naciones Unidas, Fondo Monetario Internacional, y Comisión Europea.

- El acceso en estadios tan adelantados a la insolvencia es voluntario para el deudor. Éste puede intentar negociaciones privadas al margen de la homologación judicial que suelen producirse en muchos momentos de la vida de la empresa y cuando éstas fallan o si no han sido utilizadas en el momento temporalmente oportuno, se plantea la posibilidad de poner a su alcance esta propuesta de reorganización/ reestructuración/refinanciación temprana cuando aún no se han producido los impagos<sup>255</sup>. Actuar tempestivamente además de incrementar las posibilidades de conservación de la empresa viable disminuirá considerablemente la posibilidad de extensión de la responsabilidad de los administradores en caso de existencia de déficit concursal porque, al menos, en este aspecto se entenderá que su conducta ha sido diligente.

- Dada la merma de derechos de los acreedores que supone todo proceso concursal, la solicitud del deudor debería ser valorada a la luz de elementos objetivos que la Ley, o un reglamento que la desarrolle, debieran enumerar a modo de orientación mediante una relación abierta, para llevar al juez a la convicción razonable de que la empresa se encuentra en el presupuesto objetivo legal.

- Desde nuestra perspectiva, las mejoras que puede proporcionar la propuesta no implican paralelamente algún empeoramiento en los niveles de eficacia y/o eficiencia que la Ley obtiene en la actualidad.

---

<sup>255</sup> El informe “procedimiento *BEST*” (2003), p. 32, manifiesta que “una actuación a tiempo puede aumentar considerablemente las oportunidades de salvar una empresa con dificultades financieras. Por tanto, si un empresario tiene motivos razonables para pensar que no será capaz de seguir pagando sus deudas, la ley podría animarlo a iniciar un procedimiento de insolvencia. A los deudores se les podría ofrecer así una serie de ventajas (menos perjuicios, más facilidad para llegar a un acuerdo...), lo que sería una forma de incentivar la actuación a tiempo”.

-En cuanto a la legitimación activa no nos parece que el acreedor deba tener la posibilidad de solicitar concurso desde aquí, ya que nos encontramos antes o justo en el momento de producirse los impagos. Como ya hemos señalado el trabajo se centra en la solicitud voluntaria y en la actuación tempestiva y diligente del deudor.

Abundando, el acreedor además no dispone de información suficiente de la empresa como el propio deudor y puede suponer una injerencia intolerable en la libre gestión de empresas.

Por otra parte, cabe que los administradores societarios cuenten con planes alternativos a los acuerdos de refinanciación o al propio concurso por insolvencia inminente como puede ser la ampliación de capital o la venta de la organización. En este sentido, lógicamente, cuando todas éstas y otras medidas a su alcance fallan y la insolvencia se acerca irremediamente, el deudor tiene la posibilidad de acudir desde un año antes a la fecha en que prevea que ésta se hará firme al amparo de la Ley Concursal. Comenzando por comunicar el inicio de negociaciones desde los doce meses de antelación o presentando solicitud de concurso voluntario desde los dos meses previos a la fecha estimada de la insolvencia efectiva.

Reiteramos que esta propuesta promueve el deber de diligencia del administrador social recogido, con más intensidad, en la Ley de Sociedades de Capital y con más laxitud (manifestamos nuestro desacuerdo al respecto), en la Ley Concursal. La Ley pone este instrumento solutorio de crisis empresariales severas al alcance del empresario, pero éste debe actuar tempestivamente<sup>256</sup>.

Como decíamos, si finalmente se frustra el proyecto empresarial y acontece un déficit de activos para dar cumplimiento completo a las deudas contraídas, la responsabilidad de los administradores quedará a salvo del devenir solutivo del concurso. Habría que entender entonces que las deudas sociales incumplidas forman parte del riesgo inherente a la actividad mercantil al que se someten todas las partes que en ellas intervienen, incluidos los acreedores. En caso contrario, se agrava la extensión de la responsabilidad del administrador social.

Comparten este planteamiento varios autores, citamos a modo de ejemplo a Palao<sup>257</sup>, quien en las conclusiones de su trabajo de investigación a punta en la misma dirección.

---

<sup>256</sup> ALONSO, A. (2012): “El concurso de acreedores adaptado a la reforma de la ley 38/2011”, p. 565. La autora coincide con las conclusiones de Marín de Bárcena...en su análisis de los modelos europeos. Destacan como tendencia que la reforma alemana de 2008 y la modificación de la *Insolvency Act* inglesa de 1986, en el sentido de que pretenden delimitar un nuevo y concreto ámbito de responsabilidad, particularmente de los administradores durante el período en el que la insolvencia es ya previsible. Para la autora éste es un “ período en el que el deber de diligencia de los administradores debería, por mandato legal, contemplar también la protección de los acreedores ante la previsible situación de insolvencia, imputándose a los administradores que incumplan dicho deber perjudicando a la masa pasiva, siendo este el sentido de la S. 214 de la *Insolvency Act* o del antiguo art. 1652 de la ley francesa de 2005 que responsabilizan por dar continuidad a una actividad deficitaria cuando ello es irrazonable en términos de gestión diligente. No se trata de que haya responsabilidad si no se insta la disolución en caso de desbalance o el concurso en caso de diligencia (supuesto del art. 367 LSC), sino también de responsabilidad si se ha actuado en perjuicio de los acreedores cuando la insolvencia era previsible aún cuando la disolución o el concurso se terminen instando en plazo”.

<sup>257</sup> PALAO, J. M. (2010) “La insolvencia...” y en su obra (2013): “ la insolvencia inminente...”, p. 281. El autor indica, “en lo concerniente a la administración social y su responsabilidad, sería necesario establecer una defensa frente a la exigencia de esta última, cuando el administrador inicie procedimientos

No podemos, sin embargo, estar de acuerdo con Rubio<sup>258</sup> para quien “siguiendo cualquiera de las tesis existentes respecto del contenido de la presunción contemplada en el art. 165 LC, ésta, como cualquier otra presunción legal, puede ser impugnada mediante la negación del enlace o nexo lógico que existe entre el hecho indicio y el hecho presunto. Tal nexo lógico no es otro que el juicio de probabilidad realizado por el legislador de que el incumplimiento del deber de solicitar el concurso en el plazo supone que los administradores omitieron la diligencia debida en dichos casos, esto es, un comportamiento a priori contrario al patrón de conducta exigible.

Por lo tanto, la prueba a este respecto para lograr la exención de la responsabilidad consistirá en alegar que en el caso concreto el administrador, no obstante no haber solicitado el concurso en plazo, sí que actuó con la diligencia debida atendiendo a las circunstancias del caso. Ello obliga a examinar qué es lo que en esa situación hubiera hecho un ordenado empresario... como punto de partida, hemos de tener en cuenta que, el juicio sobre la actuación de los administradores no debe fundamentarse únicamente en módulos objetivos como la ley imperativa o cláusulas estatutarias o reglamentarias que pretendan una definición apriorística del contenido de sus deberes. Tampoco puede basarse sólo en aspectos subjetivos relativos a cada administrador como son sus conocimientos o preparación para ocupar el cargo. Una correcta valoración de los comportamientos destinada a discernir entre comportamientos negligentes y diligentes deriva de la combinación de elementos objetivos y subjetivos concurrente en cada caso.

De este modo y atendiendo a dichos factores objetivos y subjetivos podría demostrarse que la diligencia que resulta exigible a un ordenado empresario en un caso concreto precisamente conllevaba no solicitar el concurso, sino por ejemplo: negociar una reestructuración de su deuda que le permita superar su estado de insolvencia actual, esperar para tomar la decisión de solicitar el concurso al posible cierre de la operación comercial o de financiación que le permita superar la crisis”.

Contrariamente a Rubio, a nuestro parecer, incumplimientos de leyes imperativas, cláusulas estatutarias, reglamentarias, etc, son indicios potentes de una actuación que difiere de la de un ordenado empresario, pero además existen otros indicios que en unión a los anteriores proporcionan una visión conjunta de la conducta desplegada.

En el caso que plantea Rubio, esperar al resultado infructuoso de acuerdos, contratos, etc, para solicitar el concurso fuera de plazo no parece una actitud diligente.

Estas alternativas u otras que habrían podido existir debiera haberlas intentado antes de la llegada de ese plazo. La insolvencia, salvo causas fortuitas de frecuencia menor, no sobreviene de la noche a la mañana, sino que en la mayor parte de las ocasiones viene precedida por una sintomatología detectable a través de las alertas tempranas que un administrador diligente tiene que tener incluidas en el sistema de información que ha de tener implementado para administrar la empresa con rigurosidad.

Hemos extractado literalmente toda la propuesta de Rubio porque la idea que él mantiene aparece de forma reincidente en parte importante de la doctrina.

---

concursales a través del presupuesto preventivo (...). Por otro lado, un sistema penal de insolvencias dolosas adecuado, es una medida disuasoria, necesaria y efectiva”.

<sup>258</sup> RUBIO, J.(2010): “El deber legal de solicitud de concurso y el patrón de conducta de los administradores de la sociedad insolvente”, p. 120

Lo que, como acabamos de indicar, nos parece que perjudica la eficacia del concurso.

En efecto, probar de manera fehaciente, fuera de toda duda, que un incumplimiento por parte del administrador societario del deber de solicitar concurso voluntario en el plazo habilitado ha perjudicado directamente los intereses de los acreedores puede requerir un esfuerzo al margen de toda posibilidad o fuera de las posibilidades reales.

Ahora bien, unánimemente se considera que retrasar el concurso provoca el agravamiento de la crisis del deudor, lo que definitivamente afecta al interés de los acreedores.

Sostenemos que un incumplimiento legal es, en todo caso, alejarse de una actuación diligente y por ello debe, a nuestro juicio, constituir una presunción de perjuicio a terceros ya de por sí suficientemente perjudicados en escenarios de insolvencias.

Desde otra perspectiva, la propuesta que hacemos recoge la recomendación de parte de la doctrina por la que una normativa concursal óptima debe permitir que los acreedores puedan solicitar la liquidación de la empresa cuando el deudor no pueda convencerles de la viabilidad de su proyecto empresarial<sup>259</sup>.

La propuesta exige un cumplimiento de forma pero sobre todo de fondo de los requisitos que incorpora.

Debe analizarse exhaustivamente la información económico-financiera, de mercado, y cualquier otra aportada a la luz de datos de la empresa, del sector y utilizando, en su caso, el apoyo de los modelos de predicción de crisis empresarial existentes a la fecha aplicables al supuesto.

Asimismo, debe integrar la información económico-financiera que debe presentarse inexcusablemente. Además, desde la amplia casuística que afecta a las empresas a lo largo de su vida, los indicadores introducidos en la Ley no deben ser *numerus clausus* por lo que se permite presentar otros que lleven a la misma conclusión de estado de insolvencia inminente.

La propuesta se presenta como una solución a la crisis empresarial que puede, si lo estima oportuno, utilizar el deudor en todo su recorrido o en parte, desde los doce meses anteriores. No se configura como una herramienta más de gestión sino como la última opción para finalizar una crisis empresarial, de forma conservativa o liquidativa según corresponda con su viabilidad o no económica.

Dada la restricción de los derechos de los acreedores que lleva aparejada, su utilización supone también la asunción de algunos peajes que el deudor debe pagar en el proceso: 1) demostrar documentalmente, con probabilidad de cumplimiento razonable, la viabilidad económica del proyecto de empresa a medio plazo. Hacer, en base a ella una propuesta de viabilidad financiera, lo que entendemos como propuesta de convenio. El

---

<sup>259</sup> En este sentido, BERKOVITCH, E.; ISRAEL, R. (1999): "Optimal bankruptcy laws across different economic systems" en LÓPEZ, C. (2005): "Insolvencia financiera...", op. cit., . Y también parte del contenido del principio 6 y del principio 21 del BANCO MUNDIAL que recomiendan la liquidación de las empresas cuando ésta produce más satisfacción a los acreedores aunque aquéllas sean económicamente viables.

proyecto de empresa debe ser realizable, creíble y vendible. 2) Debe asumir la supervisión externa durante todo el período de implementación del plan. 3) En caso de que el nuevo proyecto de empresa no logre la convicción del experto independiente, en sede de acuerdos de refinanciación, o de la administración concursal<sup>260</sup> en sede de concurso, respecto a la factibilidad del plan o, adicionalmente, no obtenga el respaldo de la mayoría de los acreedores establecidas normativamente, debe someterse a concurso, si estaba en sede de acuerdos de refinanciación, o a liquidación, si se encontraba en concurso. Y esto, incluso aún cuando no hubiera incurrido en sobreseimiento generalizado de pagos, dada la anticipación a la insolvencia efectiva que propugna la propuesta.

Obviamente, siempre es posible antes de la liquidación que los socios existentes o socios nuevos aporten más capital a la empresa y que, por tanto, la empresa continúe su actividad al margen del marco jurídico que abocaba a la empresa a su desaparición.

Avanzamos un paso más en nuestra exposición para proponer que, una vez fracasadas las negociaciones de refinanciación comunicadas judicialmente, la empresa pasará, sin necesidad de solicitud, a concurso.

El administrador concursal a la vista del plan de viabilidad presentado por el deudor, (éste probablemente recogerá modificaciones respecto al presentado al experto independiente o a los acreedores en sede de refinanciación ya que si el deudor ha pasado por esta fase el resultado en esa sede no habrá sido positivo), efectuará la valoración que considere y clasificará a la empresa en viable económicamente o no viable para derivarla en el primer caso a la vía conservativa e intentar que la Junta de acreedores apruebe el convenio que corresponde si lo considera oportuno, y en el segundo caso para derivarla a la vía liquidativa.

Si el plan de viabilidad del deudor ha sido aprobado por el experto independiente pero no ha obtenido la mayoría suficiente de apoyo de los acreedores convocados y, por tanto, no se ha logrado un acuerdo de refinanciación, cuando la empresa pase a concurso, en virtud de nuestra idea, será suficiente una revisión simple del documento por parte del administrador concursal para que junto con la propuesta de convenio se someta a votación de la Junta de acreedores.

Respecto a la clasificación temprana de las empresas que solicitamos en esta investigación, Naciones Unidas también contempla su posibilidad<sup>261</sup>.

---

<sup>260</sup> Cabe acotar un plazo de quince días para que el deudor tenga la facultad de modificar el plan de viabilidad inicialmente propuesto recogiendo las recomendaciones del experto independiente, en sede de acuerdos de refinanciación, o de la administración concursal, en sede de concurso.

<sup>261</sup>ONU, NACIONES UNIDAS, (2006): “Guía legislativa...”, párrafo 25, “las dificultades para determinar desde el principio si la empresa debe ser objeto de liquidación y no de reorganización, han hecho que algunos Estados revisaran su régimen legal de insolvencia y sustituyeran los procedimientos diferenciados por un procedimiento “unitario”. En virtud de este enfoque “unitario” se prevé un período inicial (generalmente denominado “período de observación” que en los ejemplos existentes puede llegar hasta tres meses) durante el cual no se hace ninguna presunción sobre si la empresa será reorganizada o liquidada. La elección entre los procedimientos de reorganización o de liquidación no se hace hasta después de evaluarse la situación financiera del deudor y de determinarse si es posible o no proceder a su reorganización. La ventaja fundamental de este enfoque radica en su simplicidad procesal, su flexibilidad y su posible economía de costos. Por otra parte, un inconveniente de este procedimiento radica en el tiempo que a veces transcurre entre la decisión de la apertura del procedimiento y la decisión sobre el tipo de procedimiento que se va a seguir (...)”

Como venimos exponiendo reiteradamente, la propuesta incentiva al deudor o a su administrador para que desplieguen una gestión diligente. Esto es, que diseñen y establezcan los sistemas de información que necesite la empresa para estar permanentemente informados de la situación real y de las amenazas previstas. Este tipo de gestión proporciona empresas más rentables y competitivas, lo que resulta de alto interés para todas las partes. A este respecto, el informe “procedimiento Best”<sup>262</sup> de la Comisión Europea mantiene “son muchos los empresarios europeos que no pueden dar crédito al hecho de que su empresa esté en apuros y que se quedan esperando una solución tranquilamente o que no cejan en su convencimiento de haber descubierto una buena posición en el mercado. Esta ilusión suele retardar la toma de decisiones fundamentales y la incoación de procedimientos de insolvencia, lo que a menudo empeora la situación financiera de la empresa y convierte la liquidación en la única opción posible. Una de las claves básicas para el éxito del rescate es el reconocimiento rápido de las dificultades financieras. Aunque algunos empresarios reconocen la realidad de este hecho, muchos de ellos no actúan porque no son conscientes de las opciones existentes. En este aspecto, el acceso al asesoramiento externo es crucial.”

Con la propuesta que realizamos pensamos que el sistema concursal alcanzará cotas superiores de eficacia y de eficiencia. Promoverá una gestión profesionalizada, también en las empresas de menor tamaño, lo que es bueno para todas las partes, para el deudor, para el interés general y para la riqueza nacional y, en última instancia, se percibirá como un instrumento que aporta soluciones en las inevitables crisis empresariales y que el deudor tiene a su disposición. De esta manera se beneficiará de las ventajas que conlleva, entre otras:

- La vinculación de los acreedores disidentes.
- La paralización de ejecuciones singulares, bien es verdad que poco probables con esta opción que se adelanta suficientemente a la insolvencia efectiva.
- La paralización de la generación de intereses.
- La obligación que se impone a la empresa para que analice rigurosamente su situación y presente un plan viable y factible.
- El compromiso y obligación que la supervisión externa exige durante la implementación del plan.
- Si finalmente se produce la liquidación de la empresa, el valor de realización obtenido ya sea como venta en globo, como unidades de negocio, o individualmente los activos, probablemente será superior al que se obtendría con la Ley Concursal vigente. El deudor podrá satisfacer de mejor manera sus compromisos y la afectación de su patrimonio, por el déficit generado en caso de extensión de su responsabilidad, disminuirá considerablemente.

El peaje que a cambio de esos beneficios tendrá que asumir el deudor, serán, entre otros:

---

<sup>262</sup> Proyecto *BEST* de la Comisión Europea, p. 13



-La propia supervisión externa que puede verse como una injerencia a su gestión societaria.

-Si no se logra la aprobación del plan se produciría la liquidación más ventajosa incluso aún cuando el deudor todavía no hubiera incurrido en sobreseimiento generalizado de pagos.

-Los administradores de la empresa podrían estar interesados en continuar algún mes más y recibir la remuneración salarial correspondiente.

A nuestro juicio este peaje no es excesivamente gravoso para el deudor, en especial el riesgo de liquidación, ya que aunque su proyecto de empresa la mostrara como viable económicamente a medio plazo, esto es, como rentable porque el valor de *outputs* fuera superior a los *inputs* necesarios para obtenerlos, si para poder llevarse a cabo necesita recursos ajenos y no ha sido capaz de convencer a los acreedores u otros potenciales inversores, la empresa presenta una inviabilidad financiera evidente.

Como indicamos, en esta propuesta que hacemos, se adelanta el proceso de liquidación de la concursada, incluso en caso de no estar ante una insolvencia efectiva, aunque en todo caso inminente y por eso en un período extraordinariamente cercano. Esto supone obtener un mayor valor de realización de los activos lo que puede conducir a un escenario en el que a pesar de proponerse un plan de viabilidad reputado externamente como factible y riguroso, los acreedores prefieran para satisfacer sus intereses inmediatos la liquidación societaria lo que supondría la desaparición de una empresa económicamente viable.

Para solventar, en una medida importante, el problema anterior se propone una aprobación de convenio por mayoría simple de los acreedores asistentes a la Junta de acreedores de la clase de acreedores ordinarios. Tengamos en cuenta que los garantizados tienen asegurado su crédito y los subordinados no se verán perjudicados puesto que en un escenario de viabilidad como el que se plantea verán satisfechos sus intereses en mayor medida que con la Ley en vigor. Pensamos que de esta manera, con carácter general, en la mayor parte de las ocasiones, será fácil obtener una mayoría simple de acreedores que prefieran la continuidad de la empresa si ésta se reputa como viable y así mantener las relaciones mercantiles a lo largo del tiempo. En caso contrario la empresa no sería, como venimos manteniendo, viable financieramente.

Consideramos que nuestra proposición supone también alguna carga para los acreedores:

-Pueden tener que participar en negociaciones, a veces con quita y siempre con espera, antes de que se produzca la iliquidez y, en su caso, el sobreseimiento de su crédito.

-El convenio, aunque apoyado en un plan de viabilidad reputado externamente como factible, puede ser aprobado por mayorías de acreedores muy relajadas<sup>263</sup>.

---

<sup>263</sup>ONU, NACIONES UNIDAS, (2006): “Guía legislativa...”, en su recomendación 150, es bastante abierta al establecimiento de mayorías posibles, “Cuando la votación para la aprobación del plan se realice por categorías de acreedores, el régimen de insolvencia debería especificar cuál será el efecto, para la aprobación del plan, del resultado obtenido en la votación de cada categoría. Cabe prever diversos criterios, como el requerir que el plan sea aprobado por una determinada mayoría de categorías o por

Para finalizar, nos parece que la propuesta ayudará a obtener un tejido empresarial más eficiente y más competitivo, y la promoción de la diligencia de los administradores sociales que ésta plantea permitirá que se tomen decisiones en el tráfico diario en base a información económico-financiera retrospectiva pero también prospectiva, así como con apoyo de otras informaciones disponibles y elaboradas acerca de aspectos internos y, sobre todo, de aspectos externos y del entorno de su influencia.

Podría mejorar el acceso a la financiación empresarial porque seguramente ampliaría el mercado de inversores privados en detrimento de la casi exclusiva financiación bancaria para las pymes y hacerlo a menor coste.

Y, adicionalmente, las entidades financieras aprobarían la financiación solicitada dando un peso superior a la viabilidad del proyecto de la empresa que a las garantías patrimoniales del empresario como sucede en la actualidad, donde a efectos prácticos la pretendida limitación de la responsabilidad patrimonial que supone el instrumento societario mercantil no deja de ser una utopía difícil de alcanzar en demasiadas ocasiones.

#### **4-ANÁLISIS DEL CONTENIDO DE LA PROPUESTA EN RELACIÓN A LOS PRINCIPIOS, OBJETIVOS Y RECOMENDACIONES DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES**

Procede en este momento analizar el contenido de la propuesta presentado en el epígrafe anterior a la luz de los documentos emitidos por el Banco Mundial, Naciones Unidas y el documento “*The Project Best*” de la Comisión Europea.

Se analiza también en función de los criterios de eficiencia *ex ante*, intermedia y *ex post* que los sistemas concursales deben contemplar de acuerdo con White<sup>264</sup> y que ya fueron considerados en el primer capítulo.

##### **1. OBJETIVO**

El objetivo de la Ley Concursal es maximizar los intereses de los acreedores, especialmente los no garantizados, promoviendo la continuidad de las empresas económicamente viables y la liquidación temprana de las inviables.

El objetivo así enunciado cumple el principio 6 sobre objetivos y políticas principales, el principio 8 de la liquidación y la reorganización y también el principio 25 para el marco legislativo propicio<sup>265</sup>.

---

todas ellas, pero que al menos una de las categorías de acreedores cuyos derechos sean modificados o se vean afectados por el plan deberá aceptarlo”.

<sup>264</sup> WHITE, (2006) en RUEDA, J.A. (2004): “Diagnóstico...”, op. cit., pp. 214-215

<sup>265</sup> BANCO MUNDIAL (2001): “Sistemas de insolvencia...”,

Principio 6 Objetivos y políticas principales.

Aunque los tratamientos nacionales difieren, los sistemas efectivos de insolvencia deben estar dirigidos a: Integrarse con los más amplios sistemas legales y comerciales del país,

Principios del Banco Mundial relacionados, directa o indirectamente, con el establecimiento conceptual del objetivo de una normativa sobre insolvencia, en los términos de este trabajo.

Asimismo, la propuesta es respetuosa con la guía Uncitral de Naciones Unidas, en concreto con su objetivo 1, sobre la seguridad en el mercado para promover la estabilidad y el crecimiento económico. También con el objetivo 2 para obtener el máximo valor posible de todo sus bienes y con el 3, sobre la ponderación adecuada de las ventajas de la vía de la liquidación y de la vía de la reorganización. Finalmente, es respetuosa con el objetivo 5 para lograr una solución óptima y eficiente a la situación de insolvencia<sup>266</sup>.

---

maximizar el valor del activo de la empresa proporcionando la opción de la reorganización, prever tanto la liquidación efectiva de empresas no viables, y de aquellas cuya liquidación pueda producir un mayor beneficio para los acreedores, establecer un delicado equilibrio entre liquidación y reorganización, proveer el trato igualitario de los acreedores situados de manera similar, incluidos los acreedores locales y extranjeros en tal situación, proveer a la resolución oportuna, eficiente e imparcial de las insolvencias, evitar el desmembramiento prematuro del activo del deudor por los acreedores individuales que persiguen sentencias rápidas, proveer un procedimiento transparente que contemple incentivos para la reunión y proporcionamiento de información, reconocer los derechos existentes de los acreedores y respetar la prioridad de las pretensiones mediante un proceso predecible y establecido, establecer un marco para las insolvencias transnacionales, con reconocimiento de los procedimientos extranjeros.

#### Principio 8 Liquidación y reorganización

Una legislación de insolvencia debe proveer tanto la liquidación eficiente de empresas inviables y de aquellas en las que la liquidación probablemente produzca un mayor retorno a los acreedores, como a la reorganización de las empresas viables. Cuando las circunstancias lo justifiquen, el sistema debe prever la fácil conversión de los procedimientos de un proceso al otro.

#### Principio 25 Marco legislativo propicio

Los acuerdos y reestructuraciones empresariales deben apoyarse en un entorno propicio que aliente a los participantes a comprometerse en acuerdos consensuados diseñados para restablecer la viabilidad financiera de la empresa. Un entorno propicio incluye la legislación, los procedimientos que exijan la exposición o aseguren el acceso a información financiera oportuna, confiable, y precisa sobre la empresa en dificultades; promueve el otorgamiento de crédito, la inversión o la recapitalización de las empresas en dificultades financieramente viables; permite una amplia gama de formas de reestructuración, tales como quitas, esperas, reestructuraciones y capitalización de la deuda; y proporciona un tratamiento impositivo favorable o neutral para las reestructuraciones.

#### <sup>266</sup> Objetivo 1 Dar seguridad en el mercado para promover la estabilidad y el crecimiento económico

Los regímenes de la insolvencia y las instituciones que los administran son elementos de importancia clave para que los Estados puedan beneficiarse de la integración de sus sistemas financieros nacionales en el sistema financiero internacional sin sufrir los inconvenientes que ocasiona. Esos regímenes y esas instituciones deben promover la reestructuración de las empresas viables y el cierre y la transmisión eficiente de los bienes de negocios en quiebra, facilitar el suministro de fondos para poner en marcha y reorganizar las empresas, y permitir la evaluación de los riesgos que entrañen los créditos, tanto a nivel nacional como internacional. Con miras a aumentar la seguridad en el mercado y a promover la estabilidad y el crecimiento económicos, deberían establecerse los objetivos fundamentales de todo régimen de la insolvencia que se exponen a continuación.

#### Objetivo 2 Obtener el máximo valor posible de todos los bienes

En el procedimiento de insolvencia debe darse a los participantes un fuerte incentivo para obtener el máximo valor posible de los bienes, ya que eso serviría para aumentar la cantidad que podrán cobrar los acreedores en general y reducir la carga de la insolvencia. Este objetivo se suele lograr distribuyendo de forma equilibrada los riesgos asignados entre las partes en el procedimiento de insolvencia. Por ejemplo, el modo en que las disposiciones relativas a la acumulación regulan las operaciones anteriores al procedimiento puede asegurar que los acreedores reciban un trato equitativo y que se incremente el valor

En relación a las recomendaciones del proyecto *Best* de la Comisión esta definición de objetivo de una Ley Concursal no contradice en aspecto alguno las recomendaciones del documento.

En referencia a la eficiencia del sistema concursal, derivado del análisis del concepto de objetivo de la Ley Concursal que hacemos concluimos que cumple los tres tipos de eficiencia posibles.

Eficiencia *ex ante*, supone adelantar la solicitud del concurso ante los primeros indicios de dificultades financieras o de insolvencia inminente<sup>267</sup>.

---

de los bienes del deudor, recuperando más valor en beneficio de los acreedores. Al mismo tiempo, el régimen aplicado a esas operaciones puede socavar la previsibilidad de las relaciones contractuales, que reviste una importancia fundamental para las decisiones de inversión, y eso crearía un conflicto entre los distintos objetivos del régimen de insolvencia. Del mismo modo, debe lograrse un equilibrio entre una liquidación rápida y los esfuerzos a largo plazo para reorganizar el negocio que pueden generar un mayor valor para los acreedores, entre la necesidad de nuevas inversiones para preservar o incrementar el valor de los bienes y las consecuencias y el costo de esas nuevas inversiones para las partes directamente interesadas, y entre las distintas funciones asignadas a las diversas partes interesadas, en particular la facultad del representante de la insolvencia para ejercer poderes discrecionales, y el grado de supervisión de esos poderes que pueden ejercer los acreedores a fin de salvaguardar el procedimiento y aumentar al máximo el valor.

Objetivo 3 Ponderar adecuadamente las respectivas ventajas de la vía de liquidación y de la vía de reorganización

El primer objetivo fundamental de obtener el máximo valor de los bienes guarda estrecha relación con el equilibrio que debe establecer el régimen de la insolvencia entre la liquidación y la reorganización. El régimen de la insolvencia debe equilibrar las ventajas que ofrece el cobro a corto plazo de la deuda mediante la liquidación (que con frecuencia es lo que prefieren los acreedores garantizados) con las que entraña el hecho de preservar el valor de la empresa del deudor mediante una reorganización (que es a menudo lo que prefieren los acreedores no garantizados y el propio deudor). El logro de ese equilibrio puede entrañar consecuencias en relación con otras consideraciones de política social, como la promoción del desarrollo de la clase empresarial y la protección del empleo. El régimen de insolvencia debe ofrecer, como variante de la liquidación, la posibilidad de reorganización de la empresa del deudor. En la reorganización, los acreedores no recibirán contra su voluntad menos que en una liquidación y el valor de la sociedad para el deudor y para los acreedores aumentaría al máximo al permitirle que continuase con sus actividades. Esto se desprende de la teoría económica fundamental según la cual se puede obtener un mayor valor manteniendo unidos los componentes esenciales de una empresa, y no disgregándolos y disponiendo de ellos por fragmentos. A fin de evitar que los acreedores o el deudor abusen del procedimiento de insolvencia y de garantizar la mejor solución para las dificultades financieras del deudor, el régimen de la insolvencia debería prever asimismo que, cuando las circunstancias fueran apropiadas, se pudiera pasar de un procedimiento a otro.

Objetivo 5 Lograr una solución oportuna, eficiente e imparcial de la situación de insolvencia

Las situaciones de insolvencia deben abordarse y resolverse de forma ordenada, rápida y eficiente con miras a evitar una perturbación indebida de las actividades empresariales del deudor y para reducir al mínimo el costo del procedimiento. Con una administración óptima y eficiente se contribuirá a la realización del objetivo de obtener el máximo valor de los bienes, mientras que la imparcialidad apoyará el cumplimiento del objetivo de lograr un trato equitativo. Debe estudiarse todo el proceso detenidamente a fin de lograr la máxima eficiencia sin sacrificar la flexibilidad. Al mismo tiempo, habrá que procurar liquidar a las empresas inviables e ineficientes y salvar las eficientes y potencialmente viables.

La solución rápida y ordenada de las dificultades financieras de un deudor puede verse facilitada por un régimen de la insolvencia que prevea un rápido acceso al procedimiento de insolvencia aplicando criterios claros y objetivos, así como medios adecuados para identificar, reunir, conservar y recuperar bienes que deban utilizarse para el pago de las deudas y obligaciones del deudor; que facilite la participación del deudor y de sus acreedores con un mínimo de retrasos y de gastos, que ofrezca una estructura apropiada para la supervisión y administración del procedimiento (incluidos los profesionales y las instituciones participantes); y que proporcione al final una resolución efectiva de las obligaciones y responsabilidades financieras del deudor.

<sup>267</sup> Definición de eficiencia *ex ante* realizada por White (2006) en RUEDA, J. A. (2004): “Diagnóstico...”, op. cit., pp. 214-215

La propuesta cumple eficiencia *ex ante*. Propone tomar medidas de menor a mayor intensidad desde, como mínimo dos meses antes de declararse la insolvencia y se recomienda hacerlo hasta doce meses antes.

Eficiencia intermedia implica minimizar los costes una vez iniciado el concurso<sup>268</sup>.

La definición del objetivo de la ley que proponemos cumple eficiencia intermedia. El sistema que proponemos de clasificación de empresas entre viables económicamente y no viables al inicio del procedimiento con dos vías diferenciadas de seguimiento del concurso y dos soluciones distintas aligera los tiempos y los costes directos.

Eficiencia *ex post*, la Ley será eficiente *ex post* si favorece la continuidad de la empresa sólo cuando su valor en funcionamiento es superior a su valor en liquidación

El objetivo definido cumple eficiencia *ex post*<sup>269</sup>. Permite, apoya y promueve la conservación de las empresas reconocidas como viables en su doble sentido, económico y financiero. En cualquier caso, la definición del objetivo de la Ley Concursal mantiene una relación más estrecha con la eficacia que con la eficiencia.

## 2. ALERTAS TEMPRANAS

Las alertas tempranas forman el sistema de información basado en un conjunto de indicadores (ratios contables, valores absolutos de rúbricas económico-financieras internos y externos, indicadores externos y modelos de predicción de crisis empresariales) que ayudan a una empresa a prever, con una alta probabilidad de acierto, la entrada a medio plazo en insolvencia (iliquidez y/o desbalance), de mantenerse la tendencia iniciada.

La implantación interna de un sistema de información de este tipo en las organizaciones debe ser promovida<sup>270</sup> por el ordenamiento jurídico en un país como España donde más del 90% de las empresas tienen un tamaño pequeño y desarrollan una escasa administración profesionalizada. De esta forma, se conseguirían de manera indirecta (puede pensarse que ésta no es la función del ordenamiento) empresas más competitivas, se facilitaría su financiación en cuanto al coste y las garantías solicitadas y, de manera indirecta, un menor incumplimiento de las obligaciones contraídas, por tanto, mayor y mejor satisfacción de las legítimas expectativas de los acreedores. Lo que, se estará de acuerdo, forma parte de las funciones del ordenamiento.

Estos sistemas de información pueden ser utilizados con eficacia, también durante el intervalo temporal que establecemos en la propuesta de este trabajo, para comunicar el inicio de negociaciones encaminadas a lograr un acuerdo de refinanciación (máximo doce meses antes de la fecha prevista de la insolvencia), o de solicitud de concurso voluntario por insolvencia inminente, (máximo dos meses antes).

La propuesta de utilización de un sistema de alertas tempranas cumple el principio 6 del Banco Mundial relacionado con objetivos y políticas principales directamente, y otros

<sup>268</sup> *Idem* para eficiencia intermedia White en RUEDA, J. A. (2004), pp. 214-215

<sup>269</sup> *Idem* para eficiencia *ex post* White en RUEDA, J. A. (2004), pp. 214-215

<sup>270</sup> En la propuesta de esta investigación en el caso de que la empresa vaya a liquidación un indicio en el que se puede apoyar el administrador societario para demostrar que ha actuado con la diligencia debida de un “ordenado empresario” es la utilización por la empresa de un sistema de información de alertas tempranas de crisis.

más de forma indirecta<sup>271</sup> relacionados con la materia. En especial ayuda a maximizar el valor de la empresa en caso de ser reorganizada, previendo la liquidación efectiva de las empresas no viables y de aquéllas cuya liquidación pueda producir un mayor beneficio para los acreedores.

También cumple los objetivos 2 y 3 enunciados por Naciones Unidas sobre la obtención del máximo valor posible de todos los bienes y sobre la ponderación adecuada de las ventajas de la liquidación y de la reorganización<sup>272</sup>.

En referencia al objetivo 2, ayuda a lograr un equilibrio entre la liquidación rápida y los esfuerzos a largo plazo para reorganizar el negocio que pueden generar un mayor valor para los acreedores derivado de que el mantenimiento de un sistema de información de estas características proporciona a los administradores societarios bases sólidas para efectuar diagnósticos adecuados. Y en relación al objetivo 3 pondera adecuadamente las respectivas ventajas de la vía de liquidación y de la vía de reorganización porque un conocimiento exhaustivo y tempestivo de la situación de la empresa proporciona criterios adecuados para la toma de decisiones de futuro.

La propuesta cumple las recomendaciones del documento del proyecto *Best* de la Comisión Europea en materia de alertas tempranas.

También cumple eficiencia *ex ante*<sup>273</sup> porque propone la utilización de un sistema de información que permita solicitar el concurso lo antes posible una vez decidido que éste es necesario.

Respeto asimismo la eficiencia intermedia<sup>274</sup>. Lógicamente, si el deudor conoce su situación económico-financiera, así como la estrategia futura necesaria el procedimiento concursal será más ágil tanto si se prevé la continuidad como si se prevé la liquidación.

La propuesta cumple eficiencia *ex post*<sup>275</sup>, al atajar tempranamente los problemas de la empresa. Si ésta es viable económicamente, por tanto si su valor de continuidad es superior a su valor de liquidación, se propone intentar la vía conservativa.

### 3. PRESUPUESTO OBJETIVO

Se encuentra en situación de insolvencia actual o efectiva, a efectos de esta propuesta, el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles y/o que se encuentra en situación de desequilibrio financiero en el sentido de que el valor realizable de su activo real es inferior a su pasivo.

---

<sup>271</sup> Principio 6 Objetivos y políticas principales. Vid principio ya citado

<sup>272</sup> Objetivo 2 Obtener el máximo valor posible de todos los bienes. Vid objetivo ya citado

Objetivo 3 Ponderar adecuadamente las respectivas ventajas de la vía de la liquidación y de la vía de la reorganización. Vid objetivo ya citado

<sup>273</sup> En el sentido de White

<sup>274</sup> *idem*

<sup>275</sup> *idem*

Se encuentra en situación de insolvencia inminente, a efectos de esta propuesta, el deudor que entrará, de mantenerse la tendencia, en iliquidez no coyuntural o en desbalance en algún momento dentro, como máximo, de los próximos dos meses para solicitud de concurso voluntario. Si llegados los dos últimos meses antes de que emerja la insolvencia prevista, no se ha producido la negociación de acuerdos de refinanciación o ésta no ha sido fructífera, procedería presentar solicitud de concurso voluntario. Pero estimamos que no procede esta solicitud en meses anteriores a los dos últimos considerados. En períodos anteriores corresponde intentar negociaciones homologables como fórmula con consecuencias menos severas para el deudor y para los acreedores, así como para el interés general por resultar mucho menos costosa en el tratamiento de la preinsolvencia.

Consideramos como presupuesto objetivo de la Ley también el desbalance ya que con alta probabilidad, si no se corrige, se producirá una iliquidez en un futuro nada lejano. Consideramos, además, que esta inclusión es pertinente ya que el Derecho Societario no permite el tráfico de la empresa con patrimonio neto negativo. Por tanto, incursas las mercantiles en ese supuesto, en virtud del Derecho societario, procede la disolución<sup>276</sup>.

A nuestro juicio, aún cuando no se haya producido un sobreseimiento generalizado de pagos y por ese motivo no sea necesario acudir a la Ley Concursal, puede ser muy interesante que en aquellos casos en los que la sociedad, a pesar de su desequilibrio financiero, cuente con un proyecto de empresa rentable, es decir, viable económicamente, no se vea abocada al cierre y pueda intentar una negociación de convenio concursal, en sede de concurso, o de acuerdos de refinanciación homologados, en sede de acuerdos de refinanciación, que le permita la continuidad de la actividad.

La propuesta cumple los principios 6 y 9 del Banco Mundial relacionados con la materia<sup>277</sup>. La propuesta que hacemos considera la utilización de los criterios de iliquidez y desbalance en los mismos términos que propone el Banco Mundial.

Se cumple principio 6, entre otros motivos, porque establece un equilibrio entre reorganización y liquidación. En efecto, al incorporar como presupuesto objetivo también el desbalance, nos parece que estamos otorgando una posibilidad adicional de reorganización para las empresas viables económicamente que en otro caso, podrían estar destinadas a la disolución por el cumplimiento de la Ley de Sociedades de Capital que establece la disolución de las empresas con patrimonio neto negativo. Si el proyecto de empresa es interesante a juicio de los acreedores éstos podrían considerar su continuidad. Y se cumple el principio 9, que propugna la iliquidez como el test preferido para demostrar la insolvencia, pero añade la posibilidad de utilizar el test basado en el desbalance como alternativo secundario.

---

<sup>276</sup> Ley de Sociedades de Capital art.363

<sup>277</sup> Principio 6 Objetivos y políticas principales. Vid principio ya citado

Principio 9 Apertura: aplicabilidad y accesibilidad

- A) El proceso de insolvencia debería aplicarse a todas las empresas o sociedades con excepción de las instituciones financieras y las compañías de seguro...
- B) Los deudores deben tener acceso fácil al sistema de insolvencias tras demostrar los criterios básicos (insolvencia o dificultad financiera)...
- C) El test preferido de la insolvencia debe ser la inhabilidad del deudor para pagar sus deudas a la fecha de vencimiento conocido como test de liquidez. El test basado en el balance puede ser utilizado como alternativo secundario, pero no debe reemplazar al de liquidez.

La propuesta cumple los objetivos 1, 2, 3 y 7 de Naciones Unidas relacionados por los siguientes motivos<sup>278</sup>:

Proporciona seguridad al mercado ya que promueve la reestructuración de las empresas viables y la liquidación de las inviables. Con la incorporación del presupuesto del desbalance en mayor medida, creemos. (Objetivo 1)

La introducción del criterio de desbalance ayuda también a incrementar el valor de los activos del deudor y por tanto a maximizar los intereses de los acreedores porque estos pueden decidir en última instancia la continuidad de una empresa con patrimonio neto negativo pero con proyección futura de rentabilidad. (Objetivo 2)

Pondera las respectivas ventajas de la reorganización y de la liquidación de la empresa en dificultades e incluye una nueva posibilidad de reorganización para las empresas que a pesar de tener un desequilibrio financiero tienen una viabilidad económica suficiente y así lo consideran sus acreedores que deciden apoyarla. (Objetivo 3)

Mediante una definición más precisa de los presupuestos objetivos de la Ley se conseguirá un régimen de insolvencia más previsible y transparente y, por ello, los prestamistas podrán comprender mejor cómo funciona el sistema y evaluar mejor el riesgo en el que incurren con sus préstamos. (Objetivo 7)

La propuesta no contradice en aspecto alguno, las recomendaciones del documento de recomendaciones del proyecto *Best* de la Comisión Europea.

Al mismo tiempo la propuesta cumple eficiencia *ex ante*<sup>279</sup>, máxime porque además considera el desbalance como presupuesto objetivo, aún cuando todavía no se hubiera producido el sobreseimiento generalizado de pagos.

---

<sup>278</sup> Objetivo 1 Dar seguridad en el mercado para promover la estabilidad y el crecimiento económicos. Vid objetivo ya citado

Objetivo 2 Obtener el máximo valor posible de todos los bienes. Vid objetivo ya citado

Objetivo 3 Ponderar adecuadamente las respectivas ventajas de la vía de la liquidación y de la vía de la reorganización. Vid objetivo ya citado

Objetivo 7 Garantizar un régimen de insolvencia transparente y previsible que comprenda incentivos para reunir y facilitar información

El régimen de insolvencia debe ser previsible y transparente, de este modo, los potenciales prestamistas y acreedores podrán comprender de qué forma funciona el procedimiento de insolvencia y podrán evaluar el riesgo que corren como acreedores en caso de insolvencia. Así se promoverá la estabilidad de las relaciones comerciales y se fomentan los préstamos e inversiones con primas de riesgo menores. La transparencia y la previsibilidad también permitirán a los acreedores aclarar las prioridades, prevenir las controversias previendo un marco de referencia para evaluar los derechos y riesgos relativos, y contribuirán a definir los límites de todo poder discrecional. Si el régimen de la insolvencia es de aplicación imprevisible, existe el peligro de que todos los participantes no sólo pierdan su confianza en el procedimiento, sino que además estén menos dispuestos a otorgar crédito y a adoptar otras decisiones de inversión antes de una situación de insolvencia. En la medida de lo posible, el régimen de la insolvencia debe indicar claramente las disposiciones de otras leyes, que puedan afectar a la marcha del procedimiento de insolvencia (por ejemplo, la legislación laboral, el derecho mercantil, contractual,...).

El régimen de insolvencia debe velar porque se disponga de información adecuada sobre la situación del deudor, se le ofrezcan incentivos para alentarle a revelar su posición y, cuando proceda, se le imponga sanciones si no lo hace.

La obtención de esta información permitirá a los responsables del procedimiento de insolvencia y a los acreedores evaluar la situación financiera del deudor y determinar la solución más apropiada.

<sup>279</sup> En el sentido de White en RUEDA, J. A. (2004): "Diagnóstico...", op. cit., pp. 214-215



Aunque la incorporación del desbalance como presupuesto objetivo de insolvencia no creemos guarda una relación directa con la eficiencia intermedia<sup>280</sup>, lo que sí parece fuera de toda duda es que no la empeora por cuanto no encarece el desarrollo del procedimiento.

La propuesta cumple eficiencia *ex post*<sup>281</sup> ayuda a la conservación de las empresas viables ya que esta posibilidad se puede aplicar, incluso, en algunas empresas con desequilibrio financiero.

#### 4. ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

No cabrá un acuerdo de refinanciación cuyo plan de viabilidad que obligatoriamente debe acompañarle, de acuerdo a nuestro planteamiento, haya sido negativamente valorado por el experto independiente nombrado. Se entiende que la limitación de los derechos de acreedores que el acuerdo de refinanciación supone, inclusión de disidentes e incluso paralización de ejecuciones singulares, entre otras, debe llevar como contrapartida una probabilidad razonable, asignada con independencia, de viabilidad a medio plazo para la empresa. Asimismo, el ordenamiento sólo debe promover la conservación y continuidad de las empresas viables.

La propuesta cumple el principio 26<sup>282</sup> del Banco Mundial. Este principio otorga gran importancia a los acuerdos privados para la resolución de las crisis de empresa, acuerdos que posteriormente podrán ser homologados. En la medida que para dar validez a los mismos y vincular a acreedores disidentes se exija justificar suficiente y objetivamente la viabilidad económica del proyecto, los acuerdos tendrán mejor imagen y serán más utilizados.

Cumple asimismo los objetivos 2 y 3 de Naciones Unidas en relación con la materia<sup>283</sup>. El primero, en cuanto coadyuva para obtener el máximo valor de todos los bienes porque es más ágil y adelanta la resolución de la crisis, por tanto los bienes no sufren, o lo hacen en menor medida, un deterioro profundo. Fundamentalmente porque si el deudor no consigue presentar un plan de empresa razonablemente viable procedería la entrada rápida en concurso o su liquidación. Y el segundo porque al elaborar un plan futuro de empresa se está ponderando las ventajas de la continuidad, y en qué términos, así como las ventajas de la liquidación.

---

<sup>280</sup> *idem*

<sup>281</sup> *idem*

<sup>282</sup> Principio 26 Procedimientos para acuerdos informales

El sector financiero de un país debe promover el desarrollo de un código de conducta para los procesos informales extrajudiciales para tratar casos de dificultades financieras empresarias en las que los bancos y demás instituciones financieras tengan un rol significativo...particularmente en aquellos mercados donde la insolvencia empresaria haya alcanzado niveles de repercusión sistémica. Un procedimiento informal cuenta con mayores probabilidades donde hay remedios crediticios y legislación concursal adecuada. El procedimiento informal puede originar un proceso formal de salvataje, en el que debe poder adoptarse rápidamente un plan cerrado, producto del procedimiento informal. El procedimiento formal puede funcionar mejor si permite el empleo de técnicas informales a los acreedores y deudores.

<sup>283</sup> Objetivo 2 Obtener el máximo valor posible de todos los bienes. Vid objetivo ya citado

Objetivo 3 Ponderar adecuadamente las respectivas ventajas de la vía de la liquidación y de la vía de la reorganización. Vid objetivo ya citado

La propuesta no contradice en aspecto alguno las recomendaciones del documento de recomendaciones del proyecto *Best* de la Comisión Europea.

Este planteamiento para los acuerdos de refinanciación cumple eficiencia *ex ante* en el sentido de White, ya que adelanta el concurso a una situación en la que incluso no estando en supuesto de sobreseimiento generalizado de pagos no ha podido presentar un plan de viabilidad razonable, a juicio del experto evaluador, que apoye un acuerdo de refinanciación.

La propuesta cumple igualmente la eficiencia intermedia de acuerdo a la definición del autor o, en cualquier caso, no la perjudica.

Y finalmente, también cumple la eficiencia *ex post* que White plantea porque propone únicamente la continuidad de las empresas en dificultades que presenten planes de viabilidad suficientemente razonables.

## **5. DEBER DE SOLICITAR LA DECLARACIÓN DE CONCURSO**

El deudor deberá presentar la declaración de concurso dentro de los dos meses anteriores a producirse la insolvencia real en términos de iliquidez y/o desbalance.

Alternativamente, puede informar al juzgado del inicio de negociaciones entre los doce meses y los dos meses anteriores a que, previsiblemente, llegue la fecha prevista de la insolvencia efectiva.

No cabrá comunicar al juez el inicio de negociaciones producida la insolvencia (desbalance y/o iliquidez no puntual) y de acuerdo a lo que proponemos tampoco en los dos meses previos a que ésta acontezca. En ambos casos, desde nuestra perspectiva, sólo procederá la presentación de solicitud de concurso voluntario.

La propuesta que se realiza incentiva intensamente la previsión y actuación tempestiva para no agravar la insolvencia y facilitar su mejor solución. Por este motivo cumple con los principios, objetivos y definiciones de las diferentes clases de eficiencia.

En efecto, cumple el principio 7 emitido por el Banco Mundial<sup>284</sup>. A nuestro juicio la exigencia de tomar decisiones tempestivas en cuanto a negociaciones y solicitud de concurso por parte de los administradores de empresas en dificultades, consigue que se desarrollen actuaciones diligentes que benefician a los acreedores.

La propuesta cumple también los objetivos 2 y 3 de Naciones Unidas que mantienen relación con la materia tratada<sup>285</sup>, toda vez que a través del adelanto de las acciones

---

<sup>284</sup> Principio 7 Responsabilidad de los directores y administradores sociales

La responsabilidad de los directores y administradores sociales por las decisiones perjudiciales para los acreedores tomadas cuando la empresa es insolvente, debe promover una conducta societaria responsable, alentando a la vez una razonable asunción de riesgos. Como mínimo, los estándares deben dirigirse a las conductas basadas en el conocimiento o la negligencia imprudente, con consecuencias adversas para los acreedores.

A nuestro juicio, la exigencia de diligencia debe hacerse extensiva también a períodos previos, pero cercanos, a que previsiblemente se produzca la insolvencia.

<sup>285</sup> Objetivo 2 Obtener el máximo valor posible de todos los bienes. Vid objetivo ya citado

encaminadas a resolver las crisis empresariales en cualquiera de los dos sentidos, conservación, liquidación, se maximiza el valor de los bienes. (Objetivo 2). Y puesto que se adelantan los plazos para resolver las crisis también se pondera de mejor manera las ventajas de la continuidad y de la liquidación. (Objetivo 3)

Por otra parte, no contradice en modo alguno las recomendaciones del documento del proyecto *Best* de la Comisión Europea.

Por lo que se refiere a la eficiencia *ex ante*, intermedia y *ex post* en el sentido de White.

La propuesta cumple eficiencia *ex ante*<sup>286</sup> por cuanto en ella se propone un adelanto de la solicitud de concurso.

También cumple la definición de eficiencia intermedia<sup>287</sup>. Tomar medidas tempestivas agiliza el proceso.

Y por último, cumple eficiencia *ex post*. La agilidad de la toma de decisiones es útil para poder mantener la continuidad de las empresas viables.

## 6. INTRODUCCIÓN CRITERIOS ORIENTATIVOS EN LA LEY PARA LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DEL PRESUPUESTO OBJETIVO

A la vista de la documentación aportada y formada por la documentación contable de los tres últimos años y a la fecha de solicitud así como por los estados financieros y contables previsionales de los próximos ejercicios, (balance, cuenta de pérdidas y ganancias, cuadro de tesorería provisionales y ratios, entre otros, de liquidez, solvencia, equilibrio financiero previsionales)<sup>288</sup>, el juez valorará la inminencia estimada de la insolvencia. Para ello se observará el valor y la evolución de alguno o varios de los indicadores: rentabilidad operativa negativa, disminución progresiva de las ventas durante los tres últimos tres trimestres, pérdida de algún cliente principal, cambios normativos perjudiciales para la actividad, etc.

Se plantea que el ordenamiento, quizás en un reglamento de desarrollo mejor que en la propia Ley, recoja estos u otros indicadores, como información para apoyar el juicio del juez y su acto de resolución de la solicitud de concurso presentada.

En cualquier caso, insistimos, siempre con carácter orientador y como *numerus apertus* para dar cabida a la posibilidad de que el deudor pueda demostrar la misma circunstancia de otra manera.

La propuesta cumple el principio 9 del Banco Mundial que guarda relación con la cuestión aquí tratada<sup>289</sup> porque con este planteamiento se da respuesta a la necesidad

---

Objetivo 3 Ponderar adecuadamente las respectivas ventajas de la vía de la liquidación y de la vía de la reorganización. Vid objetivo ya citado

<sup>286</sup> En el sentido de White en RUEDA, J. A. (2004): “Diagnóstico...”, op. cit., pp. 214-215

<sup>287</sup> *idem*

<sup>288</sup> Damos mucha importancia no sólo a la información histórica y actual, sino adicionalmente a la información prospectiva que determinará cual será el escenario futuro más probable de no corregirse la tendencia iniciada

<sup>289</sup> Principio 9 Apertura: aplicabilidad y accesibilidad. Vid presupuesto ya citado.

que el objetivo plantea de acceso fácil al sistema de insolvencia tras demostrar los criterios básicos de insolvencia o de dificultad financiera entre otros.

La propuesta cumple los objetivos 1, 2, 3 y 7 de Naciones Unidas relacionados,<sup>290</sup> por los siguientes motivos:

Proporciona seguridad en el mercado el diseño de un sistema concursal que tenga definidos unos criterios claros para justificar el presupuesto objetivo de la Ley. (Objetivo 1)

Ayuda a obtener el máximo valor de los bienes porque orienta al deudor para la toma de decisiones adecuadas a la situación y, fundamentalmente, rápidas. (Objetivo 2)

Ayuda a diagnosticar la situación real y por ello a valorar si es pertinente la continuidad o la liquidación. (Objetivo 3)

Facilita la existencia de un sistema transparente y predecible. (Objetivo 7)

La propuesta no contradice en aspecto alguno las recomendaciones del documento recomendaciones proyecto *Best* de la Comisión Europea en el tema del sistema legal.

Por lo que respecta a los tipos de eficiencia:

La propuesta de introducir criterios orientativos cumple eficiencia *ex ante* de White. Los criterios claros ayudan al deudor y a sus colaboradores a entender que están en supuesto de concurso y, por ello, contribuye a adelantar la solicitud.

Cumple eficiencia intermedia definida por el citado autor.

De la misma manera, cumple eficiencia *ex post* en los términos por él planteados. Colabora en la continuidad de las empresas viables.

## **7. PROPUESTA DE CONVENIO**

Si con la solicitud de concurso voluntario el deudor no presenta propuesta de convenio unido a un plan de viabilidad que lo apoye, el sistema concursal entiende, de acuerdo a lo que proponemos, que el deudor no pretende la continuidad de la actividad de su sociedad, al menos, bajo su propiedad.

El juez abrirá la fase de liquidación. No cabrá que el deudor presente propuesta de convenio en fases posteriores y tampoco en caso de concurso necesario. Éste es el único punto en el que nos alejamos en cierta forma de la postura de alguno de los organismos internacionales, pero seguimos entendiendo que nuestra postura garantiza en mayor

---

<sup>290</sup> Objetivo 1 Dar seguridad en el mercado para promover la estabilidad y el crecimiento económicos. Vid objetivo ya citado

Objetivo 2 Obtener el máximo valor posible de todos los bienes. Vid objetivo ya citado

Objetivo 3 Ponderar adecuadamente las respectivas ventajas de la vía de la liquidación y de la vía de la reorganización. Vid objetivo ya citado

Objetivo 7 Garantizar un régimen de insolvencia transparente y previsible que comprenda incentivos para reunir y facilitar información. Vid objetivo ya citado.

medida una actitud diligente de la administración de la empresa. La propuesta que hacemos pretende que la Ley Concursal incentive la conducta diligente y tempestiva del deudor para favorecer así los intereses de todas las partes implicadas. Sí cabrá, por el contrario, que los acreedores presenten propuesta de convenio en caso de concurso necesario aunque ésta es una hipótesis más teórica que real, dado el desconocimiento que tendrán acerca de las potencialidades de la empresa<sup>291</sup>. Esta opción estará, en mayor medida, pensada para la continuidad de la empresa mediante su venta unitaria.

La propuesta de convenio planteada cumple los principios 6, 12, 16 y 17 de Banco Mundial relacionados, indirectamente, con la materia<sup>292</sup>:

---

<sup>291</sup> De hecho en 2013 de los 402 convenios registrados ninguno fue propuesto a iniciativa de los acreedores. Datos de la Estadística Concursal 2013 Registradores de España

<sup>292</sup> Principio 6 Objetivos y políticas principales. Vid principio ya citado

Principio 12 Governance: acreedores y comité de acreedores

Los intereses de los acreedores deben ser salvaguardados mediante el establecimiento de un comité de acreedores que habilite a los mismos a participar activamente en el proceso de insolvencia, y permitiendo al comité supervisar el proceso para asegurar la justicia y la integridad. El comité debe ser consultado por asuntos extraordinarios del caso y tener la facultad de ser escuchado en oportunidad de decisiones fundamentales del procedimiento (tales como asuntos relativos a la disposición de activos que exceda el giro normal del negocio). El comité debe servir de canal para procesar y distribuir la información relevante a otros acreedores y para organizar a los acreedores a fin de decidir asuntos de importancia. La legislación debe prever aspectos tales como la asamblea general de acreedores para las decisiones principales, para la designación del comité de acreedores y para elegir los miembros del mismo, el quórum y para las reglas de votación, las facultades y la dirección de las reuniones. En los procedimientos de reorganización, los acreedores deben tener derecho a seleccionar un administrador o supervisor independiente, siempre que la persona reúna los requisitos para el desempeño de la función en el caso específico.

Principio 16 Prelación entre pretensiones: tratamiento de los derechos y preferencias de los acreedores

- A. Los derechos y privilegios de los acreedores establecidos antes de la insolvencia de conformidad con la legislación comercial deben mantenerse en caso de insolvencia para preservar las legítimas expectativas de los acreedores y para alentar la mayor predecibilidad de las relaciones comerciales. El apartamiento de esta regla general debe darse sólo cuando sea necesario para promover otras políticas superiores, tales como las que afectan a la reorganización o a maximizar el valor del patrimonio. Las reglas de preferencia deben mantener los incentivos a los acreedores para manejar el crédito eficientemente.
- B. El derecho de insolvencia debe reconocer la preferencia de los acreedores con garantía sobre el asiento de las mismas. Cuando los derechos de los acreedores con garantía fueran afectados a fin de promover una legítima política de insolvencia, los derechos de los acreedores sobre los bienes afectados deben ser protegidos para evitar la pérdida o deterioro del valor económico que tenía su derecho a la época de la apertura del proceso. La distribución a los acreedores con garantía de lo producido por los bienes afectados debe ser realizada lo más rápido posible luego de obtenido el producido de la venta. En los casos en que la suspensión de las ejecuciones se aplique a los acreedores con garantía, la misma debe ser limitada a una duración específica. Lograr un equilibrio apropiado entre la protección de los acreedores y los objetivos de la insolvencia, y prever la posibilidad de órdenes judiciales dictadas a solicitud de los acreedores afectados o de otras personas para ser eximidos de la suspensión.
- C. Tras la distribución a los acreedores con garantías y el pago de las pretensiones relativas a costas y gastos de administración, el producto disponible para la distribución debe ser distribuido entre los restantes acreedores, a menos que haya razones superiores que justifiquen dar un rasgo preferencial a una deuda en particular. En general, no debe darse prelación a los intereses públicos sobre los privados. El número de clases de preferencias debe mantenerse en el mínimo.

Principio 17 Características directrices para la legislación sobre reorganización

Para ser comercial y económicamente efectiva, la legislación debe establecer procedimientos que permitan el fácil y rápido acceso al proceso, proporcionen protección suficiente para todos los involucrados en el mismo, prevean una estructura que admita la negociación de un plan empresarial, permitan a la mayoría de los acreedores a favor de un plan u otro curso de acción obligar a todos los demás acreedores mediante el ejercicio democrático del derecho a voto (con sujeción a la debida

Porque promueve un adecuado equilibrio entre la reorganización y la liquidación, (6) y promueve también la maximización de los intereses de los acreedores que pueden conseguir una rápida liquidación cuando el deudor no presente un plan de empresa objetivamente razonable. El objetivo habla de comité de acreedores que en nuestro caso se corresponde con la Junta de acreedores, (12).

Respeto, a su vez, este principio por cuanto esta propuesta de convenio no estima alteración alguna de la prelación de los créditos, (16).

Tal y como solicita este principio se facilita la toma de decisiones de los acreedores quienes para hacerlo podrán apoyarse en un documento de viabilidad objetivamente evaluado, (17).

La propuesta cumple asimismo los objetivos 1, 2 y 3 de Naciones Unidas relacionados<sup>293</sup>, porque proporciona seguridad al mercado ya que sólo se permite la continuidad de empresas con un plan de empresa viable. (Objetivo 1)

Consigue el máximo valor para los bienes en la medida que dirige rápidamente la empresa a la liquidación si no consigue presentar un plan de continuidad razonable. (Objetivo 2)

Pondera adecuadamente las ventajas de las dos posibles vías en función de la viabilidad estimada. (Objetivo 3)

La propuesta no contradice en aspecto alguno las recomendaciones del documento proyecto *Best* de la Comisión Europea.

En relación con las clases de eficiencia.

La propuesta de convenio planteada cumple eficiencia *ex ante* en el sentido de White. No sólo adelanta la solicitud de concurso sino también de la liquidación cuando se estima lo más adecuado.

Cumple también eficiencia intermedia, es decir, las empresas no viables no pueden en ningún caso pasar primero por la fase de convenio para intentar su aprobación.

E igualmente, la propuesta cumple eficiencia *ex post*, facilita la continuidad únicamente de las empresas viables.

## **8. PLAN DE VIABILIDAD**

El plan de viabilidad que estimamos acompañará obligatoriamente a la propuesta de convenio o de acuerdo de refinanciación, en su caso, debe ser supervisado con

---

protección a las minorías y de los derechos de clases), y prevean la supervisión, ya sea judicial u otra, que asegure que el proceso no sea objeto de manipulación o abuso.

<sup>293</sup> Objetivo 1 Dar seguridad en el mercado para promover la estabilidad y el crecimiento económicos. Vid objetivo ya citado

Objetivo 2 Obtener el máximo valor posible de todos los bienes. Vid objetivo ya citado

Objetivo 3 Ponderar adecuadamente las respectivas ventajas de la vía de la liquidación y de la vía de la reorganización. Vid objetivo ya citado

exhaustividad a fin de que el experto independiente, en caso de acuerdos de refinanciación, o la administración concursal, en caso de concurso, se formen una opinión profesional a efectos de asegurarse razonablemente que con él la empresa podrá continuar su actividad a medio plazo. En caso de que la opinión emitida sea negativa, procederá iniciar la solicitud de concurso voluntario si se encontraba en sede de acuerdos de refinanciación o la solicitud de liquidación, de forma tempestiva, si se encontraba en sede de concurso. Aún cuando no se hubiera incurrido todavía en iliquidez real. De esta forma con la continuidad empresarial no se perjudicarán los intereses de los acreedores.

Opinamos que cabrá también que el deudor efectúe las modificaciones oportunas al contenido del plan de viabilidad presentado en un plazo corto, probablemente quince días, de acuerdo con las recomendaciones externas independientes para someterlo nuevamente a valoración.

La propuesta planteada del plan de viabilidad cumple los principios 20, 21, 22, 23, 34 y 35 planteados por el Banco Mundial relacionados<sup>294</sup>.

Estimamos que la valoración externa e independiente del plan presentado por el deudor evita en buena medida los abusos comerciales que puede suponer la adhesión de los disidentes a convenios inviables. (20)

---

<sup>294</sup> Principio 20 Plan: formulación, consideración y votación

La legislación no debe prescribir la naturaleza del plan (nuestra propuesta no se refiere a esta naturaleza del documento), excepto en términos de requisitos fundamentales y para evitar el abuso comercial. La legislación puede prever clases de acreedores a los fines de la votación. El derecho de voto debe estar determinado conforme al monto de la deuda. Debe requerirse una mayoría apropiada de acreedores para aprobar un plan. Deben hacerse provisiones especiales para limitar el derecho de voto de las personas vinculadas a la sociedad. El efecto del voto mayoritario debe ser el de obligar a todos los acreedores.

Principio 21 Plan: aprobación del plan

La legislación debe establecer criterios claros para la aprobación del plan con fundamento en el trato equitativo entre acreedores similares, en el reconocimiento de las preferencias relativas y en aceptación de la mayoría. La ley debe también prever la aprobación del plan sobre el rechazo de los acreedores minoritarios si aquél se ajusta a las reglas de justicia y ofrece a los acreedores o a las clases disidentes un monto igual o mayor al que recibirán en un procedimiento liquidativo. Debe hacerse alguna provisión para el aplazamiento de la reunión para decidir sobre el plan, pero bajo estrictos límites de tiempo. Si no se aprueba el plan, el deudor debe ser automáticamente liquidado.

Principio 22 Plan: implementación y modificación

La legislación debe proveer los medios para el control de la implementación efectiva del plan, requiriendo que el deudor realice informes periódicos al tribunal acerca del estado de su implementación y avance durante el período de ejecución del mismo. El plan debe poder ser modificado (por el voto de los acreedores) si es en interés de los mismos. La legislación debe prever la posible conclusión por incumplimiento del plan y la liquidación del deudor.

Principio 23 Plan: efectos extintivos y vinculantes

A fin de asegurar que la empresa reorganizada tenga la mejor posibilidad de éxito, la legislación debe prever la extinción o alteración de las deudas y pretensiones que han sido liberadas o modificadas por el plan. Cuando la aprobación del plan ha sido obtenida mediante fraude, el plan debe estar sujeto a impugnación, reconsiderándose o revocándose.

Principio 34 Rol de los entes reguladores o supervisadores

El ente o entes responsables de la regulación y supervisión de los administradores en la insolvencia deben ser independientes de los administradores individuales y deben fijar estándares que reflejen los requerimientos de la legislación y las expectativas públicas de justicia, imparcialidad, transparencia y responsabilidad.

Principio 35 Profesionalidad e integridad de los administradores en la insolvencia

Los administradores en la insolvencia deben ser competentes para ejercer los poderes a ellos conferidos y deben actuar con integridad, imparcialidad e independencia.

Adicionalmente evita el abuso de los disidentes y de los minoritarios. (21)

La propuesta facilita la implantación y el cumplimiento de los convenios que se apoyen en planes objetivamente viables. (22)

Con la propuesta se está siendo incluso más exigentes que el propio principio por cuanto la posibilidad de revocación del convenio no sólo es posible cuando su aprobación ha sido fraudulenta sino también cuando se ha basado en un plan no razonable. (23)

Nosotros damos nuevos roles a los agentes externos expertos e independientes. (34)

E incluso con un papel importante en la evaluación del plan de viabilidad que se presente. (35)

Cumple igualmente los objetivos 2 y 3 de Naciones Unidas relacionados<sup>295</sup>.

Obtiene el máximo valor porque sólo se permite la continuidad si presenta y es aprobado por los acreedores un plan de viabilidad razonable. (Objetivo 2)

Al basar la decisión de continuidad en la viabilidad del proyecto de empresa se pondera adecuadamente las ventajas que ésta conlleva. (Objetivo 3)

Además la propuesta no contradice en aspecto alguno las recomendaciones del documento proyecto *Best* de la Comisión Europea.

En relación a las clases de eficiencia:

La propuesta cumple eficiencia *ex ante*<sup>296</sup>. Propone un adelanto de la solicitud de concurso cuando no consiga presentar o que se apruebe un plan de viabilidad en sede de acuerdos privados temporalmente cercanos a la insolvencia efectiva.

También respeta la eficiencia intermedia<sup>297</sup>. Sólo permite la vía conservativa para empresas objetivamente viables lo que acelera el procedimiento concursal.

Y por último, cumple eficiencia *ex post*<sup>298</sup>. Facilita la conservación de las empresas viables porque la continuidad estará razonablemente garantizada por un documento solvente evaluado de forma independiente.

## **9. APROBACIÓN DE LA PROPUESTA DE CONVENIO**

La normativa que proponemos únicamente facilita la continuidad de las empresas que clasificadas como viables lo sean en sus dos dimensiones: económica y financiera. En ese sentido, una propuesta avalada por la administración concursal que no obtenga la aprobación de los acreedores no podrá ser llevada a cabo y procederá la liquidación empresarial. Se entiende que si no obtiene los votos necesarios la propuesta no es

---

<sup>295</sup> Objetivo 2 Obtener el máximo valor posible de todos los bienes. Vid objetivo ya citado

Objetivo 3 Ponderar adecuadamente las respectivas ventajas de la vía de la liquidación y de la vía de la reorganización. Vid objetivo ya citado

<sup>296</sup> En el sentido de White en RUEDA, J. A. (2014): “Diagnóstico...”, op. cit., pp. 214-215

<sup>297</sup> *idem*

<sup>298</sup> *idem*



viable financieramente ya que los recursos ajenos que ésta contempla o las opciones de quita y /o espera que plantea no son factibles.

Si lo que no resulta aprobado por los acreedores es el acuerdo de refinanciación, procederá la solicitud de concurso voluntario y el deudor con el mismo convenio y plan de viabilidad que lo soporta, evaluado positivamente por el experto independiente nombrado, puede someterlo a votación de la Junta de acreedores y éste puede ser aprobado por los distintos acreedores incorporados y por las diferentes mayorías necesarias establecidas. No procederá la evaluación del plan de viabilidad por parte de la administración concursal puesto que éste ya ha sido valorado favorablemente.

La propuesta referente a la aprobación de la propuesta de convenio cumple los principios del Banco Mundial 12, 16, 17 y 21 que guardan relación<sup>299</sup> con ella.

Principio 12, se salvaguardan los intereses de los acreedores, en primer lugar porque sólo se somete a votación los convenios basados en planes solventes y en segundo lugar porque se someten a la aprobación mayoritaria.

Principio 16, no se modifica la prelación de los créditos de la Ley en vigor.

Principio 17, facilita el alcance de todo este principio, la negociación, la mayoría para la aprobación, la supervisión, etc.

Principio 21 facilita los criterios de aprobación y salvaguarda los intereses de los minoritarios.

La propuesta cumple los objetivos de Naciones Unidas 1, 2, y 3 relacionados<sup>300</sup>.

Objetivo 1, proporciona seguridad al mercado porque establece criterios para la aprobación del convenio y promueve el crecimiento económico a través de la conservación de las empresas viables y de la liquidación de las inviables.

Objetivo 2, obtiene el máximo valor de los bienes porque el convenio debe apoyarse en un plan de viabilidad objetivamente solvente.

Objetivo 3, la propuesta de convenio apoyada por un plan de viabilidad ayuda a ponderar las ventajas de ambas vías, la conservativa y la liquidativa.

La propuesta no contradice en aspecto alguno las recomendaciones del documento proyecto *Best* de la Comisión Europea.

En relación a la eficiencia desde sus tres perspectivas:

---

<sup>299</sup> Principio 12 Governance: acreedores y comité de acreedores. Vid principio ya citado

Principio 16 Prolación entre pretensiones: tratamiento de los derechos y preferencias de los acreedores. Vid principio ya citado

Principio 17 Características directrices para la legislación sobre reorganización. Vid principio ya citado

Principio 21 Plan: aprobación del plan. Vid principio ya citado

<sup>300</sup> Objetivo 1 Dar seguridad en el mercado para promover la estabilidad y el crecimiento económicos. Vid objetivo ya citado

Objetivo 2 Obtener el máximo valor posible de todos los bienes. Vid objetivo ya citado

Objetivo 3 Ponderar adecuadamente las respectivas ventajas de la vía de la liquidación y de la vía de la reorganización. Vid objetivo ya citado

En primer lugar respeta la eficiencia *ex ante* de White aunque no guarda una relación de influencia directa.

Cumple adicionalmente la eficiencia intermedia tal y como él la define.

Y, por último, también cumple su eficiencia *ex post*, exigiendo para la aprobación del convenio y, por tanto, para la continuidad de la empresa la viabilidad económica y la viabilidad financiera.

## 10. SUPERVISIÓN DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL PLAN DE VIABILIDAD

La redacción del texto de la Ley que proponemos contemplará la supervisión, durante la ejecución del plan, por parte del experto independiente, en sede de acuerdo de refinanciación o de administración concursal, en sede de concurso.

Esta propuesta de supervisión cumple el principio del Banco Mundial 22 relacionado<sup>301</sup>. Este principio propugna un seguimiento riguroso de la implementación del plan mediante la obligación de que el deudor emita informes periódicos. Nosotros somos más exigentes y solicitamos la supervisión externa de esta implementación.

Respetamos de la misma forma el contenido de los objetivos 2 y 3 emitidos por Naciones Unidas relacionados<sup>302</sup>. En este sentido, ayuda a obtener el máximo valor de los bienes porque se garantiza la implementación y gestión en los términos aprobados (2), y pondera las ventajas de la conservación y de la liquidación estableciendo una clara obligación de liquidar si se producen incumplimientos en las condiciones establecidas (3).

Adicionalmente, no contradice en aspecto alguno las recomendaciones del documento proyecto *Best* de la Comisión Europea.

Desde la perspectiva de la identificación y definición que White realiza para la eficiencia, podemos concluir que:

La propuesta cumple eficiencia *ex ante*, en el sentido que no la contraviene aunque no guarda una relación directa con la eficiencia *ex ante*.

Así como también cumple eficiencia intermedia, en el sentido anterior.

Y respeta su definición de eficiencia *ex post*. Facilita la continuidad de las empresas viables por cuanto éstas lo son en virtud del contenido de un plan de viabilidad que ha de implementarse en sus propios términos.

## 11. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN SOCIETARIA

La opción que se propone incentiva de forma más intensa la actuación diligente del empresario y de la administración societaria. En virtud de la misma, en sede de

---

<sup>301</sup> Principio 22 Plan: implementación y modificación. Vid principio ya citado.

<sup>302</sup> Objetivo 2 Obtener el máximo valor posible de todos los bienes. Vid objetivo ya citado

Objetivo 3 Ponderar adecuadamente las respectivas ventajas de la vía de la liquidación y de la vía de la reorganización. Vid objetivo ya citado

liquidación cuando se abra la sección de calificación, existirá una presunción, *iuris tantum*, de concurso culpable cuando no habiendo resultado suficiente el valor obtenido por la realización del activo y quedando, por tanto, obligaciones sin satisfacer, el deudor no ha realizado, previamente, acciones tendentes a superar la situación en los plazos legales determinados. En concreto, entre los doce y los dos meses previos a la insolvencia comunicar el inicio de negociaciones para acuerdos de refinanciación y/o entre los dos meses anteriores y el momento de la insolvencia real, la presentación de solicitud de concurso voluntario.

Y ello es así porque, salvo prueba en contrario, la inacción o actuación tardía se considera, en esta propuesta, que agrava la crisis. En el mismo sentido se consideran las acciones llevadas a cabo por la administración social manifiestamente incoherentes a la luz de la información existente para revertir la insolvencia inminente.

La propuesta cumple el principio 7 de Banco Mundial relacionado<sup>303</sup>, por cuanto se endurece la responsabilidad de los administradores sociales por las decisiones perjudiciales para los acreedores.

La propuesta cumple los objetivos 1, 2 y 3 de Naciones Unidas relacionados<sup>304</sup>, así: proporciona seguridad al mercado porque exige administradores sociales competentes y diligentes, (1).

Obtiene el máximo valor de los bienes porque exige mayor responsabilidad en la toma de decisiones de gestión, (2).

Como consecuencia de lo anterior se obliga al administrador a ponderar las ventajas de la conservación y de la liquidación en función de los intereses de los acreedores y no exclusivamente en función de los suyos, (3).

La propuesta no contradice en aspecto alguno las recomendaciones del documento proyecto *Best* de la Comisión Europea.

En relación a la cuestión de la eficiencia que estudia White:

Cumple eficiencia *ex ante* porque la diligencia del administrador supone optar por solicitudes tempestivas.

Además respeta la definición de eficiencia intermedia, porque no se intentará una aprobación de convenio cuando la empresa es económicamente inviable, lo que permitirá procedimientos más cortos y eficientes.

E igualmente la eficiencia *ex post*, porque las decisiones empresariales diligentes sólo proponen conservación cuando existe viabilidad, en otro caso, buscan la liquidación.

---

<sup>303</sup> Principio 7 Responsabilidad de los directores y de los administradores sociales. Vid principio ya citado.

<sup>304</sup> Objetivo 1 Dar seguridad en el mercado para promover la estabilidad y el crecimiento económicos. Vid objetivo ya citado

Objetivo 2 Obtener el máximo valor posible de todos los bienes. Vid objetivo ya citado

Objetivo 3 Ponderar adecuadamente las respectivas ventajas de la vía de la liquidación y de la vía de la reorganización. Vid objetivo ya citado

## **5-ITINERARIO DE LA PROPUESTA**

1 Cuando la empresa detecte a través de su sistema de alertas tempranas implantado que, previsiblemente, en un plazo de tiempo suficientemente largo, más de doce meses, incurrirá en insolvencia (iliquidez y/o desbalance) de seguir la tendencia iniciada, y que dada la severidad de su situación interna o de la externa no podrá solventar la crisis por sus propios medios, comenzará negociaciones privadas no comunicadas al juzgado para asegurar la continuidad empresarial<sup>305</sup>.

2 Una vez iniciadas, si no es posible llegar a un acuerdo real privado o si la empresa no lo estima factible, cuando prevea que llegará la insolvencia en un plazo no superior a doce meses, la empresa comunicará al juzgado el inicio de negociaciones para un acuerdo de refinanciación. Como se recoge en la Ley Concursal estos acuerdos si resultan homologados suponen ventajas indudables por la extensión a los disidentes. En la propuesta no se contempla como necesaria la paralización de ejecuciones singulares, toda vez que todavía no se está incurrido en una insolvencia efectiva, únicamente prevista y suficientemente argumentada.

3 Si la empresa consigue firmar un acuerdo de refinanciación con los acreedores pertinentes, el plan de viabilidad que lo debe sustentar será previamente evaluado, positivamente, por experto independiente nombrado por el registrador mercantil.

4 Si derivado de la evaluación del plan, el experto lo estima razonable y factible con un nivel de probabilidad alto el documento<sup>306</sup> se elevará a escritura pública y el juez, previa observación del cumplimiento de las prevenciones legales, homologará el acuerdo cuya implantación será supervisada por el experto nombrado, a efectos de garantizar el cumplimiento en sus propios términos.

5 Si el experto, como resultado de la evaluación no considera el plan viable, el acuerdo no podrá ser sometido a la aprobación de los acreedores y la empresa determinará si desea modificar el contenido del plan de acuerdo con las recomendaciones del experto o de los puntos que no le han satisfecho, si así lo considera oportuno.

6 Llegados dos meses antes de que, previsiblemente, la empresa incurra en supuesto de insolvencia (iliquidez y/o desbalance) si han fallado los acuerdos de refinanciación<sup>307</sup> o

---

<sup>305</sup> VAN HEMMEN (2011): “Análisis comparativo de empresas concursadas y no concursadas con trayectoria dilatada en los mercados”, p. 240. Desarrolla un estudio empírico y concluye que en muchas ocasiones las empresas concursadas tenían un problema de competitividad y rentabilidad que ya se presentaba en años anteriores y que su no resolución, cuando era posible, las ha dirigido al concurso”.

<sup>306</sup> Sorprende que el Real Decreto-ley 4/2014 que en su párrafo primero dirige su finalidad a las empresas que con viabilidad operativa necesitan más apoyo para alcanzar la viabilidad financiera, no determine forma alguna de identificarlas previamente para poder luego ser acogidas en el seno de la norma. Es más, suprime el carácter preceptivo de la evaluación independiente del plan de viabilidad y lo sustituye por un carácter potestativo de los acreedores o del propio deudor.

<sup>307</sup> JACQUET, T. (2011): “La propuesta anticipada...”, op. cit., p. 177. Considera que aunque las negociaciones extrajudiciales del deudor no alcancen los resultados esperados porque no consiga obtener el consentimiento individual de todos los acreedores que le permita concluir un acuerdo extrajudicial, el deudor no ha perdido el tiempo y los recursos invertidos en el proceso negociador ya que siempre que consiga recabar el apoyo de algunos de ellos y convertir el acuerdo alcanzado con éstos en una propuesta anticipada de convenio habrá conseguido reducir el coste de la conclusión de un convenio. Por tanto, desde su punto de vista, el proceso de negociación extrajudicial no habrá resultado estéril.

si la empresa no los hubiera iniciado, procedería solicitud de concurso voluntario por insolvencia inminente. Como se puede observar en esta propuesta se intenta, mediante incentivos positivos y negativos, que las empresas con posibilidad razonable de entrar en crisis exploren primero las vías mercantiles privadas (negociaciones extrajudiciales) para solventarla y que sólo cuando éstas fracasan soliciten el inicio de concurso<sup>308</sup>.

7 A la vista de la documentación aportada, (estados contables de los tres últimos años y a la fecha de solicitud, así como estados contables y control de tesorería previsionales, ratios de rentabilidad, liquidez, solvencia, equilibrio financiero, fondo de maniobra, y el valor del umbral de rentabilidad, históricos y previstos, entre otros), el juez valorará la inminencia de la insolvencia estimada, dictando Auto de declaración del concurso voluntario, si procede y nombramiento de la administración concursal.

Cabe presentación de otros tipos de documentos si avalan también, con la suficiente rigurosidad, la insolvencia inminente.

8 Si con la solicitud de concurso voluntario la sociedad no presenta propuesta de convenio junto con el, para nosotros, preceptivo plan de viabilidad el sistema concursal entiende, desde nuestro planteamiento, que el deudor no contempla la continuidad de la actividad<sup>309</sup>. En ese caso, el juez abrirá la fase de liquidación, aún cuando estando en escenario de insolvencia inminente, no se haya incumplido el pago de obligación alguna vencida. La liquidación podrá ser en globo, por unidades de negocio, o por elementos individuales del activo.

La dirección del procedimiento corresponde a la administración concursal quien deberá decidir qué alternativa es la que mayor valor de realización aporta. Obviamente, antes de proceder a la realización de los bienes, ésta habrá realizado el informe de la masa activa y pasiva y de la prelación de los créditos existentes. Y se habrá dado trámite a las impugnaciones presentadas.

Dado que como se ha avanzado se inicia la liquidación de forma tempestiva, puede incluso que la liquidación de los activos sea suficiente o incluso superior para satisfacer el pasivo. En cualquier caso, el exceso, si existe, seguramente no será muy elevado, toda

---

<sup>308</sup> Vid PULGAR (2013): “Refinanciación de deuda: un enfoque contractualista versus concursalista de la insolvencia”, en “conservación de empresas en crisis” ARIAS, F. J. director, p. 4. Se refiere al “hiato jurídico” entre el cumplimiento ordinario de las obligaciones ex art. 1171, 1113.1, 1125 CC y el concurso de acreedores como procedimiento judicial colectivo para tratar la imposibilidad de cumplir las obligaciones de pago del deudor y se refiere a Salvador Cordech, P. en “Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la propuesta de modernización del código civil en materia de obligaciones y contratos” Boletín del Ministerio de Justicia nº 2130 / abril 2011, accesible en [www.mjusticia.es/bmj](http://www.mjusticia.es/bmj) quien opina que “el concurso que en principio sólo debería operar una vez que los mecanismos de renegociación voluntaria, revisión o resolución judicial hubieran fracasado, constituya sin embargo en la práctica el modo primario a través del que se abordan, en muchas ocasiones, por la vía del incumplimiento por el deudor de su obligación de pago, las alteraciones extraordinarias e imprevistas en las circunstancias originarias del contrato, sobre todo en el actual marco de crisis generalizada”. El autor aboga por la modernización del Código Civil en el tratamiento de las obligaciones cuando se han modificado sustancialmente las condiciones en las que se firmó el acuerdo que las regula. Obviamente este planteamiento excede el ámbito de este trabajo.

<sup>309</sup> El legislador, contrariamente a nosotros, no contempla la elaboración del plan de viabilidad como responsabilidad exclusiva del deudor, incluso en la Ley 14/2013 de apoyo al emprendedor y su internacionalización atribuye esta responsabilidad al mediador concursal.

vez que estamos muy cerca de la insolvencia, el procedimiento habrá consumido algún recurso y el valor de liquidación suele deteriorarse rápidamente.

En una situación como la descrita el deudor, si sabe que va a ser capaz de satisfacer todas las deudas, podrá optar en lugar de por el concurso voluntario por la liquidación privada de la empresa y su cese, previa satisfacción de todas las deudas. Tiene por tanto dos vías alternativas a su elección con nuestro planteamiento. Quizás la ventaja del concurso, a valorar por el deudor, se evidencia cuando el valor de realización es muy incierto, por no existir mercado secundario para los bienes, o cuando el superávit positivo previsto es muy exiguo. En ambos casos se corre un riesgo de que no se pueda satisfacer el importe total adeudado y en ese caso el proceso judicial otorga más y mejores garantías para la indemnidad del patrimonio del deudor.

El deudor, con el proceder de la vía concursal propuesta, se garantizará que aún cuando el valor de realización de los activos sea inferior al valor del pasivo, la Ley calificará el concurso como fortuito y no cabrá extender al empresario y / o sus administradores la responsabilidad patrimonial del concurso dado su diligente proceder. Las deudas insatisfechas, en su caso, formarían parte del riesgo inherente a la actividad que todo partícipe debe asumir.

9 Si con la solicitud del concurso el deudor presenta propuesta de convenio<sup>310</sup> apoyada en un preceptivo, para nosotros, plan de viabilidad la administración concursal procederá a valorarlos. Si como resultado de la evaluación el experto considera que no está suficientemente garantizada la posibilidad de continuación a medio plazo, porque la información no es completa y/o no es correcta y/o no realiza hipótesis razonables y estimaciones ajustadas a la información interna y externa necesaria y suficiente, clasificará a la empresa como no viable en términos económicos. Cabe que la Ley estipule un plazo, suponemos unos quince días, para subsanación de la propuesta en virtud de las consideraciones de la administración concursal y que una vez introducidas se proceda a una nueva valoración.

Si, en cualquiera de los casos, se mantiene la evaluación negativa, el juez aprobará la apertura de la fase de liquidación. Ésta podrá ser en globo, por unidades de negocio, por elementos del activo individuales. La dirección del procedimiento corresponde a la administración concursal que decidirá por la alternativa que mayor valor de realización proporcione. Antes de proceder a la realización habrá realizado el informe de la masa activa, de la masa pasiva y de la prelación de los créditos existentes. Y se habrá dado cauce a las impugnaciones pertinentes.

Dado que se ha iniciado la liquidación de forma tempestiva, puede que incluso no se haya producido una insolvencia real pero, se estará probablemente al borde de la misma. Puede que no queden obligaciones por satisfacer o que exista un déficit, pero en este caso será el mínimo posible, dada la celeridad con la que se actúa.

10 Si la administración concursal, una vez que ha evaluado la propuesta de convenio y el plan adjunto, estima que éstos son factibles y que la empresa, con un nivel de

---

<sup>310</sup> Vid JACQUET, T. (2011), “La propuesta anticipada...”, op. cit., p. 603. La autora dentro de los estímulos a la solicitud de concurso voluntario incluye la propuesta anticipada de convenio, en la medida que es una solución que beneficia no únicamente a los acreedores sino también al deudor. Conclusión decimosexta

probabilidad razonable, podrá mantener su actividad a medio plazo, clasificará a la empresa como viable económicamente. Realizará, asimismo, informe de la masa activa, de la masa pasiva y de la prelación de los créditos existentes, y se dará trámite a las impugnaciones existentes.

11 Se pasará la propuesta a la Junta de acreedores. La propuesta quedará aprobada por mayoría simple de los votos de los acreedores ordinarios asistentes. Con esta mayoría no cualificada se pretende en este estadio facilitar la continuidad empresarial. Y ello porque hay bastantes garantías de que finalmente la empresa resulte viable a medio plazo y también porque al ser un proceso que promueve la anticipación, la insolvencia real, de haberse producido, no será todavía muy severa. Todo ello contribuye a que los intereses de los acreedores resulten salvaguardados en gran medida.

12 Si la Junta aprueba la propuesta del deudor el juez, previa comprobación del cumplimiento de las prevenciones legales, declarará homologado el convenio.

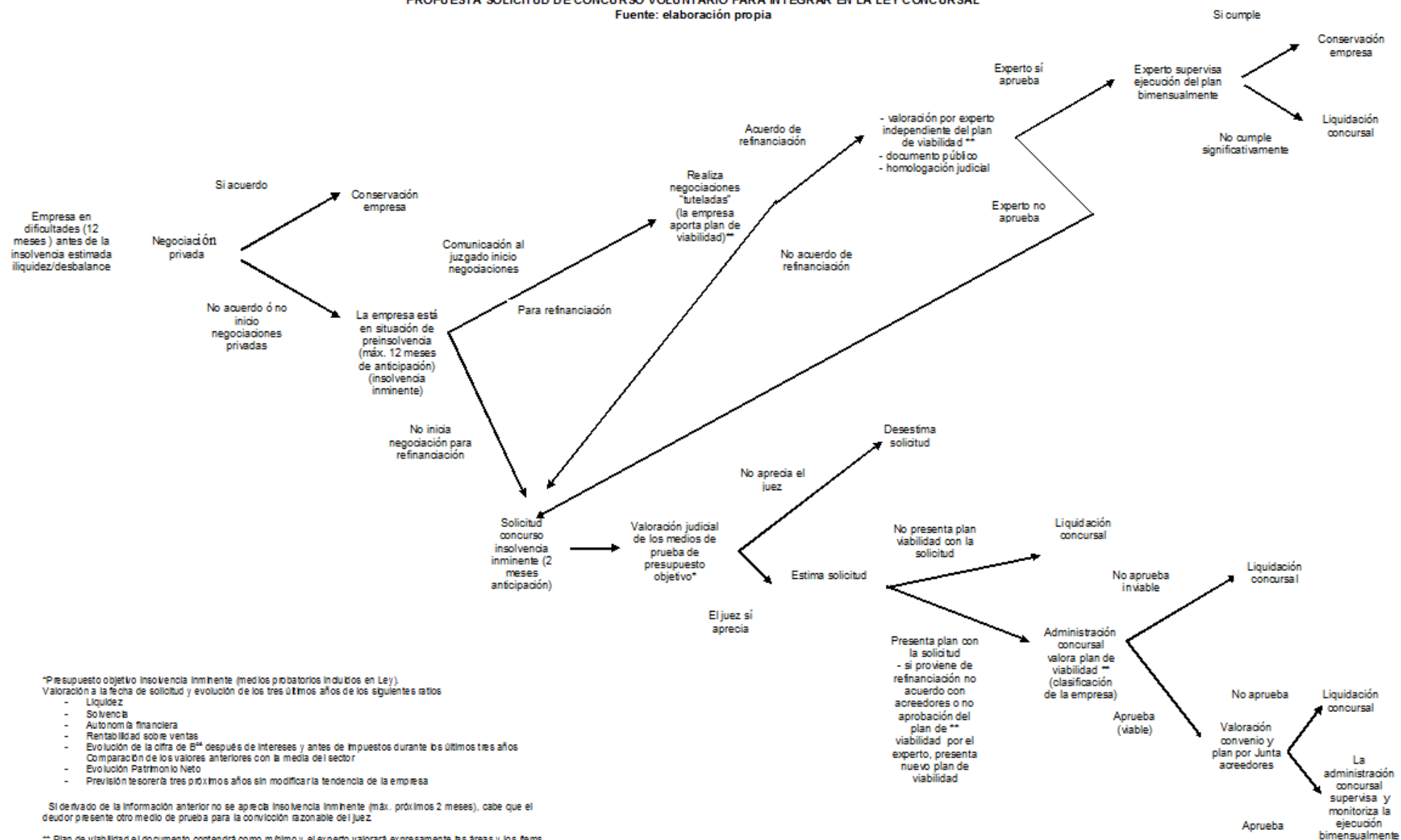
13 La administración concursal, en garantía del cumplimiento del contenido de la propuesta (de su convenio y de su plan de viabilidad), supervisará, con la frecuencia adecuada, las decisiones tomadas y las medidas y acciones a efectuar durante la implementación del plan de viabilidad.

14 Si la Junta no aprueba la propuesta del deudor, el juez abrirá la fase de liquidación que funcionará como en los puntos anteriores.

Observaciones: de acuerdo a la propuesta que presentamos en este trabajo de investigación, no cabrá supuestos de acuerdos de refinanciación o propuestas de convenios homologados judicialmente cuando estén apoyados en un plan de viabilidad que no haya sido valorado positivamente por el experto independiente nombrado por el registrador mercantil o por la administración concursal en su caso. Y ello es así porque, desde nuestro punto, de vista se estaría dando continuidad a una empresa sin garantía alguna de viabilidad, en detrimento de los intereses de los acreedores y a la larga del interés general.

## **6-ESQUEMA DE LA PROPUESTA**

**PROPUESTA SOLICITUD DE CONCURSO VOLUNTARIO PARA INTEGRAR EN LA LEY CONCURSAL**  
Fuente: elaboración propia





## **7-MODIFICACIONES AL TEXTO DE LA LEY CONCURSAL NECESARIAS PARA LA VIABILIDAD DE LA PROPUESTA DE ESTE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN**

Una vez realizados, en epígrafes anteriores, los comentarios a los párrafos y artículos de la Ley en vigor que no se ajustan adecuadamente al contenido de la propuesta de sistema concursal que aquí planteamos, procede en este momento proponer una redacción alternativa para los mismos. Para facilitar la comprensión de la nueva redacción se sigue una estructura similar a la que el legislador ha utilizado en la Ley vigente.

Somos conscientes que la ubicación en los distintos apartados de la Ley de algunos de los textos que redactamos como propuesta nueva no se corresponde con una técnica jurídica depurada, pero se plantean de esta manera para facilitar al lector el seguimiento de esta investigación.

### **1 PREÁMBULO DE LA LEY**

#### **I**

La normativa de insolvencia es una regulación societaria cuyo objetivo fundamental es la satisfacción máxima del conjunto de acreedores de forma ordenada. La consecución de este objetivo puede realizarse con una legislación que favorezca la conservación de las empresas viables y la rápida liquidación de las inviables. Aunque en la mayoría de los casos la conservación de la empresa viable realizará mejor los intereses de los acreedores, en caso de conflicto entre ambos, prevalecerá el segundo, habida cuenta de la restricción de los derechos de los terceros que supone todo concurso y habida cuenta también que la primera responsabilidad de viabilizar un proyecto empresarial corresponde al deudor y sólo cuando han fallado los mecanismos habituales de estrategia empresarial y la empresa se ve abocada a una iliquidez y / o desbalance inminente, procede solicitar el concurso.

En este sentido, la legislación concursal quedará al margen de las eventuales crisis económicas o financieras que pudieran acontecer en el Estado derivadas de los ciclos económicos o de otras circunstancias.

Sólo de esta forma las normas concursales coadyuvan a la seguridad del tráfico mercantil y favorecen el flujo de los créditos, la financiación a coste inferior y con garantías exigidas menores y en definitiva la creación de riqueza nacional.

#### **III**

Respecto al concurso voluntario, la Ley considera un itinerario lógico que debiera seguir el deudor que no ha conseguido solventar los problemas de su empresa mediante acuerdos mercantiles ordinarios y habituales en la práctica mercantil diaria.

En este caso, necesitada del auxilio de la legislación concursal, la Ley contempla la comunicación judicial de inicio de negociaciones cuyos acuerdos basados en un plan de viabilidad completo, razonable y factible a juicio de un experto independiente, podrán

ser objeto de posterior homologación por parte del juez y por tanto hacer extender su cumplimiento a terceros disidentes.

Si a juicio del experto el plan presentado no demostrara suficientemente la viabilidad a medio plazo de la empresa, procedería iniciar el procedimiento del concurso voluntario, aunque todavía no se hubiera producido la iliquidez y / o el desbalance y éstos sólo fueran inminentes. La Ley incentivará positivamente esta actuación tempestiva del empresario en sede de calificación del concurso si finalmente fuera necesario abrir la fase de liquidación.

Cabe también la posibilidad de que el deudor no opte por estos acuerdos de refinanciación y efectúe directamente la solicitud de concurso voluntario por insolvencia (iliquidez y / o desbalance) actual o en los dos próximos meses, pero este proceder puede disminuir las posibilidades de conservar su empresa. Asimismo existen unos plazos temporales de anticipación a la insolvencia prevista tanto para los acuerdos de refinanciación como para la solicitud de concurso voluntario que limitarán, de alguna manera, la posibilidad de elección del deudor.

#### **IV**

Dada la importancia que para las soluciones conservativa o liquidativa del concurso tiene la actuación rápida, a efectos de no incurrir en procesos largos e infructuosos, la Ley emplazará a clasificar a la empresa como viable económicamente o como inviable al inicio del proceso después del nombramiento del administrador concursal. Éste será el encargado de realizar la clasificación en base a la opinión profesional y experta que le merezca el plan de viabilidad presentado por el deudor con la solicitud, adjuntado a su propuesta de convenio.

La solución rápida y económica del concurso trata de alcanzarse incentivando adecuadamente que el deudor comunique, de forma temprana, el inicio de negociaciones para lograr el acuerdo de refinanciación o solicite tempestivamente el concurso voluntario y si estima que su proyecto de empresa es viable económica y financieramente presente con la solicitud, junto a la propuesta de convenio, plan de viabilidad y en caso contrario solicite la liquidación aún cuando no se hubiera producido todavía la insolvencia (iliquidez y/ o desbalance) efectiva pero ésta resultara, previsiblemente, inexorable en un futuro cercano.

#### **V**

Otro de los vectores de la reforma es el que pretende favorecer la solución conservativa de las empresas viables entradas en concurso. Así se plasma en el reforzamiento de la posibilidad de realizar modificaciones estructurales durante el concurso.

A igual propósito responde la consideración expresa de que los créditos nacidos tras la aprobación del convenio han de ser, en caso de apertura posterior de la fase de liquidación, créditos contra la masa. Ciertamente esta posibilidad de incumplimiento aunque debe ser considerada, porque nunca existe certeza absoluta del cumplimiento de las predicciones e hipótesis realizadas en el mundo económico, sí se considera que será residual, toda vez que esta Ley se dota de mecanismos para asegurar que los planes de viabilidad propuestos y aprobados gocen de suficientes garantías que las ciencias económicas y empresariales aportan.

## **X**

En definitiva, esta Ley trata de poner fin al estigma que hasta ahora ha lastrado a la concursada porque promueve la actitud diligente de su administración societaria, en el sentido de que se incentiva que ésta sea activa en la búsqueda de soluciones, primero privadas y, después en el marco de la Ley Concursal. Y también promueve, en caso de aprobación de convenio, la percepción externa de que la empresa es viable, puesto que la Ley es detallista, exigente y rigurosa al solicitar la opinión profesional e independiente que así lo considere.

## **2 EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

### **II**

La finalidad esencial del concurso es la máxima satisfacción de los acreedores. Para dar cumplimiento a la misma, la Ley permite la conservación de la empresa identificada como viable, así los acreedores disidentes que no voten el convenio también se verán afectados por el mismo. Sin embargo, si una empresa clasificada como viable, por el profesional independiente (administrador concursal en sede de concurso, experto externo nombrado por el registrador mercantil en sede de acuerdos de refinanciación), no consigue la aprobación de su convenio y de su plan de empresa por la mayoría estipulada en la votación de los acreedores, procederá la liquidación en sede de concurso o la entrada directa en concurso, en sede de acuerdos de refinanciación. Como se observa prima la satisfacción de los intereses de los acreedores y si éstos no votan la propuesta se entiende que la empresa no obtiene la viabilidad financiera en los términos propuestos.

La unidad de procedimiento impone la de su presupuesto objetivo, identificado con la insolvencia, que se concibe como situación de iliquidez, sobreseimiento generalizado de pagos, o como situación de desequilibrio patrimonial o desbalance, en el sentido de que el valor de los bienes y derechos de la empresa es inferior al valor de sus obligaciones.

Si la solicitud de concurso la insta el propio deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, si bien en este caso no sólo podrá ser actual, sino futura, prevista como inminente. Una referencia temporal adecuada para definir el concepto “inminente”, a efectos de esta Ley, es la consideración de máximo dos meses de anticipación. Se admitirán períodos superiores debidamente justificados por el deudor a criterio del juez.

El sistema legal promueve la actitud diligente de la administración de la sociedad, estableciendo incentivos para la búsqueda temprana de soluciones y, en su caso, de solicitud de concurso. En este sentido, en sede de liquidación, si ésta se ha producido de forma tempestiva en los distintos momentos que contempla la Ley, se establecerá una presunción *iuris tantum* de concurso fortuito. Si la liquidación se produce tardíamente, porque el deudor no utiliza estos plazos, la calificación del concurso será culpable, con presunción *iuris tantum*, por falta de gestión diligente como un “ordenado empresario” que correspondía, con mayor celo, en etapas preconcursales.

La estructura del procedimiento en el caso de concurso voluntario se articula en una fase común que puede desembocar en una fase de aprobación de convenio o de liquidación. La fase común se abre con la declaración de concurso. Corresponde en ella la realización de los informes de la administración concursal, (determinación masa activa,

masa pasiva, prelación de los créditos, evaluación del plan de viabilidad y la propuesta de convenio). Finalizada ésta se abrirá la fase de aprobación de convenio por la Junta de acreedores si derivado del informe de la administración concursal, la empresa se considera viable. Si la propuesta de convenio no es aprobada por la Junta de acreedores, o la empresa se ha clasificado como no viable a la vista de la valoración externa del plan de viabilidad presentado, se abrirá la fase de liquidación.

### III

La declaración de concurso, por si sola, no interrumpe el ejercicio de la actividad profesional o empresarial. Sin embargo, una vez clasificada la empresa como no viable en base a la opinión experta del administrador concursal, apoyada en la valoración del plan adjuntado por el deudor, y una vez evacuados el resto de informes encomendados al administrador concursal así como resueltas las impugnaciones existentes, sí se interrumpirá este ejercicio para iniciar la liquidación, salvo que la venta sea de unidades activas o en globo.

Y ello a pesar de poder no estar inmerso, todavía, en una insolvencia efectiva.

El efecto de obligatoria y limitada espera para los titulares de garantías reales afectos a la actividad que no hayan votado el convenio, se considera justo en el tratamiento de los intereses implicados en el concurso, que han de sufrir un sacrificio en aras de la solución definitiva y más beneficiosa para el estado de insolvencia. Este tratamiento, consideramos, no perjudica el objetivo del concurso que es la máxima satisfacción de los acreedores. No se percibe perjuicio a los acreedores garantizados por no poder ejecutar inmediatamente sus garantías en caso de ser ésta su voluntad puesto que si el estado de dificultad de la empresa no ha alcanzado todavía la insolvencia no habrá mora en las obligaciones exigibles avaladas, y si ha incurrido ya en insolvencia el sobreseimiento será mínimo.

Por otra parte si la empresa se estima viable económicamente a medio plazo se considera que podrá satisfacer la remuneración de los capitales ajenos utilizados. Se ha procurado así permitir planteamientos realistas, que sin menoscabar la naturaleza de los derechos reales ni perturbar el mercado del crédito, muy sensible a la protección de garantías en caso de insolvencia del deudor, no impidan sino que hagan viables soluciones beneficiosas para el interés del concurso que es maximizar los intereses de los acreedores promoviendo la conservación de las empresas viables y la liquidación temprana de las inviables.

En cualquier caso, como contrapartida la Ley Concursal es exigente con la actitud del deudor, y penaliza no sólo el comportamiento doloso o gravemente culposo como hasta ahora, sino que se amplía al grado, simplemente culposo. Estándar de conducta que no es extraño para el ordenamiento jurídico puesto que ya se contempla en el deber de conducta de los administradores societarios en la Ley de Sociedades de Capital.

En esta sede concursal la negligencia proviene, a salvo de la actuación de los administradores sociales en el período de preinsolvencia, de la no utilización de los mecanismos legislativos para actuaciones tempranas porque, *iuris tantum*, se presume que esta actuación perjudica los intereses de los acreedores.

#### **IV**

En referencia a la administración concursal...son funciones esenciales de este órgano las de intervenir los actos realizados por el deudor en el ejercicio de sus facultades patrimoniales o sustituir al deudor cuando haya sido suspendido en ese ejercicio, así como la de redactar el informe de la administración concursal al que habrán de unirse el inventario de la masa activa, la lista de acreedores y, en su caso, la evaluación de las propuestas de convenio presentadas así como la pronunciación sobre la factibilidad del plan de viabilidad presentado conjuntamente. En este último caso se destaca la importancia esencial que tiene esta evaluación porque en base a ella se va a calificar la empresa como viable o no y, por ello, se va a señalar el procedimiento a seguir, conservación si la valoración es positiva y lo aprueban los acreedores o liquidación si la valoración es negativa o no resulta aprobado por los acreedores.

El informe de la administración concursal se pronunciará, como mínimo, acerca de si: la información aportada es completa, con todos los contenidos que corresponden a un documento de este tipo, los datos presentados tanto cualitativos como cuantitativos son confiables, no detectándose errores significativos, las hipótesis y previsiones son coherentes y razonables en función de esos datos, de los datos del entorno y del sector. Se pronunciará asimismo acerca de la situación interna de la empresa y de su evolución histórica, y de la nueva estrategia y planes de acción marcados, y finalmente manifestará que no se detecta incoherencia alguna en todo el documento.

#### **VI**

El convenio es la solución normal del concurso para las empresas viables económica y financieramente, en caso contrario, la solución normal es la liquidación tempestiva.

La regulación de esta propuesta anticipada permite, incluso, la aprobación judicial del convenio, siempre que la viabilidad teórica del mismo haya quedado suficientemente comprobada a juicio del experto independiente.

La finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial viable que suponga la maximización de los intereses de los acreedores, puede cumplirse a través de un convenio aprobado por la mayoría establecida de acreedores, (el voto positivo es garantía de que los acreedores maximizan su interés con la continuidad del empresario), a cuya propuesta se acompañará un plan de viabilidad con el contenido mínimo requerido.

La aprobación del convenio no produce la conclusión del concurso, que sólo se alcanza con el cumplimiento de aquél. Dada la restricción de derechos de los acreedores que el concurso produce, la ejecución de las acciones contempladas en el convenio estarán supervisadas por la administración concursal a fin de evitar que el deudor modifique en tiempo o en contenido los compromisos que ha adquirido.

La Ley, en coherencia con su objetivo fundamental que es obtener la máxima satisfacción de los intereses de los acreedores, en caso de liquidación promueve la venta de la empresa en su totalidad o por unidades productivas o por elementos del activo individuales si con alguna de estas fórmulas el valor obtenido es superior.

## **VIII**

La Ley que busca que el deudor tenga una actitud de buena fe, pero al mismo tiempo diligente, puede calificar como culpable el concurso, en la sección de calificación, por la inactividad o la acción tardía del concursado, salvo que pueda demostrar que esta actuación tardía no ha agravado la situación lo que, con carácter general, será difícil de probar.

### **TÍTULO I DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO**

#### **Art. 2 Presupuesto objetivo**

2 Se encuentra en situación de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles y/o que se encuentra en situación de desequilibrio financiero en el sentido de que el valor de su activo realizable es inferior al valor de su pasivo.

3 Se encuentra en situación de insolvencia inminente, a efectos de esta Ley, el deudor que entrará, de mantenerse la tendencia iniciada y siempre que ésta sea una previsión razonable a la vista de las circunstancias, en iliquidez o en desbalance en algún momento dentro como máximo de los próximos doce meses para, comunicación judicial de inicio de negociaciones o, dentro como máximo de los dos próximos meses, para solicitud de concurso voluntario. Si llegados los dos últimos meses antes de incurrir en insolvencia, no se ha producido la negociación de acuerdos, o éstos no han concluido positivamente procedería entrar en concurso voluntario directamente sin necesidad de solicitud.

#### **Art. 5 deber de solicitar la declaración de concurso**

1 El deudor debe solicitar el concurso dentro de los dos meses antes de producirse la insolvencia real en términos de desbalance y/o de liquidez. Alternativamente, puede informar al juzgado del inicio de negociaciones entre los doce meses y los dos meses antes de que previsiblemente se vaya a producir la insolvencia anterior.

3 No cabrá comunicar al juez el inicio de negociaciones acontecida la insolvencia (iliquidez y /o desbalance) real. En esta situación sólo cabrá la solicitud de concurso y la clasificación de la concursada como viable económicamente o no.

#### **Art. 5 bis Comunicación de negociaciones y efectos sobre el deber de solicitud de concurso**

2 No se podrán comunicar el inicio de negociaciones desde el plazo de los dos meses anteriores a incurrir, previsiblemente, en insolvencia real. En este período corresponde solicitud de concurso voluntario.

#### **Art. 6 Solicitud de concurso**

1 En el escrito de solicitud de declaración de concurso voluntario, el deudor expresará si su estado es de insolvencia efectiva o si la prevé inminente. Indicará también las acciones previas que ha realizado, (intento de acuerdos privados documentados, intento

de negociaciones comunicadas judicialmente, intentos de reorganización, de reestructuración financiera, de exploración de nuevos mercados, nuevos productos, recapitalización, desinversión de activos no afectos, etc) y presentará los documentos probatorios de las mismas.

2 La memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor, de la actividad o actividades a que se haya dedicado durante los tres últimos años y de los establecimientos, oficinas y explotaciones de que sea titular, de las causas del estado en que se encuentra y la propuesta del proyecto empresarial que plantea y que entiende como factible y económica y financieramente viable a medio plazo así como la propuesta de convenio para presentar a los acreedores.

## **CAPÍTULO II**

### **SECCIÓN 2ª**

#### **Art. 15 Previsión sobre la solicitud de otro legitimado y acumulación de solicitudes**

3 Durante el período de negociaciones comunicadas judicialmente para refinanciación no se admitirán solicitudes de concurso necesario, dado que al estar en tiempo de insolvencia inminente no se habrán producido los supuestos contemplados en el art. 2 punto 4.

### **SECCIÓN 3ª**

#### **Art. 21 Auto de declaración de concurso**

El carácter necesario o voluntario del concurso, con indicación, en su caso, de que el deudor ha solicitado la liquidación o ha presentado propuesta de convenio apoyado en un plan de viabilidad que supone la viabilidad económica y financiera de su proyecto de empresa. No cabe que el deudor presente, en concurso voluntario, una propuesta de convenio en un momento posterior a la presentación de la solicitud. Sólo cabrá abrir fase de convenio para los acreedores cuando éstos presenten una propuesta en caso de concurso necesario que para llevarse a cabo requerirá la aceptación del deudor, en caso contrario procede la liquidación. Excepcionalmente se permite que los acreedores presenten propuesta de convenio apoyado en un plan de viabilidad a implementar por el deudor si éste así lo considera.

En concurso necesario, no cabe que el deudor presente propuesta de convenio y plan de viabilidad adjunto, por cuanto ya no sería una actuación temprana y por ello sólo sería posible la liquidación.

## **TÍTULO II DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL**

### **CAPÍTULO II**

## **Art. 36 responsabilidad**

Los administradores concursales y auxiliares delegados responderán frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la Ley o realizados sin la diligencia debida, con especial incidencia en lo que se refiere a su función de evaluación del plan de viabilidad, dada su especial trascendencia. A este respecto, se asegurará que el documento contiene todos los aspectos generalmente aceptados por la profesión y que la opinión se ha formado realizando un trabajo de conformidad con las Normas Técnicas de la administración concursal emitidas por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. La calidad del trabajo efectuado para emitir la opinión sobre el plan de viabilidad será enjuiciada de acuerdo a los estándares de la profesión.

## **TÍTULO III DE LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO**

### **CAPÍTULO I**

## **Art. 43 Conservación y administración de la masa**

3.1º Los actos de disposición que la administración considere indispensables para garantizar la continuidad de la actividad durante el período de tiempo de evaluación del plan de viabilidad, de votación de la Junta de acreedores, si la empresa ha sido calificada como viable y en cualquier caso que corresponda hasta decretar su liquidación.

## **Art. 44 Continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial**

1 La declaración de concurso voluntario no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor, salvo que con la solicitud no presente plan de viabilidad y propuesta de convenio.

2 En caso de intervención prevista para el concurso necesario en el tiempo que estriba desde el Auto de resolución de concurso hasta la apertura de liquidación, y con el fin de facilitar la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor (si se pretende una venta en globo), la administración concursal podrá determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía, quedan autorizados con carácter general.

## **TÍTULO IV DEL INFORME DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL Y DE LA DETERMINACIÓN DE LA MASA ACTIVA Y PASIVA DEL CONCURSO**

### **CAPÍTULO I**

## **Art. 75 Contenido del informe**

2.3º Será parte esencial del informe de la administración concursal la evaluación de la propuesta de convenio y del plan de viabilidad que lo acompaña cuando ésta es presentada. A estos efectos, el informe explicará pormenorizadamente la fiabilidad de los datos en los que se basa, de la razonabilidad de sus presunciones a la vista de la información de las circunstancias del entorno manejadas, así como la factibilidad de su cumplimiento teniendo en cuenta la estrategia planteada y sus circunstancias internas.



## **CAPÍTULO III**

### **SECCIÓN 3ª**

#### **Art. 92 Créditos subordinados**

No tendrán la consideración de créditos subordinados los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a los que se refiere el artículo siguiente, salvo que se pruebe fraude cometido

## **TÍTULO V DE LAS FASES DE CONVENIO O DE LIQUIDACIÓN**

### **CAPÍTULO I**

#### **SECCIÓN 1ª**

#### **Art. 100 Contenido de la propuesta de convenio**

2 Las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad profesional o empresarial propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio. Se adjuntará necesariamente el documento cuyo contenido indique que del resultado de la evaluación practicada por la administración concursal se entiende que el plan de viabilidad presentado por el adquirente recoge con una garantía razonable la posibilidad teórica de cumplimiento.

5 Sólo se entiende la aprobación de un convenio cuando la continuidad de la empresa viable suponga su rentabilidad económica, en el sentido de que el valor de los *outputs* que genera es superior al valor de los *inputs* que utiliza para generarlos. Con el margen obtenido podrá satisfacer las deudas exigibles en un plazo de tiempo determinado. En este sentido, el administrador concursal se asegurará todo lo que resulte posible de la calidad del plan de viabilidad y si éste puede apoyar suficientemente su opinión profesional favorable.

#### **SECCIÓN 3ª**

#### **Art. 104 Plazo de presentación**

1 El deudor sólo podrá presentar propuesta de convenio junto con su solicitud de concurso voluntario, posteriormente decae esta facultad.

#### **Art. 107 Informe de la administración concursal**

2 La administración concursal evaluará el contenido de la propuesta de convenio en atención al plan de viabilidad que le acompaña y que recogerá toda la información necesaria para la clasificación teórica de la empresa como viable o inviable. Si la evaluación fuera favorable, se unirá al informe de la administración concursal. Si fuera desfavorable o contuviera reservas se presentará en el más breve plazo al juez para que éste de traslado al deudor y habilite un plazo, no superior a quince días, para que lo modifique y presente un contenido modificado que tenga en cuenta las recomendaciones de la administración concursal.

El informe definitivo de la administración concursal será vinculante para el juez, quien sólo podrá dejarlo sin efecto, y en ese caso solicitaría un informe nuevo a otro experto independiente, si el deudor impugnara la evaluación realizada y el juez estimara que ésta se había producido sin la diligencia profesional exigida, esto es, sin seguir las Normas Técnicas que corresponden a su profesión.

#### **SECCIÓN 6ª**

##### **Art. 127 Sometimiento a la aprobación judicial**

En el mismo día de conclusión de la Junta de acreedores o en el siguiente hábil, el secretario elevará al juez el acta y, en su caso, someterá a su validación el convenio aceptado. El juez se asegurará que la aprobación ha respetado todas las prevenciones legales y en especial en lo que hace referencia a la diligencia profesional del informe de evaluación de la administración concursal sobre el plan de viabilidad presentado, principalmente a nivel formal.

#### **SECCIÓN 7ª**

##### **Art. 133 Comienzo y alcance de la eficacia del convenio**

Además de lo anterior la ejecución del convenio aprobado será supervisada por la administración concursal, quien se asegurará que las acciones y decisiones en él previstas se llevan a cabo en sus propios términos y no se realizan modificaciones sustanciales no justificadas.

### **CAPÍTULO II**

#### **SECCIÓN 1ª**

##### **Art. Apertura de oficio de la liquidación**

Procederá la apertura inmediata de la liquidación cuando del informe de la administración concursal se derive la inviabilidad de la empresa y éste no haya experimentado cambios en sentido contrario.

### **TÍTULO VI DE LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO**

#### **CAPÍTULO I**

##### **Art. 164 y 165**

Se amplía los supuestos de calificación de concurso como culpable en los siguientes términos:

En el caso de concurso voluntario, cuando se solicite éste de forma tardía y/o el deudor no pueda acreditar haber realizado actuaciones tendentes a resolver la situación de precrisis en los meses previos a que ésta aparezca. Es decir, que estamos proponiendo una presunción de culpabilidad *iuris tantum*, cuya carga probatoria que la desactive correrá a cargo del deudor.

Cuando la inacción del deudor ha provocado la solicitud de concurso necesario.

En ambos casos, con presunción *iuris tantum*, se presumirá que la actitud negligente del deudor ha agravado la insolvencia y ha perjudicado los intereses de terceros.

No procederá la calificación como culpable, con presunción *iuris tantum*, cuando el deudor solicite tempestivamente la liquidación y acredite las acciones realizadas durante los meses anteriores tendentes a revertir la situación, al presentar la solicitud de concurso voluntario dentro de los dos meses anteriores a la insolvencia real o si presentada solicitud de concurso voluntario en el mismo plazo, acompañando una propuesta de convenio apoyado en un plan de viabilidad informado favorablemente por el administrador concursal, aquél no ha resultado aprobado por la Junta de acreedores.



## **PARTE SEGUNDA**

Integración de disciplinas en el sistema concursal: económica, financiera y jurídica. La profesionalización de los administradores societarios y de los administradores concursales



En los primeros capítulos de este trabajo de investigación se ha estudiado cómo debe ser el diseño de un sistema concursal óptimo en términos de eficacia y de eficiencia.

Se han expuesto asimismo algunas de las características más controvertidas del sistema concursal español actualmente en vigor, a la vez que se han analizado de acuerdo a los criterios de la doctrina y de los tribunales.

Finalmente, se ha presentado una propuesta que incidiendo sobre el concurso voluntario, aunque no desde todas sus vertientes posibles, entendemos puede ayudar a la normativa de insolvencia española en esa búsqueda de la optimización en eficacia y en eficiencia que el ordenamiento jurídico pretende.

En los siguientes capítulos se profundizará, no exhaustivamente porque serían materias de otras investigaciones, en los tres pilares fundamentales sobre las que descansa nuestra propuesta:

1 La integración, en el sistema concursal español, de las disciplinas científicas directamente relacionadas con la insolvencia y las crisis empresariales (económica, empresarial, financiera y de administración de empresas). A través del contenido de la Ley Concursal y/o de su posible desarrollo reglamentario, integrando el conocimiento y los criterios que pueden ayudar al juez a formar la convicción razonable en la que basa sus Resoluciones y Autos y a los profesionales del procedimiento concursal (administración concursal y expertos independientes) a desarrollar su pericia.

2 Un ordenamiento jurídico diseñado para que los administradores societarios efectúen sus funciones de administración y gestión de acuerdo al estándar de conducta de un ordenado empresario, lo que implica tener la capacidad adecuada para cumplirlo.

Sólo actuando de esta manera, entendemos, el ordenamiento debe proteger mediante las formas mercantiles societarias a los administradores sociales para que no extiendan su responsabilidad y, por tanto, protejan su patrimonio en caso de insolvencia sobrevenida.

Nos parece que de esta manera se equilibra la necesaria limitación de responsabilidad de los administradores y / o empresarios en el tráfico mercantil con la necesaria seguridad de la satisfacción de los créditos otorgados y se reparte entre las partes intervinientes en el comercio o industria la asunción de los riesgos inherentes a la actividad, pero no así los riesgos de la mala *praxis* profesional que cada responsable debiera asumir.

3 A la vista de las importantes funciones, principalmente determinar la viabilidad o inviabilidad económica de las empresas en crisis que soliciten el amparo de la Ley Concursal, que la administración concursal económica debe desarrollar y, por tanto, de

la responsabilidad a la que está sometida, haremos una propuesta para definir su perfil profesional, criterios orientadores, Normas Técnicas y organismo regulador que sirvan para ordenar la profesión, incrementar la calidad y homogeneidad de su trabajo y limitar y concretar su ámbito de responsabilidad. Elaboraremos una metodología exhaustiva que pueda servir de orientación para la importante función de valoración de planes de viabilidad presentados por los deudores que tiene asignada.

El primero, en nuestra opinión, está muy trabajado por la doctrina aún cuando queda mucha investigación por desarrollar. Nuestra principal aportación, por este motivo, consiste en el enfoque y la integración del conocimiento científico de todas las disciplinas que proponemos para el sistema concursal. El segundo también ha sido estudiado con intensidad cuando esta conducta diligente se exige frente a los socios, pero en mucha menor medida lo ha sido cuando se exige frente a los acreedores, en zonas preconcursales o concursales. De hecho, en este aspecto la posición doctrinal no es pacífica. Sin embargo, nos parece una cuestión central en la que se debe profundizar. Al respecto tomaremos una posición<sup>311</sup> que, aún cuando en este momento es minoritaria, estimamos tendrá un gran potencial. El tercero, creemos, realiza un planteamiento y desarrollo de la profesión de administrador concursal económico inexistente hasta el momento.

---

<sup>311</sup> Esta posición se pondrá de manifiesto en capítulos posteriores pero ya adelantamos que irá en la línea de incrementar la exigencia para que el administrador societario despliegue una conducta diligente “como un ordenado empresario”, sin fisuras, también frente a terceros en zonas de insolvencia o cercanas a ella.



**CAPÍTULO IV LA INTEGRACIÓN DE LA ECONOMÍA,  
CONTABILIDAD, FINANZAS Y ADMINISTRACIÓN DE  
EMPRESAS EN LA NORMATIVA CONCURSAL.**

**(Necesidad de integración y coordinación también de todas las leyes  
relacionadas del ordenamiento jurídico)**



## **1-INTRODUCCIÓN**

Dada la importancia que tienen las empresas para el bienestar económico porque crean riqueza organizando recursos y consiguiendo que mediante el proceso diseñado el valor de los *outputs* sea superior al de los *inputs* que consume, siempre será necesario que la ciencia, desde todas sus disciplinas, siga investigando para obtener un conocimiento individual e integrado. Dicho conocimiento permitirá mejorar el funcionamiento de aquéllas y de esta manera será factible incrementar la riqueza nacional y el bienestar de los ciudadanos.

Promover la colaboración entre la ciencia económica, con sus estudios sobre la macro y la microeconomía, las ciencias empresariales, con sus estudios sobre gestión y administración de empresas, estrategias, mediciones de rendimiento, y utilización de recursos, con las ciencias jurídicas, cada vez más perfeccionadas como reguladoras del marco jurídico que permita unas relaciones económicas más seguras, eficaces, eficientes y justas, será un reto al que el legislador tendrá que enfrentarse durante el siglo XXI, muy especialmente a través del Derecho regulador de las insolvencias.

Sin embargo, la realidad es que hasta la fecha esta pretendida integración de disciplinas no ha desplegado toda su virtualidad.

Adiego y González<sup>312</sup> realizan un análisis bibliográfico de los trabajos publicados en las revistas españolas durante el período de 2004 a 2010 sobre el concurso de acreedores y la Ley Concursal y constatan que de las 37 revistas analizadas, 32 son revistas jurídicas, 1 pertenece al área jurídica y económica y sólo 4 pertenecen al área económica. Asimismo, dos de las principales conclusiones que extraen son, en primer lugar que “el área económica y financiera es el campo donde menos han proliferado los trabajos de investigación o divulgación teórica; si además se tiene en cuenta el peso que los temas económico financieros tienen en un concurso, puesto que no sólo determinan las situaciones de dificultad sino que deben formar parte inevitable de cualquier solución concursal, auguramos un desarrollo amplio de los estudios futuros desde la perspectiva económico financiera. Y en segundo lugar, existe una gran laguna de la normativa concursal española en cuanto al plan de pagos y al plan de viabilidad”<sup>313</sup>.

---

<sup>312</sup> ADIEGO, M. J. y GONZÁLEZ, J. (2011): “Análisis bibliográfico del concurso de acreedores” , p. 16

<sup>313</sup> Este trabajo de investigación otorga una importancia esencial a ese documento como garante de la viabilidad de la empresa a medio plazo y como discriminador entre la vía conservativa y liquidativa del concurso. No desarrollaremos el contenido del documento directamente. Sin embargo, lo haremos de forma indirecta puesto que se aportará una metodología para una evaluación homogénea y de calidad de ese contenido.

Estamos muy de acuerdo con este planteamiento y por eso en este trabajo pretendemos integrar el conocimiento de las ciencias económicas y empresariales ya desarrollado, especialmente en materia de detección temprana de las crisis y de los factores que más éxito obtienen en la continuidad de la actividad de las empresas en dificultades con el Derecho societario español y, en especial, con el Derecho concursal. Y abundando en la idea, como ya se ha avanzado, se propondrá un papel efectivo más relevante para el documento, plan de viabilidad, de lo que contempla la Ley de Reforma 38/2011 en vigor y normativa posterior que la modifica.

Aunque, sin embargo, hemos de reconocer que tampoco faltan voces autorizadas que no estiman tan necesario o, en su caso, que se alcance tanta profundidad en el planteamiento integrador de las disciplinas. Así, Olivencia<sup>314</sup> considera, “pero lo que no puedo admitir es la relación entre crisis económica y deficiencias de la Ley Concursal para atajarla ni que se impute a ésta el incumplimiento de uno de sus fines, como es la continuidad de la actividad empresarial, la conservación de la empresa y los puestos de trabajo.

Parece olvidar el legislador que la Ley Concursal no es un instrumento de política económica para luchar contra la crisis; lo es de política jurídica para el tratamiento de la insolvencia del deudor, aisladamente considerado, incluso en la fase expansiva del ciclo económico. La Ley Concursal responde al derecho normal de tratamiento de una situación patrimonial anómala; la crisis es una situación anómala, excepcional, que debe tratarse con un Derecho extraordinario”.

Coincidimos profundamente con el profesor por cuanto ciertamente la Ley Concursal no es un instrumento de política económica y sí lo es de política jurídica en cuanto que resuelve una situación de conflicto de intereses. Coincidimos en el análisis de origen exógeno o endógeno, que hace en la primera parte de la cita. Sin embargo, nos parece que la crisis empresarial no es algo tan excepcional como se desprende de su aportación, sino que es un escenario que ocurre en varias ocasiones a lo largo de la vida de la empresa. En algunas de ellas, la mayoría, conseguirá resolverlas con los instrumentos mercantiles particulares existentes, pero puede que en alguna ocasión, cuando la crisis sea más severa de lo esperado, tenga que acudir al ordenamiento concursal. Cuando esto suceda, deberá encontrarse con una normativa que proporcione los resultados más eficaces y eficientes posibles, y que salvaguarde los intereses, dignos de tutela, de los acreedores al mismo tiempo que consiga, con carácter general, que las empresa viables se conserven y las inviables se liquiden de la mejor manera posible, lo que es de interés general para los ciudadanos.

Nótese que decimos con carácter general y ello porque consideramos que cualquiera de las dos posibles soluciones del concurso que se adopte, debe estar siempre subordinada al interés de los acreedores.

Una normativa de estas características ayudará a tener un tejido productivo más eficiente, que disponga de mejor financiación y a menor coste, con inferiores garantías y por tanto más dinámico y de mayor dimensión cuantitativa y, finalmente, que una vez llegado el ciclo económico contractivo colabore, junto con otros instrumentos, para alcanzar la salida más rápida y mejor de la coyuntura acontecida. Por tanto, aunque

---

<sup>314</sup> OLIVENCIA, M. (2012): “Los motivos de la reforma de la ley concursal”, p. 26

ciertamente no es un instrumento de política económica, y su contenido no debe relacionarse con el ciclo económico que se presente, no es menos cierto que puede y debe jugar un papel esencial en el Derecho regulador del tráfico mercantil. Y puede ser un buen instrumento, aunque quizás el último, para la continuidad de la actividad de las empresas viables. Los datos parecen confirmar esta idea<sup>315</sup>.

Sin embargo, es necesario afirmar que a pesar de que las conclusiones de numerosos estudios avalan la intensa influencia, aquí también expresada, que la regulación de la insolvencia puede tener en la economía nacional no puede conceptualizarse, ni por capacidad ni por finalidad, como un instrumento de política económica anticrisis o anticíclica y así habrá de tenerse en cuenta para no defraudar las expectativas depositadas. De esta manera compartimos la opinión de Olivencia<sup>316</sup>.

## **2-MATERIAS DE LA NORMATIVA CONCURSAL PERTENECIENTES A LA DISCIPLINA ECONÓMICA /EMPRESARIAL**

La predicción temprana de la crisis, la clasificación de las empresas según su viabilidad, en sus dos dimensiones económica y financiera, y la confiabilidad de los planes de viabilidad son tres áreas donde las ciencias económicas y empresariales tienen su campo de investigación al mismo tiempo que son materias extraordinariamente importantes en la regulación de la insolvencia porque afecta directamente a su eficacia y a su eficiencia.

### **2.1 la predicción de la crisis empresarial**

La predicción de la crisis de una empresa de forma certera y tempestiva y el análisis riguroso de sus posibilidades de viabilidad a medio plazo tienen una importancia vital

---

<sup>315</sup> BUIL, I. (2011): “La financiación de empresas en situación concursal: una visión española basada en el *debtor-in-possession financing* del sistema norteamericano de insolvencias”, p. 386. El autor extrae datos de un estudio desarrollado en EEUU, en virtud del cual obtiene que en EEUU en un 76% de los casos del *chapter 11* el concursado tiene acceso a algún tipo de financiación. Parece, por tanto, que esta figura es de uso común en los procedimientos concursales norteamericanos y quizás lo más sorprendente e importante, para el autor, es que el procedimiento concursal permite el acceso a fuentes de financiación a las que el concursado no había tenido antes del concurso.

Nota de la autora: hemos de manifestar que estos porcentajes de conservación de empresas inmersas en el procedimiento concursal de EEUU son significativamente más elevados que los que aparecen en otras publicaciones.

<sup>316</sup> OLIVENCIA, M. (2012): “Los motivos...”, op. cit., p. 26. Considera que una Ley Concursal no puede contener los efectos perniciosos de las crisis. La liquidación y extinción de las organizaciones no son imputables a ella y, por ello, liquidar una empresa no puede entenderse como un fracaso de la normativa de insolvencia. “Entre otras cosas, porque el fin esencial del concurso es la satisfacción de sus acreedores, y sólo cabe añadirle el de continuidad de la actividad y conservación de la empresa si el deudor y los acreedores en el convenio o el interés del concurso aprobado por los administradores concursales y, en definitiva por el juez en la liquidación, lo estiman conveniente, pero siempre con la condición de viabilidad o factibilidad”.

para promover la salud del tejido empresarial de un país, por tanto para el interés general, pero además para el interés concreto de los siguientes grupos:

- Acreedores comerciales, para determinar el riesgo comercial que es razonable mantener con la empresa cliente.
- Entidades financieras para valorar la aprobación de préstamos y la concesión de otros productos financieros (Acuerdo de Basilea II).
- Propietarios para conocer si su empresa tiene más valor en funcionamiento o liquidada.
- El Estado porque la empresa proporciona riqueza nacional.
- Trabajadores para conocer la estabilidad de su empleo.
- Los auditores porque deben realizar su trabajo teniendo en cuenta el riesgo existente de incumplimiento del principio de empresa en funcionamiento y dada la complejidad que entraña su determinación (posibilidad de errores y el problema de la profecía autocumplida), todas las herramientas de apoyo y objetivación de la opinión emitida serán bienvenidas.

### 2.1.1 Fines buscados a través de la anticipación en el tiempo de la apertura del concurso

De acuerdo a Palao<sup>317</sup>, los principales fines buscados, así como sus explicaciones, con la anticipación de la apertura del procedimiento son los siguientes:

- a)--Mayores activos. Pone de manifiesto cómo en la mayor parte de los concursos tramitados desde la entrada en vigor de la Ley Concursal 22/2003 y sus posteriores reformas no habría prácticamente masa activa para repartir, y sí la hubiera era, en cualquier caso, muy insuficiente. Pero pone en valor una actitud anticipativa, por parte de las partes implicadas, proclive a la maximización de esta masa activa ya que incluso cuando el deudor no consiga el acuerdo con los acreedores para mantener la actividad, sí se alcanzará, en grado superior, el fin del concurso que no es otro que la maximización de los intereses de los acreedores.
- b)--Economía procesal y de gastos. Debe presidir el diseño de todo el procedimiento la búsqueda de la celeridad y rapidez porque las operaciones mercantiles así lo demandan.
- c)--La continuidad de la actividad del deudor.

La anticipación permite tomar antes medidas sobre la actividad, debido a que una vez entrada en una insolvencia severa es muy difícil que la empresa pueda ser reestructurada.

---

<sup>317</sup> PALAO, J. M. (2013), “La insolvencia inminente...”, op. cit., pp. 44-49

Sin embargo, Palao no entiende el convenio de continuación como el fin de la reforma legal. La aprobación de un convenio corresponde a la voluntad de las partes y nunca un procedimiento debe tener a éste como un fin. En base a esta información la teleología del presupuesto de apertura de convenio “no es por tanto salvar empresas de la disolución, sino ayudar a aquéllas que ofreciendo al punto una prospectiva halagüeña de continuación eso aconsejen. Igualmente la Ley Concursal tiene por objetivo, como la anterior normativa, liquidar aquellas empresas perniciosas para los intereses generales de la economía de crédito<sup>318</sup>”.

d)--Mayor cuota para los acreedores.

Valora intensamente la anticipación porque aunque, como se reitera, el concurso no puede considerarse un mecanismo para la recuperación de empresas y, de hecho, en muchos ocasiones no será posible la aprobación de un convenio, en cualquier caso, la anticipación ayuda a disponer de una masa activa mayor para que pueda ser repartida entre los acreedores durante el proceso de liquidación.

e)--Evitar la asimetría informativa.

Y finalmente, concluye el investigador esta exposición considerando que el deudor común puede mantenerse encubriendo durante años su ostensible estado de déficit patrimonial en perjuicio de los acreedores. Esto puede llevarse a efecto a través del crédito mercantil, que habilite una continuidad en los pagos que no está respaldada por fuentes financieras propias. Dado que el deudor se encuentra en una situación privilegiada frente a sus acreedores, se produce una asimetría informativa<sup>319</sup>.

Sin embargo, predecir con suficiente anticipación una situación de precrisis o de crisis ligera no está exento de dificultades. Fernández del Pozo<sup>320</sup> admite la dificultad de caracterizar con suficiente rigor jurídico el concepto de preinsolvencia, pero considera como aproximación, que está definido por las siguientes características:

- 1) La existencia de factores claves que apuntan a un riesgo significativo o grave.
- 2) La consideración de que teniendo en cuenta, conjuntamente, todos los factores claves, agravantes y mitigantes del riesgo, la situación indica una alta probabilidad de que la empresa tenga comprometida su continuidad en un horizonte temporal de medio plazo.

---

<sup>318</sup> Como ya hemos expuesto en bastantes ocasiones a lo largo de este trabajo, nosotros consideramos que el fin del concurso es la máxima satisfacción de los acreedores. La Ley Concursal, a nuestro juicio y en nuestra propuesta, debe trabajar para conservar las empresas viables y liquidar las inviables tempestivamente, sólo porque estimamos que, en la mayor parte de los casos, este proceder ayuda a esa maximización. De hecho, hemos expresado anteriormente que cuando estos intereses de los acreedores se satisfacen en mayor medida con la liquidación que con la conservación, procederá la liquidación. Y ello es así porque los acreedores con su votación son los que tienen la última palabra para aprobar el convenio y el plan de viabilidad presentados e informados favorablemente por expertos. Si no se consigue esta aprobación debemos entender que la empresa será viable económicamente, pero no lo es financieramente porque no es capaz de atraer los recursos externos necesarios para su continuidad.

<sup>319</sup> A nuestro juicio ese problema planteado por PALAO, se soluciona estableciendo el desbalance o patrimonio neto negativo como presupuesto objetivo de la Ley Concursal, lo que hacemos en nuestra propuesta.

<sup>320</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2010): “El régimen jurídico preconcursal de los acuerdos de refinanciación (d. ad.4ª L C).Propuesta de reforma legislativa”, p. 147

Y ello es así porque no nos movemos por el terreno de la certeza, sino probabilístico, y también porque dado que todavía no se ha producido el incumplimiento de las obligaciones vencidas, la Ley Concursal que quiera incidir en la fase previa a la insolvencia real, debe proporcionar incentivos al deudor para una solicitud voluntaria pero no coercitiva dada la invasión que se podría producir en su esfera privada de gestión, como también Rubio<sup>321</sup> reconoce.

### 2.1.2 Alarmas tempranas

Los síntomas de la inviabilidad empresarial se manifiestan, temporalmente hablando, con carácter general mucho antes del momento de cierre de la empresa<sup>322</sup>. Meses o incluso años antes se puede percibir la entrada o el inicio de desequilibrios económicos, financieros, tecnológicos, de mercado, etc.

Las alarmas tempranas son indicadores cuyo comportamiento anómalo nos indica el desenlace futuro más probable de no producirse a tiempo el cambio de rumbo empresarial necesario. La administración social o el empresario, deben definir los indicadores más relevantes para su actividad y establecer una monitorización constante para tomar en cada caso las decisiones empresariales adecuadas o por lo menos razonables teniendo en cuenta el diagnóstico de cada situación. A este respecto también se pronuncia Fernández del Pozo<sup>323</sup> en su obra.

---

<sup>321</sup> RUBIO, P. J. (2006): “Prevención de la insolvencia y propuestas de reforma”, pp. 189-190. Entiende necesario la función preventiva de la Ley Concursal y por ese motivo admite que ésta utilice la insolvencia inminente, es decir, el riesgo o la probabilidad de insolvencia también como presupuesto objetivo del concurso, pero dado que no se está en un escenario de certeza sino, por el contrario, de incertidumbre exige determinar su significado y caracterización, “basta pensar que aquí estamos en presencia de un juicio de probabilidad donde el daño todavía no está hecho real o efectivo, existiendo, por tanto, un amplio margen teórico para la actuación autónoma del deudor, sobre todo allí donde además los indicios de amenaza de insolvencia no se manifiestan al exterior. De ahí que la incursión en su libre esfera de actuación, al margen de la expresa previsión legal, no sólo deba hallarse suficientemente fundada y justificada sino que las medidas adoptadas tienen que ser compatibles con aquélla y estar siempre presididas por la disposición de suficientes garantías al respecto”.

<sup>322</sup> Vid DIÉGUEZ, J. (2010): “Causa final del despido objetivo por necesidades de la empresa. La utilización de indicadores económico-financieros para su adecuada medición e interpretación”, p. 90, atribuye la garantía de la continuidad de la empresa a la consecución de dos objetivos fundamentales: el equilibrio financiero y el equilibrio económico. Del cumplimiento de ambos se deriva la viabilidad técnica de la empresa. “Pues bien, el proyecto empresarial que se declara inviable, previamente ha venido incumpliendo de forma reiterada uno o varios equilibrios, por tanto, el quebrantamiento de los mismos actúa como una verdadera alerta temprana de la inviabilidad empresarial”.

<sup>323</sup> Vid FERNÁNDEZ DEL POZO, J. L. (2010): “El régimen jurídico preconcursal de los acuerdos de refinanciación (d.ad.4ªLC).Propuesta de reforma legislativa”, p. 20. Define la prevención como el diagnóstico prematuro de la patología empresarial que necesita detectar rápidamente los síntomas de la crisis y lo hace mediante señales de alerta implementadas en la empresa. Lógicamente, con la finalidad de adoptar las medidas adecuadas. Pero aflora una cuestión de esencial interés, cual es la fuente de donde proviene esa información.

Vid FERNÁNDEZ DEL POZO, J. L. (2001): “Posibilidad y contenido de un derecho preconcursal. Auditoría y prevención de la crisis empresarial (art. 209.1.b) LSA”, pp. 92-93. Siendo la fuente contable la más pertinente para esa función nos encontramos, como pone de manifiesto el autor, que la “Ley contable no obliga en Derecho español a formular documentos previsionales ni a contrastar la situación de la empresa con el entorno competitivo; quien debe, bajo su responsabilidad, verificar la existencia de



De acuerdo con el documento “Procedimiento *Best*”<sup>324</sup>, las empresas, muy frecuentemente, no tienen diseñados e implementados procedimientos formales de alerta rápida. Tampoco la Ley incentiva para tenerlos. De hecho considera que, en algunos casos, ésta no indica con detalle suficiente el contenido adecuado o la información pertinente que se ha de publicar, ni cómo, ni cuándo se ha de facilitar la información. Esto provoca que en la práctica los empresarios tengan dificultad para reconocer tempestivamente que su negocio está en riesgo.

Es decir, parece que la Comisión detecta, en algunos casos, un problema de administración societaria diligente, o como exige el Derecho societario español como un “ordenado empresario”.

En el mismo sentido, se pronuncia Herbosa<sup>325</sup> quien en las conclusiones de su estudio encuentra, “en la mayoría de las ocasiones los gestores de las pymes no tienen cualificación necesaria para detectar las dificultades financieras y, cuando lo hacen, tardan más tiempo de lo recomendable en tomar las medidas y, en su caso, intentar un acuerdo de refinanciación con los acreedores que les permita remontar la situación”.

En materia de detección temprana de la crisis empresarial a través de indicadores de viabilidad y alarmas, la doctrina identifica varios problemas a resolver a efectos de incluirlos en el diseño de un sistema concursal:

-Cuál va a ser la definición de la crisis empresarial (iliquidez y /o desbalance), fundamentalmente como presupuesto objetivo de la Ley y su relación con la solicitud tempestiva.

-Cuáles son los indicadores de viabilidad que pueden proporcionar alarmas tempranas.

En este punto se plantean tres problemas añadidos: 1) la ausencia de un marco teórico para el desarrollo de los modelos de predicción de la crisis, 2) las indefiniciones a las que se enfrenta el analista contable referidas a la diversidad de conceptos de insolvencia, mencionamos al respecto a Ruiz<sup>326</sup> y 3) la no existencia de un marco

---

riesgo para la continuidad empresarial administradores y auditores básicamente en el ámbito de sus competencias”.

En relación a esta posición hacemos la siguiente consideración; como ya hemos indicado en capítulos anteriores y como abundaremos en capítulos posteriores este trabajo otorga una importancia capital a la diligencia en la gestión que deben desplegar los administradores societarios a efectos de conseguir una Ley Concursal que proporcione mejores resultados en términos de eficacia y de eficiencia.

Bien es verdad que, además, aún cuando su consideración excede el ámbito de esta investigación consideramos que la legislación societaria, al margen de la concursal, especialmente la que se refiere al Derecho contable y su regulación, debiera colaborar con el propósito concursal y especialmente con el propósito fundamental mediante el establecimiento de la obligación de elaborar y registrar otros documentos contables previsionales.

Esta obligación, creemos, resultará muy positiva no sólo en procesos de insolvencia sino adicionalmente para incrementar la calidad de la gestión que los administradores sociales desarrollan en sus empresas, especialmente en las de tamaño menor donde el problema es de mayor envergadura.

<sup>324</sup> “Procedimiento *Best*” (2003) Comisión Europea, p. 13

<sup>325</sup> HERBOSA, I.; GADEA, A.; LARENA, J. ; MONJE, O. (2012): “Mecanismos de prevención...”, op. cit., p. 87

<sup>326</sup> RUIZ, D. (2010): “El análisis de solvencia convencional. Problemas e implicaciones”, menciona a RODRÍGUEZ, MARTÍNEZ, ROMÁN: (1992:7), p. 13. Quienes ponen de relieve la necesidad de que se normalice el análisis contable ya que éste puede proporcionar una información adicional, a las cuentas anuales que las empresas han de elaborar, depositar y, por tanto, comunicar. La normalización obtendría

teórico de general aceptación para los modelos convencionales de análisis contable en general y de análisis de solvencia en particular.

Ruiz<sup>327</sup> considera que consecuencia del problema de la indefinición de la Ley sobre el presupuesto objetivo derivan los siguientes: al menos hay dos formas de aproximarse al estudio de la insolvencia, la patrimonial o legal que se apoya en la garantía que ofrece la organización a sus acreedores si ocurre la liquidación y, la correlación estadística entre el equilibrio económico financiero y la fórmula económico financiera que analiza la capacidad de los flujos financieros generados por la empresa para afrontar a su vencimiento la totalidad de las deudas generadas de forma que se garantice la continuidad.

Por eso sostiene que uno de los efectos fundamentales de la ausencia del consenso académico en cuanto al concepto de insolvencia es que provoca que se utilice un elevado número de indicadores, principalmente ratios, para el estudio del equilibrio financiero, y por ese motivo consideran que no existe un marco teórico de general aceptación y por tanto hay una falta de normalización del análisis contable, especialmente para el análisis del equilibrio financiero.

Y a efectos de la propuesta que planteamos, la insolvencia empresarial como presupuesto objetivo de la Ley Concursal debe abarcar la perspectiva patrimonial, entendida ésta como desbalance o patrimonio neto negativo y también la perspectiva de la liquidez, como sobreseimiento generalizado de pagos. Y ello porque un desbalance cuyas causas no se corrigen conducirá con alta probabilidad a una iliquidez futura y, por tanto, a un incumplimiento de las obligaciones, con independencia del incumplimiento legal, en concreto de la Ley de Sociedades de Capital, que supondría la continuidad de la actividad empresarial en presencia de un patrimonio neto negativo.

Para la realización de nuestro trabajo se han considerado numerosos modelos publicados sobre predicción basados en ratios económico, financieros y de liquidez o flujo de caja, y casi unánimemente consideran tres dimensiones de ratios como los básicos o fundamentales: rentabilidad, solvencia y equilibrio financiero; adicionalmente, en algunos casos, se completan con información sobre la generación de *cash flows* libres, Ruiz<sup>328</sup>.

Aunque siempre es posible y deseable seguir avanzando en la generación de conocimiento conceptual a día de hoy, entendemos, hay suficiente consenso en la determinación de los ratios e indicadores económicos y financieros que mayor valor predictivo acumulan y que se corresponden con los ya mencionados, esto es, la solvencia, el equilibrio financiero, la rentabilidad y la generación de *cash flow* operativo.

---

un lenguaje común cuando se utilizan indicadores básicos que ahora son controvertidos por su fácil manipulabilidad y relativo desconocimiento de su contenido concreto. En el mismo sentido el artículo de MORENO, I. ; SIERRA, G. (2005): “La necesaria ampliación del marco de análisis sobre los riesgos empresariales en contabilidad”

<sup>327</sup> RUIZ, D. (2010): “El análisis de solvencia...”, op. cit., p. 3

<sup>328</sup> RUIZ, D. (2010), véase en el artículo estudios empíricos de Dambolena y Shulman, 1988; Dechow, 1994 entre otros, analizados por los autores citados, donde se relacionan la detección de la bancarrota o la capacidad de salir a flote de un proceso de insolvencia con la generación de flujos de tesorería procedentes de las operaciones.

### 2.1.3 Conceptualización de crisis/fracaso empresarial

Diferentes autores definen o consideran la crisis empresarial de distintas maneras.

Manzanaque<sup>329</sup> menciona la posición de Lev (1978) en virtud de la cual considera cómo la definición de fracaso es un concepto que la doctrina percibe como muy ambiguo y sobre el que no se alcanza suficiente consenso puesto que para unos significa una situación de insolvencia real, en términos de iliquidez porque la empresa no puede atender sus obligaciones de pago y, en cambio para otros supone una insolvencia técnica, es decir, cuando acontece el desbalance, por tanto, cuando el valor del activo realizable es inferior al valor del exigible o pasivo.

Para Renart<sup>330</sup> el fracaso empresarial es una situación extrema en la vida de una empresa. Coincide con el punto irreversible a partir del cual el único destino es la liquidación por motivos económico-financieros. Desde esta perspectiva diferencia el concepto de fracaso del concepto de crisis empresarial al entender la crisis como un estadio transitorio por el que pasa una empresa cuando está en dificultades económicas o financieras donde su evolución puede dirigirse hacia la conservación y, por tanto, mejora de la situación empresarial o a su liquidación cuando la conservación no es económicamente factible.

Atribuye, además, múltiples circunstancias que rodean al fracaso empresarial y aboga por matizar los conceptos relacionados y por reservar para este término el significado de crisis aguda empresarial definida, como el “estado por el que atraviesa una empresa con serios problemas económicos y/o financieros”.

De acuerdo con lo anterior<sup>331</sup> realiza un análisis sobre 6.118 empresas, que le ha permitido la elaboración de modelos *logit* individuales y globales y posteriormente su aplicación-predicción sobre 18.730 empresas de la región de Murcia, y en base a los resultados que obtiene concluye que los modelos sí predicen y sirven como instrumento de apoyo para la toma de decisiones. Resalta que los modelos son capaces de identificar estados que indican que las empresas están en situación de riesgo en el momento en el que han sido analizadas. Y el análisis se ha realizado únicamente con variables obtenidas del Balance y de la Cuenta de Resultados.

En este trabajo que presentamos, como en muchos otros de la literatura consultada, vamos a asimilar el concepto de crisis empresarial al concepto de fracaso empresarial y se utilizarán ambos indistintamente.

Utilizamos esta similitud conceptual en el sentido de que el fracaso empresarial no lo vamos a entender como cierre de empresa en todos los casos, sino también como aquella situación de la organización que no le permite remontar con los instrumentos habituales en el tráfico de mercantil, sino que necesita acudir al ordenamiento jurídico,

---

<sup>329</sup> MANZANEQUE, M. (2006): “Caracterización y predicción de los desenlaces del fracaso empresarial”, p. 41; En materia de predicción de crisis es interesante también el artículo de POMPE, P.P.M.; BILDERBEEK, J.; (2005): “The prediction of bankruptcy of small and medium sized industrial firms”, pp. 847-868

<sup>330</sup> RENART, A. (2007): “Una propuesta alternativa en la valoración del riesgo empresarial mediante la elaboración y aplicación a priori de modelos de predicción de alerta de crisis”, pp. 111-162

<sup>331</sup> RENART, A. (2007), pp. 111-162

en este caso al apoyo del Derecho concursal, ya sea en su versión más ligera como los acuerdos de refinanciación, o en sus versiones más severas como convenio o liquidación.

En definitiva, entendemos la crisis empresarial, por lo que se refiere a esta investigación, en relación con el concurso de acreedores. Por ejemplo: la crisis de rentabilidad unida a la crisis financiera, la existencia de otras como la crisis legal provocada por un cambio no previsto en la normativa que regula la actividad de la empresa y que hará que ésta incurra en una crisis de rentabilidad y financiera, entre otras muchas.

La crisis de rentabilidad se manifiesta como incapacidad para generar, con la actividad operativa de la empresa, recursos suficientes para mantener el valor de su patrimonio y retribuir los recursos propios y ajenos utilizados. En otras palabras, incapacidad para generar flujos de caja suficientes que le permitan atender las obligaciones vencidas y obtener un beneficio operativo suficiente para remunerar los capitales invertidos en el ejercicio de la actividad.

La crisis financiera supone la imposibilidad de que la empresa pueda atender a sus obligaciones en el momento de su exigibilidad. Adicionalmente, para nuestra propuesta, también se entiende como crisis financiera el desequilibrio financiero o patrimonio neto negativo. En este supuesto el Derecho societario obliga a remover la situación o a disolver la sociedad. Nuestra propuesta, como se ha indicado en el capítulo anterior permite al deudor solicitar concurso voluntario con el presupuesto objetivo de insolvencia inminente o real estando en situación de desbalance, cuando entienda que esta vía le facilitará la conservación si cuenta con un plan de viabilidad factible o le facilitará la liquidación, en este caso habrá con mucha probabilidad un déficit liquidatorio que tendrá que ser supervisado. Pero incluso en supuestos de desequilibrio financiero inminente, cuando todavía el patrimonio neto no sea negativo, pretendemos que pueda acudir a la solución concursal tempestiva.

Por tanto, reiteramos, para este trabajo de investigación se considera la crisis empresarial a efectos del ámbito de actuación de esta propuesta normativa concursal como una doble posibilidad: de sobreseimiento generalizado de pagos actual ó inminente, por tanto, iliquidez temporal o la vertiente más grave, como valor de los bienes y derechos de la empresa inferior al valor de sus obligaciones, quiebra técnica y que puede tener dos vías alternativas de solución, la continuidad y la liquidación.

Es decir, que el ámbito objetivo que proponemos es la crisis empresarial manifestada por iliquidez actual o inminente y/o por desbalance empresarial (patrimonio neto negativo).

#### **Fracaso Económico (actual o previsto)**

Rentabilidad < coste-----pérdidas  
iliquidez / suspensión de pagos -----quiebra técnica  
**Fracaso Financiero (actual o previsto)**

Fuente: Modificado de Manzaneque<sup>332</sup>

---

<sup>332</sup> MANZANEQUE, M. (2006): “Caracterización y predicción...”, op. cit., p. 47

Las crisis empresariales pueden sobrevenir por distintas razones solas o acumuladas. Entre ellas, por ineficiencias en la producción que afectarán a la rentabilidad, por obsolescencia del producto no prevista a tiempo para su reemplazo por otros de nueva generación, por errores estratégicos de la dirección, por crisis socioeconómicas, financieras, modificaciones de legislación, etc. En función del origen, las soluciones pueden ser variadas y sometidas a regímenes distintos. Así, por ejemplo, la empresa puede optar por, entre otras, una recapitalización, por negociar su continuidad con terceros y acreedores o por la liquidación.

Las dos primeras opciones serán más factibles si puede demostrar una rentabilidad actual o futura, en caso contrario, lo más aconsejable será acogerse a la liquidación.

Las dos últimas opciones podrán ejecutarse mediante un régimen privado o al amparo de un marco legal.

El sistema legal, por la responsabilidad que conllevan las insolvencias, será obligatorio en caso de no poder satisfacer a todos los acreedores y recomendable para los procesos de negociación, especialmente, cuando hay una pluralidad de acreedores por las ventajas que comporta.

En el caso de que la empresa opte por la liquidación puede ésta realizarse por la venta independiente de los activos o por la venta de la empresa como unidad en funcionamiento. Estas dos últimas opciones también podrán realizarse bajo un régimen privado o sometidas a supervisión legal, siendo este último aconsejable cuando se dan los supuestos anteriores.

El objeto de este trabajo se centra únicamente en las soluciones legales, concursales del fracaso/crisis empresarial.

Lo que sí parece cierto es que con carácter general, y salvo contadas excepciones, el fracaso de las empresas no se presenta en un instante. Suele acontecer un proceso de progresivo deterioro, más o menos largo, dependiendo principalmente de la fortaleza de la autofinanciación y de la intensidad de las pérdidas de cada ejercicio económico, que si no se corrige a tiempo puede desembocar en la liquidación concursal.

Durante este proceso distintos indicadores, principalmente contables y de mercado, irán avisando de la necesidad de cambio del rumbo empresarial seguido.

En esta línea, para Rueda<sup>333</sup>, con carácter general, la crisis de una organización es un proceso que suele iniciarse con problemas para autofinanciar el desarrollo de la actividad operativa de la empresa derivados de una obtención insuficiente de ingresos y / o liquidez para atender las obligaciones devengadas. Si los problemas de insolvencia leve no se solucionan a través de las decisiones adecuadas entonces la insolvencia, muy probablemente, se agravará y podrá derivar en una liquidación empresarial con un déficit importante para la satisfacción de los acreedores.

---

<sup>333</sup> RUEDA, J. A. (2004): “Diagnóstico...”, op. cit., p. 9

A la vista de los valores que toman los indicadores y que avisan del deterioro experimentado es imprescindible corregir y adecuar la gestión para evitar la liquidación si la empresa es rentable económicamente y viable financieramente.

Evitar la liquidación de una empresa de estas características proporciona beneficio a los propietarios, a los trabajadores, a los proveedores y a la sociedad.

Además debe tenerse en cuenta que en la mayor parte de los casos requiere menos esfuerzo consolidar una empresa que iniciar su desarrollo desde el origen.

El Derecho societario en general y el sistema concursal en particular, deberían promover que las empresas viables en el doble sentido, económico y financiero, no lleguen a un punto de no retorno. Al mismo tiempo, deberían hacerlo incentivando una actuación de la administración societaria suficientemente diligente.

#### 2.1.4 Dificultades para la predicción de la crisis empresarial y los métodos de predicción principales

A pesar de la trascendencia que la predicción tempestiva de la crisis empresarial tiene para la toma de decisiones de muchas partes interesadas (propietarios, administradores, acreedores, trabajadores, instituciones públicas, etc), y también para evitar un desenlace liquidativo cuando sea posible, su calidad y, por tanto, su valor predictivo entraña multitud de dificultades para los analistas por diversas razones.

La crisis empresarial en sentido amplio abarca un conjunto de situaciones que van desde una dificultad transitoria de tesorería<sup>334</sup> hasta la declaración legal de quiebra.

El futuro de la empresa puede estar condicionado por una deficiente capacidad de gestión de la administración societaria o por circunstancias externas difícilmente predecibles. Para AECA por una deficiente estructura organizativa, una estrategia equivocada, alteraciones del foro jurídico, modificaciones tecnológicas o el grado de turbulencia del ciclo económico<sup>335</sup>.

Aunque en la mayor parte de las ocasiones la crisis empresarial se suele identificar con un proceso, en algunos casos sobreviene de forma súbita, inevitable e imprevisible, incluso desde la perspectiva interna y en estos casos no será posible la predicción<sup>336</sup>.

La existencia de dificultades no debe provocar el abandono de las líneas de investigación. La doctrina es unánime al considerar la necesidad de ser más eficientes y

---

<sup>334</sup> FRAMIÑÁN, J. (2012): "Iliquidez transitoria y presupuesto objetivo del concurso: experiencia alemana y derecho español", p. 308. "En Alemania la incapacidad de pago transitoria, iliquidez transitoria se define recurriendo a criterios temporales y cuantitativos. Desde un punto de vista cuantitativo, el BGH presume que se encuentra en una situación de iliquidez transitoria aquel deudor que puede saldar su deuda vencida en un plazo de tres semanas en su totalidad o prácticamente en su totalidad, en concreto en más de un 90 %. Esta presunción admite prueba en contrario".

<sup>335</sup> AECA (2011): "Los modelos de predicción empresarial. Propuesta de una taxonomía", p. 2

<sup>336</sup> RUEDA, J. A. (2004): "Diagnóstico...", op. cit., p. 107

eficaces en la gestión adecuada de las varias crisis que las empresas padecerán a lo largo de su vida.

Al cumplimiento de estos objetivos deben ayudar los conocimientos profesionales y las investigaciones académicas pero también los ordenamientos jurídicos y ello porque alcanzarlos o acercarse a ellos suficientemente incrementará la riqueza del país. Por este motivo, desde este estudio se propone la utilización conjunta de las diferentes herramientas aplicables en cada momento. Una adecuada combinación proporcionará menores errores de predicción.

Distintos organismos internacionales, y diferentes documentos por ellos emitidos, como el acuerdo de Basilea II, predicen la necesidad de que las entidades financieras cuenten con métodos rigurosos que estimen la probabilidad de impago del crédito concedido a las empresas.

Por otra parte, también se les requiere a los auditores para que en la realización de su trabajo planteen el diseño de auditoría de tal forma que puedan valorar los indicios, a favor y en contra, que encuentran para formarse un juicio razonable acerca del cumplimiento del principio contable de empresa en funcionamiento.

Todos deben implicarse en la superación de los obstáculos que emergen en esta materia: los profesionales de la disciplina económica, los profesionales de la disciplina jurídica, el legislador, los jueces, organismos internacionales, etc, dado los evidentes beneficios que están en juego.

### 2.1.5 Modelos de predicción de la crisis empresarial

Los investigadores de la predicción de crisis elaboran modelos que tratan de predecir qué características comunes presentan las organizaciones en la antesala de la aparición de la crisis o en su versión más grave de la aparición del fracaso, cuando éste es irreversible o al menos necesita el apoyo del ordenamiento.

Sin embargo, a pesar de décadas de investigación no se han obtenido resultados totalmente exitosos, por diferentes motivos, AECA<sup>337</sup>:

-Las empresas que sufren problemas financieros suelen manipular la información contable con el objetivo de aumentar la confianza de los usuarios especialmente proveedores y entidades financieras. Obviamente, este problema se ve agudizado en las empresas no auditadas, que son las que conforman mayor parte del tejido empresarial.

-Las empresas pueden llegar a la crisis por distintos motivos y seguir distintos procesos para su continuidad o para la liquidación. En este sentido, AECA<sup>338</sup> realiza una clasificación posible para empresas fracasadas, entendida como las que solicitan concurso de acreedores. De acuerdo a las estadísticas la mayoría terminarían en

---

<sup>337</sup> AECA (2007): "El fracaso empresarial: características y tipos", p. 69

<sup>338</sup> AECA (2007), pp. 71-72

liquidación. La clasificación correspondería a tres grupos diferenciados que define como:

Agujero negro, lo define como aquellas empresas con fondos generados ordinarios negativos en, al menos, dos de los tres años anteriores al fracaso. Durante el último año la cifra del patrimonio neto se vuelve negativa.

Crecimiento fracasado, se considera cuando durante los ejercicios anteriores al fracaso el activo crece significativamente, es decir, crecimiento desorganizado. Este crecimiento provoca incrementos apreciables de la financiación ajena. Los fondos generados no crecen o lo hacen insuficientemente para asumir toda la carga financiera.

Revés, las empresas de esta clase son poco rentables, las rentabilidades económicas generadas por el desarrollo de su actividad operativa no suelen exceder en más de dos puntos el coste medio del pasivo ajeno.

Diagnosticar adecuadamente ante que tipología de crisis nos encontramos ayudará a planificar la alternativa más conveniente.

Algunos autores opinan que la ausencia de una teoría de la crisis y del fracaso provoca el sobreajuste de algunos modelos predictivos con el objetivo de conseguir la mayor tasa de éxito posible, lo que dificulta su aplicación generalizada.

A día de hoy, se consideran tres modelos principales de predicción de crisis:

1. Aquéllos que atienden a señales basadas en información no financiera. Son observables, principalmente, por los directivos de la organización: pérdidas de cuota de mercado, devoluciones, errores, reclamaciones, conflictividad laboral.
2. Análisis de los ratios provenientes de la contabilidad para las tres dimensiones más relevantes que son la rentabilidad, la solvencia y la liquidez, según la practica totalidad de las investigaciones realizadas.

Aunque podemos encontrar un estudio<sup>339</sup> en el que los expertos profesionales que desarrollaron una investigación, utilizando la metodología Delphi, opinaron que los ratios de estructura económica no eran tan determinantes como variables predictivas como lo eran otras variables que representaban valores intangibles para la predicción de crisis. Sin embargo, hay que señalar que el estudio se refería a cooperativas donde este tipo de valores puede tener más intensidad.

3. Proporcionados por la investigación empírica, es decir, por los modelo empíricos de predicción. Hay numerosas investigaciones basadas en el análisis de los indicadores que muestran las empresas. Algunas incluso de los años sesenta. Utilizando estos indicadores provenientes de la información contable de gran cantidad de empresas en situación de crisis se puede estimar, con alto grado de acierto, la probabilidad de que una sociedad entre en crisis a corto o medio plazo.

---

<sup>339</sup> SEGUÍ, E.; MATEOS, A.; MARÍN, M.M.; MARI, S. ; MICHAEL, M.(2011): “Factores determinantes en la predicción del fracaso empresarial en cooperativas: un análisis delphi”, pp. 22-23



Estos tres modelos utilizados conjuntamente pueden proporcionar muy buenos resultados predictivos:

1) Primer modelo: la información no financiera

Problemas más propios del ámbito operativo y de gestión que podrán manifestarse en una crisis financiera a más largo plazo y ser revelados por síntomas como:

- a) Pérdida de cuota de mercado.
- b) Contracción del mercado y del tamaño competitivo del sector de la empresa.
- c) Crecimiento desmesurado de las existencias.
- d) Obsolescencia del sistema productivo.
- e) Plantilla sobredimensionada.
- f) Salida del personal directivo clave.
- g) Falta de aprobación o de depósito de cuentas anuales en los plazos legalmente previstos.<sup>340</sup>

El investigador Terceño<sup>341</sup> y otros coautores dan un paso más en el avance y complemento de las teorías de predicción de la crisis empresarial. Teniendo en cuenta esta información no financiera incorporan un análisis de las causas que apoyan la elección de las distintas soluciones.

En este sentido, indican “desarrollamos un modelo global de diagnóstico de causas y síntomas utilizando metodología borrosa, para predecir situaciones futuras en las empresas. El modelo se basa en la construcción de matrices de incidencia de síntomas y causas que permiten definir grados de incidencia de diferentes enfermedades presentes en las empresas”.

---

<sup>340</sup> RUEDA, J. A. (2004): “Diagnóstico...”, op. cit., pp. 115-116. El autor propone catorce indicadores operativos, entre ellos los siete que mencionamos como señales de alarma que pueden indicar un problema de rentabilidad.

<sup>341</sup> TERCEÑO, A. ; VIGIER, H. (2008): “A model for the prediction of “diseases” of firms by means of fuzzy relations”, p. 2

## 2) Segundo modelo: análisis de ratios económico financieros

En este modelo<sup>342</sup> se utiliza la contabilidad<sup>343</sup> como fuente de información. Sin embargo, ésta presenta dos problemas fundamentales: la posible manipulación y la base retrospectiva de los datos que implica limitaciones para la prospección.

Los ratios económico financieros son los primeros indicadores utilizados como instrumentos de medición de salud empresarial. Así, Labatut, Molina y Pozuelo<sup>344</sup>, sitúan temporalmente el inicio de uso de los ratios en diferentes países. Determinan el inicio de su uso a finales del siglo XIX cuando los banqueros pedían los balances a sus clientes para conocer su grado de solvencia y en base a esta información decidir la concesión o, en su caso, la denegación de los créditos solicitados.

En lo que se refiere al valor informativo y predictivo de estos ratios hay multitud de literatura publicada. Entre ella destacamos a Mora<sup>345</sup> quien investiga la capacidad de los ratios financieros para predecir la crisis empresarial. Constata que el nivel de aciertos cuando se aplican los modelos a muestras externas, lo que tiene más utilidad en la práctica, puede llegar a un 95 % en el modelo de Blum (1974).

Esto proporciona una idea del alto valor predictivo de estas magnitudes. Conclusión a la que, por ejemplo, llegan Whittred y Zimmer<sup>346</sup>, quienes realizan una investigación, en la que analizando una muestra de empresas australianas de gran tamaño encuentran que la utilización de variables explicativas no aportan un incremento del contenido informativo sobre el que poseen los ratios económicos y financieros, aunque otros estudios como los realizados por Peel, Peel y Pope<sup>347</sup> llegan a conclusiones distintas.

Sí encontramos más uniformidad en las conclusiones cuando los estudios se centran en empresas pequeñas. Aquí sí se admite de forma generalizada que los mejores resultados los proporciona la información basada en ratios financieros combinada con otras variables como el sector, la pertenencia a un grupo y otras variables cualitativas.

Casanellas<sup>348</sup> presenta el importante estudio que Fermín Lizarraga en 1997 realizó en España sobre 120 empresas industriales de tamaño medio que habían iniciado un

---

<sup>342</sup> Vid este modelo en el ya clásico artículo de ALTMAN, E. I. (1968): "Financial ratios. Discriminant analysis and prediction of corporate bankruptcy"

<sup>343</sup> CABANAS, R. ; BONARDELL, R. (2008): "Operación acordeón, pérdidas y concurso en la sociedad de responsabilidad limitada", pp. 133-134, definen la contabilidad como "una técnica de índole económica, con base matemática, cuyo método se orienta a facilitar una buena administración de empresa, mediante la anotación ordenada y sistemática de los acontecimientos con trascendencia patrimonial ocurridos en la vida de la misma, y a proporcionar periódicamente información global sobre la situación patrimonial, financiera y de resultados de la unidad económica a través de unos documentos resuntivos tipificados, elaborados a partir de la refundición y síntesis de los registros metódicamente practicados, junto con una estimación valorativa de los elementos patrimoniales que permanecen vinculados a ella".

<sup>344</sup> Vid estos autores en RAPOSO, J. M. (2008): "El nuevo acuerdo de Basilea. Estimación de un modelo de calificación de pequeñas y medianas empresas para evaluar el riesgo de crédito", p. 209

<sup>345</sup> MORA, A. (1995): "Utilidad de los modelos de predicción de la crisis empresarial", p. 282

<sup>346</sup> WHITTRED; ZIMMER (1984), pueden consultarse en MORA, A. (1995), p. 288

<sup>347</sup> PEEL; PEEL y POPE, pueden consultarse en la obra de MORA, A. (1995), p. 288

<sup>348</sup> CASANELLAS, R. (2009): "El nuevo plan general de contabilidad y el concurso de acreedores", p. 396

expediente de suspensión de pagos durante 1993 y 1994, llegando a la conclusión que los ratios contraídos a partir del *cash flow* operativo no eran buenos indicadores del fracaso empresarial. La problemática se originaba por el hecho de que mientras las empresas sanas conseguían un aumento de dicha magnitud a través de un incremento de su capacidad de generar capital circulante, las futuras suspensas no lo conseguían así, sino sustituyendo dicha tendencia por las variaciones del saldo del circulante. “En efecto, las compañías insolventes pueden lograrlo disminuyendo su nivel de existencias, o aumentando sus plazos medios de pago, sin generar recursos.

En definitiva, si bien para predecir la insolvencia es conveniente analizar los flujos<sup>349</sup> de tesorería o efectivo, este análisis no debe olvidar las variaciones del circulante que se producen en situaciones cercanas a la insolvencia y que pueden ofrecer una mejora de dichos flujos sin suponer el aumento de su capacidad de generación a largo plazo”.

En nuestra opinión, derivada del análisis de numerosos estudios realizados hasta la fecha, podemos decir que los ratios económicos y financieros tienen una muy elevada capacidad predictiva cuando la contabilidad de base no está manipulada aunque en este caso la combinación con algunas variables cualitativas mejoran los resultados. Dado que la manipulación contable es más frecuente en empresas pequeñas no sometidas a auditoría, será en ellas dónde será más necesario combinar la utilización de variables financieras con otras variables explicativas para obtener mayores éxitos.

Sin embargo Raposo<sup>350</sup>, que realiza una investigación y analiza una muestra de más de veinticuatro mil estados contables de 1.200 pequeñas y medianas empresas españolas, obtiene que derivado de esa información contable con su modelo es capaz de clasificar adecuadamente, con nivel global de aciertos del 97,2 por ciento, las empresas problemáticas en sentido económico-financiero y las normales. Además de los ratios de rentabilidad, solvencia y generación bruta de fondos utiliza el ratio de estabilidad de equilibrio financiero que consigue mejorar los resultados<sup>351</sup>.

Nosotros agregaríamos también la información de la evolución del *cash flow* operativo. A pesar, como hemos visto, que puede ser objeto de manipulación principalmente a través de saldo de existencias. Si combinamos esta magnitud, por ejemplo, con la rotación podremos obtener una información depurada y útil.

---

<sup>349</sup> RODRÍGUEZ-VILARIÑO, M. L. (2009): “Solvencia y liquidez en época de crisis: un análisis empírico”, p. 48, “una empresa puede presentar un estado que muestre los recursos que ha generado y cómo los ha aplicado de una forma que parezca saneada; que ha podido obtener durante años un relevante beneficio en su Cuenta de Pérdidas y Ganancias; que posee un desahogado capital circulante; e, incluso, que sea positiva su capacidad de autofinanciación; pero, en cambio, sus flujos de efectivo han podido ser deficientes durante varios ejercicios económicos, con lo que corre el peligro de acabar en una suspensión de pagos, o incluso, producir quiebra a un corto o medio plazo”.

En el mismo sentido, PINKAS, B. (2008): “Eficiencia y racionalidad en el sistema concursal. El caso peruano”, p. 18, considera que la viabilidad de la empresa debe calcularse sobre el flujo de caja proyectado y no por la situación contable, de ahí surge, en su opinión, el cuestionamiento de la norma concursal sobre la protección a las empresas viables.

<sup>350</sup> RAPOSO, J. M. (2008): “El nuevo acuerdo de capital de Basilea: Estimación de un modelo de calificación de pequeñas y medianas empresas para evaluar el riesgo de crédito”, pp. 312-313. El autor realiza una investigación para evaluar empíricamente a través de un modelo de análisis discriminante, la cuestión de poder calificar a las pequeñas y medianas empresas en función de su riesgo de créditos.

<sup>351</sup> El equilibrio financiero es un concepto fundamental en el ámbito de la insolvencia empresarial. Por este motivo, en este trabajo proponemos que forme parte también del presupuesto objetivo de la Ley Concursal.

Dada la importancia esencial que esta información tiene para la toma de decisiones de los administradores societarios y de los acreedores, entre otros, no podemos renunciar a proponer que el Derecho societario debe ser más riguroso en la exigencia de que las empresas informen externamente de forma adecuada acerca de su situación económica y financiera<sup>352</sup>. Desde nuestro punto de vista, esto es una servidumbre necesaria derivada de la responsabilidad limitada que permiten algunas formas societarias<sup>353</sup>.

Por otra parte, la Ley Concursal define el presupuesto objetivo como sobreseimiento generalizado de pagos, es decir en términos de iliquidez, también por ese motivo las magnitudes relacionadas con la obtención de flujos de caja son importantes para determinar, en este caso, una posible situación de preinsolvencia.

Presentamos a continuación una batería simplificada de ratios económicos y financieros potentes para la predicción de la crisis empresarial siguiendo a Martín<sup>354</sup> en la interpretación y validez de los mismos. El autor relaciona los ratios que miden la distancia a la declaración del concurso, la distancia a la liquidación así como el endeudamiento. Esta batería de indicadores podría incluirse en la Ley Concursal, o en un Reglamento de desarrollo, para servir de orientación a los administradores sociales y a los jueces en la determinación de la existencia del presupuesto objetivo.

#### **A) La distancia a la declaración de concurso de acreedores**

La sociedad posee un patrimonio suficiente para pagar las deudas pero no dispone de liquidez. En este caso se pueden usar instrumentos que permitan medir la distancia que separa a la empresa de la situación de precurso o a la situación de solicitud de concurso.

#### **FONDO DE MANIOBRA**

---

<sup>352</sup>FERNÁNDEZ DEL POZO, J. L. (2001): “Posibilidad y contenido de un derecho...”, op. cit., pp. 92-93. El autor asignaba al art. 209.1.b de la antigua ley de Sociedades Anónimas una virtualidad como mecanismo preconcursal en la elaboración del informe de auditoría. Pero además le asignaba las siguientes funciones:

i) Que los administradores establezcan mecanismos eficientes de prevención (en su triple función de diagnóstico precoz de la situación, adopción de mecanismos inhibitorios de situaciones de riesgo, saneamiento pronta de la empresa en dificultades antes de que la situación sea irreversible; ii) Que los auditores verifiquen su efectividad; iii) Que en interés de los socios pueda ejercitarse una adecuada supervisión de estos extremos; iv) Que los terceros estén en condiciones de cierta igualdad para conocer la situación de dificultad por la que pasa la sociedad deudora(...). En este sentido son los administradores quienes al formular las cuentas anuales, tienen la obligación y son los responsables de verificar el cumplimiento del principio de empresa en funcionamiento porque así lo exige la normativa contable y además porque deberán formarse una opinión sobre la continuidad de la empresa si quieren emitir un informe de gestión que cumpla los requisitos de fondo de la Ley. “Ni que decir tiene que examinar la marcha de la sociedad y formular planes y previsiones, así como estimar las desviaciones y adoptar, en su caso, las medidas convenientes para paliar o prevenir los riesgos, es competencia de los administradores, conforme a su deber de diligencia y no sólo con ocasión de formular sus cuentas”.

<sup>353</sup> Existe un problema importante de falta de credibilidad de la información contable de las empresas, especialmente de las empresas no sometidas a auditoría, aunque tampoco se libran las que sí lo están. En páginas posteriores haremos referencia a esta espinosa cuestión. Vid el artículo de SANJUAN, E. (2007): “Ingeniería financiera y derecho concursal”, pp. 195-277

<sup>354</sup> MARTÍN, P. (2012): “La detección por terceros de la situación de preinsolvencia: prácticas perniciosas contables”, pp. 267-275. Nos parece muy práctico el modo en el que el autor agrupa los ratios contables. Como él los presenta y los analiza son muy útiles para predecir la entrada en el sistema concursal. Por este motivo lo seguimos en este epígrafe.

$$FM = A \text{ Circulante} - P \text{ Circulante}$$

ó

$$FM = PN + \text{Pasivo no corriente} - \text{Activo no corriente}$$

Con un fondo de maniobra positivo, para la mayoría de los sectores de actividad, la empresa está capacitada para hacer frente a sus deudas a corto<sup>355</sup>, al menos teóricamente, porque un estudio de mayor profundidad nos conduciría a analizar la rotación de las existencias y la calidad de los saldos de los clientes como mínimo.

#### RATIO DE SOLVENCIA

$$\text{Ratio de solv} = A \text{ corriente} / P \text{ corriente}$$

Capacidad que tiene la empresa para hacer frente a los compromisos contraídos a medio plazo. Si el valor del ratio es menor que 1 significará que el pasivo corriente es superior al activo corriente por lo que la empresa tendrá una alta probabilidad de entrar en concurso de acreedores sin perjuicio, además, de las consideraciones indicadas anteriormente.

#### RATIO DE LIQUIDEZ

$$R.L. = \text{Disponible} + \text{Exigible (ctas a cobrar a c/p)} / \text{Pasivo corriente}$$

Capacidad de la empresa para hacer frente a sus compromisos a muy corto plazo.

Determinar asimismo el ciclo económico de maduración de la empresa como período de tiempo que transcurre desde que se invierte una unidad monetaria en el ciclo de actividad hasta que ésta se recupera con el cobro al cliente es fundamental para determinar las necesidades de liquidez de la empresa. Y especialmente, determinar el ciclo de caja como diferencia del tiempo de maduración de los recursos invertidos y el tiempo de financiación de los proveedores.

#### **B) La distancia a la liquidación**

Nos encontramos con una situación en la que las deudas son superiores al activo de la sociedad: esto implicará que lo que tiene la empresa pertenece enteramente a terceros.

La empresa no tendría fondos propios y se debería declarar el fin de la misma.

#### RATIO DE GARANTÍA

$$R. G. = \text{Activo real} / \text{Pasivo no corriente} + \text{Pasivo corriente}$$

---

<sup>355</sup> ROJAS, J.; BELTRÁN, S.; ORIOL, A. (2010): “El plan de viabilidad: guía práctica...”, op. cit., p. 82. Consideran que el fondo de maniobra ha de ser positivo, con carácter general por diversos motivos: una parte del activo corriente, como stock de seguridad o el saldo mínimo necesario de tesorería, podría considerarse como una inversión a largo plazo. Los pasivos corrientes han de pagarse antes de un año, pero no es seguro que todos los activos corrientes se cobren antes de doce meses.

### C) Instrumentos que miden el endeudamiento

#### RATIO DE AUTONOMÍA

R. A. = Patrimonio Neto / Total Pasivo el valor ideal se encuentra entre 0,7 y 1,5

#### RATIO DE CAPACIDAD DE DEVOLUCIÓN DE PRÉSTAMOS A LARGO PLAZO

C de D = Rtado del ejercicio + amortizaciones + deterioro de valor (provisiones) / Pasivo no corriente

En términos concursales, este ratio tendría mucho que ver con el plan de viabilidad económica. Esto es así porque este documento tiene que mostrar cómo los ingresos generados por la actividad son suficientes para remunerar los recursos utilizados en su obtención incluyendo también, y en la misma medida, los recursos financieros que han sido necesarios.

Para Martin<sup>356</sup> “Los ratios tienen un poder de predicción muy alto. Este análisis mediante ratios se puede hacer de forma unidimensional, utilizando ratios individualmente, o a través de un enfoque multidimensional, utilizando ratios de forma simultánea u conjunta”.

El análisis unidimensional considera a cada ratio como independiente de los demás. El profesor Oriol<sup>357</sup> ha establecido y cuantificado los siguientes ratios que servirán para predecir la probabilidad de éxito o de fracaso de una empresa.

| <b>Ratios</b>                 | <b>empresa saneada</b> | <b>empresa con problemas</b> |
|-------------------------------|------------------------|------------------------------|
| A corriente/ P corriente      | mayor o igual a 1,47   | menor a 1,47                 |
| Fondos propios / Total Pasivo | mayor o igual a 0,4    | menor a 0,4                  |
| Bº neto / Total activo        | mayor o igual a 0,03   | menor a 0,03                 |
| Bº neto / Ventas              | mayor o igual a 0,02   | menor a 0,02                 |
| Bº neto / Fondos Propios      | mayor o igual a 0.06   | menor a 0,06                 |

Martin<sup>358</sup> sostiene, “El análisis multidimensional ayuda a elaborar una evaluación global de la empresa con el uso simultáneo de varios ratios. En este sentido, se han realizado distintos estudios, entre los que destacamos el de Altman, quien define un índice (z) a través del cual se puede predecir la probabilidad que tiene una empresa de su declaración de concurso.

<sup>356</sup> MARTIN, P. (2012): “La detección por terceros...”, p. 276

<sup>357</sup> Vid ORIOL, A. en MARTIN, P. (2012), p. 276

<sup>358</sup> MARTIN, P. (2012), p. 276

$(z) = 1,2 \text{ F maniobra} / \text{Total Activo} + 1,4 \text{ Reservas} / \text{Total Activo} + 3,3 \text{ BAI} / \text{Total Activo} + 0,6 \text{ fondos Propios} / \text{Total Pasivo Exigible} + \text{ventas} / \text{Total activo}$

Si  $z > 3$ , no hay peligro de concurso

Si  $z$  está entre 1,8 y 3 situación dudosa: precurso

Si  $z$  es inferior a 1,8 existe una alta probabilidad de entrar en concurso.

El modelo Altman<sup>359</sup> es de gran utilidad porque relaciona el posible concurso de acreedores con varias causas, como la situación de liquidez, la política de reservas, el margen de explotación que obtiene la empresa, el nivel de Fondos Propios que posee y el volumen de ventas”.

La inmensa mayoría de los investigadores encuentran que los ratios financieros, cuando la contabilidad es fiable, proporcionan mucha utilidad para predecir las crisis empresariales solos o en combinación con otra información. Pero la autora Mora<sup>360</sup>, avanza un paso más y se pregunta, ¿puede un modelo de predicción elaborado con datos contables, ser más útil para tomar decisiones que los ratios en sí?. Y vistos los datos de los trabajos que estudia llega a la conclusión de que no se puede inclinar sin reservas por la superioridad de los modelos frente a la información suministrada por los estados financieros sin más, aunque los considera una herramienta de la que no hay que prescindir para formar una mejor información que apoye la toma de decisiones.

En cualquier caso existe unanimidad en la doctrina en considerar la información contable como base esencial para predecir la crisis y diagnosticar sus causas. Es la base fundamental para la elaboración de los ratios.

En nuestra opinión, García Martín<sup>361</sup> proporciona un avance sustancial en la teoría del análisis contable y de ratios con la metodología que desarrolla en el año 1990 y que posteriormente aplica y mejora. Debido al especial interés que, nos parece, puede tener para la propuesta de esta investigación vamos a exponerla a continuación con suficiente profundidad. E incluso será base fundamental en la que nos apoyaremos cuando en el anexo de este trabajo desarrollemos un modelo de metodología para la evaluación externa de los planes de viabilidad que presenten las empresas concursadas o que estén trabajando en acuerdos de refinanciación comunicados judicialmente.

La salud económico-financiera de la empresa y, por tanto, la garantía de su supervivencia a medio plazo viene condicionada por tres equilibrios: patrimonial, económico y financiero<sup>362</sup>. El análisis de los mismos ayudará a diagnosticar la situación de la sociedad en un momento dado, entender las causas que la han producido, proponer las medidas correctoras más adecuadas y prospectar el futuro para un período de tiempo razonable.

---

<sup>359</sup> La utilidad del modelo de ALTMAN se puede ver en muchos otros autores, como ejemplo de uno de ellos está ROJO, A (2011): “Análisis económico-financiero de la empresa”, Garceta pp. 264-265

<sup>360</sup> MORA, A. (1995): “Utilidad de los modelos...”, op. cit., pp. 291-292

<sup>361</sup> GARCÍA, V. (2010): “Viabilidad financiera de la empresa de negocios”

<sup>362</sup> RUIZ, D. (2010): “La solvencia empresarial. Pirámides de ratios vs. Marco teórico”, pp. 13-21. El autor define el equilibrio patrimonial como la capacidad de la empresa de garantizar, con el patrimonio acumulado en la misma, el reembolso de sus deudas a sus legítimos acreedores y por ello la finalidad de su análisis es, fundamentalmente, examinar las garantías que la empresa ofrece a terceros.

Define el equilibrio económico, como la capacidad de creación de valor y generación de rentas suficientes para remunerar a sus capitales y finalmente, define el equilibrio financiero como la capacidad de afrontar los compromisos de pagos con puntualidad.

La Ley Concursal se apoya, fundamentalmente, en el equilibrio financiero. Es decir en la capacidad de la empresa para atender las obligaciones a sus vencimientos.

Sin embargo, si esta Ley, además de satisfacer los intereses de los acreedores, pretende colaborar en la continuidad de las empresas viables debe apoyarse también en el equilibrio patrimonial y en el equilibrio económico. Y ello porque los tres están interrelacionados, y, muy probablemente, el desequilibrio no resuelto de unos de ellos provocará el desequilibrio de los otros a lo largo del tiempo. Como indica Ruiz<sup>363</sup>, “una situación patrimonial equilibrada afectará positivamente al equilibrio financiero, toda vez que facilitará que las exigencias que deban atenderse sean menores. Igualmente, altas tasas de rentabilidad vendrán provocadas normalmente por elevados excedentes empresariales, lo que a su vez provocará niveles de generación de recursos también elevados”. Es por este motivo por el que en este trabajo proponemos que el presupuesto objetivo de la solicitud de concurso voluntario pueda acreditarse mediante la prueba de cualquiera de los tres desequilibrios, es decir, desbalance (desequilibrio patrimonial) o iliquidez (desequilibrio financiero provocado o no por un desequilibrio económico).

Dado que proponemos que sólo pueda solicitarse concurso voluntario durante el intervalo de tiempo de dos meses antes de que, previsiblemente, aflore la insolvencia efectiva puesto que en periodos de tiempo anteriores debería intentarse otras formulas de solución, y ya que proponemos que esta solicitud tenga un coste para el deudor no creemos que puedan producirse muchas solicitudes de carácter estratégico.

La metodología de García Martín para el análisis de la solvencia empresarial

García<sup>364</sup> considera que uno de los principales problemas del análisis tradicional de la solvencia basado en los ratios contables proviene de la heterogeneidad de las partidas que componen cada rúbrica de los estados contable. Por ello, la aplicación de su metodología comienza reclasificando las partidas del balance con criterios homogéneos. Distribuye el activo en cuatro tipologías de activos:

-Activos líquidos: compuesto por la tesorería, valores cotizados no estratégicos, depósitos fácilmente liquidables.

-Activos comerciales: formado por existencias y cuentas a cobrar de la actividad empresarial.

- Activos de ciclo largo: que recoge las inversiones afectas a la actividad amortizables.

-Activos no cíclicos: que contiene las inversiones no afectas a la actividad o las afectas no amortizables.

Distribuye el pasivo en otras cuatro tipologías:

- Pasivos financieros no comerciales a corto plazo: formado por endeudamiento a corto no derivado de la actividad comercial.

---

<sup>363</sup> RUIZ, D. (2010), p. 19

<sup>364</sup> GARCÍA, V. (2010): “Viabilidad financiera...”, op. cit.,



- Pasivos comerciales: proveedores y otras cuentas a pagar generadas por la actividad, por ejemplo Hacienda y Seguridad Social.

-Deudas a largo plazo: financiación generada por endeudamiento cuyo vencimiento es a largo plazo.

-Recursos Propios: financiación no exigible generados por aportaciones de los socios, beneficios no distribuidos, legados e ingresos a distribuir, principalmente.

García ordena de esta forma las rúbricas por el carácter permanente o no de necesidad de recursos financieros, en el caso de los activos, o de aportación financiera permanente o no, en el caso de los pasivos. De esta manera, el activo comercial y el activo no cíclico necesitarán una fuente permanente de recursos. El primero porque aunque cuando se efectúan las ventas se recogerá la financiación aportada, sin embargo, inmediatamente se volverá a invertir en el ciclo comercial a través de las necesarias compras para mantener la actividad y el segundo porque sólo generará recursos financieros cuando se vendan.

Por el contrario, el activo de circo largo, no supone aportación de recursos de carácter permanente porque va reportando financiación a la empresa a través del ciclo comercial de la misma mediante el gasto que se imputa de amortización que recoge la depreciación y que se va incorporando al precio de venta.

En cuanto al pasivo, y nuevamente en función de su aportación de recursos permanente o no, se reclasifican las partidas de la siguiente manera: el pasivo comercial y los recursos propios tienen carácter permanente, el primero porque los proveedores suponen una financiación espontánea que existe mientras la actividad de la empresa continúe, al igual que, aunque por otros conceptos, los recursos propios.

Sin embargo, el pasivo no comercial a corto plazo y la deuda a largo plazo no suponen fuentes permanentes por cuanto se exige su devolución y, por tanto, la empresa con su actividad deberá generar recursos para su atención.

Una vez reclasificadas las partidas, la metodología de García efectúa los análisis de las magnitudes<sup>365</sup>.

- Primero. Análisis estático a corto plazo.

La solvencia a corto plazo exige que el FM (Fondo de maniobra) sea mayor que las NF (Necesidades de Financiación)

**FM>NF**

Donde el FM = Activo a corto plazo- pasivo a corto plazo

NF= Activo comercial – Pasivo comercial

- Segundo. Análisis estático a largo plazo.

---

<sup>365</sup> GARCÍA, V. (2010), en la obra citada el autor expone la metodología y la aplica a distintos supuestos

La solvencia a largo plazo exige que se cumpla que los RP (Recursos Propios) sean mayores que el ANC (Activo no Cíclico)

$$\mathbf{RP > ANC}$$

Es decir que los activos de carácter permanente cuya inversión no se recupera a través del ciclo económico de la empresa estén financiados por recursos permanentes, en el sentido de no exigibles.

- Tercero. Análisis estático mixto.

La solvencia a corto y largo plazo exige que:

- a) los RP (Recursos Propios) / ( ANC activos no cíclicos + NF necesidades financieras) > 1

$$\mathbf{RP / ANC + NF}$$

- b) e l AL (Activo Líquido) > PCNO ( Pasivo a corto no comercial)

Donde el AL es la tesorería o activos financieros de fácil realización y el PCNO son las deudas financieras, por tanto no comerciales, a corto plazo.

De las dos proporciones García extrae la solvencia empresarial por cuanto, “ de una parte los recursos propios /financiación permanente financian las magnitudes igualmente permanentes, como son los Activos no cíclicos y las necesidades de financiación. Y de otra se observa como la empresa dispone de tesorería suficiente para atender el vencimiento de la deuda financiera a corto plazo o también llamado pasivo a corto no comercial”<sup>366</sup>.

- Cuarto. Análisis dinámico

La solvencia empresarial exige que los RG (Recursos Generados por la actividad ordinaria) sean mayores o iguales que la VNF (variación de las necesidades Financieras) + a (amortización de la deuda del ejercicio)

$$\mathbf{RG \geq VNF + a}$$

Donde RG = beneficios + gastos no pagables – ingresos no cobrables

VNF = la variación de las necesidades financieras entre dos ejercicios consecutivos

a = la amortización de la deuda comprometida que vence en el ejercicio

---

<sup>366</sup> GARCÍA, V. (2010), op, cit., p. 105

Con esta fórmula comprobamos si la actividad ordinaria de la empresa genera recursos suficientes para financiar los incrementos de necesidades financieras del ejercicio, en su caso, y también para financiar la amortización de la deuda que vence en el mismo.

Ya hemos adelantado que utilizaremos este método de análisis desarrollado por García para evaluar la corrección del diagnóstico económico-financiero que se recoge en el plan de viabilidad aportado por la deudora que solicita concurso voluntario según proponemos. Lógicamente también para la evaluación del plan de viabilidad que apoye un acuerdo de refinanciación, en su caso.

Como hemos señalado anteriormente la información contable presenta algunos problemas que habrán de solventarse en el futuro. El principal es la manipulación de la que puede ser objeto la contabilidad de una compañía. El informe de auditoría puede ser un instrumento muy potente para su control.

### *1º) La manipulación contable*

Llegados a este punto conviene explicitar el problema de la manipulación contable.

Como decíamos, la información contable de una empresa es esencial a efectos de que los administradores puedan tomar las decisiones adecuadas en cada momento y situación, cuando la empresa va bien y, quizás en mayor medida, cuando la empresa no va tan bien. Además es parte fundamental de la información que sirve como apoyo a la normativa concursal, a su presupuesto objetivo para dar inicio al proceso y también para su continuación. Es parte esencial, también, del plan de viabilidad y de la información que se utilizará para conservar la empresa, en su caso, o para liquidarla. Y finalmente, es base principal para la predicción de la crisis empresarial. Por ello, la contabilidad y su fiabilidad merecen un tratamiento con cierto detalle en esta obra.

En relación a la importancia de la contabilidad se pronuncian algunos autores<sup>367</sup> concediendo una relevancia esencial a la documentación contable para poder diagnosticar la “enfermedad” de la empresa y de esta manera suministrarle la “medicina” apropiada.

Estos autores analizan el contenido de la Ley Concursal y observan cómo el legislador ha reservado un importante papel a la información aportada por la contabilidad mediante las cuentas anuales y otros documentos conexos reclamando su presentación en diferentes momentos del procedimiento concursal. Así, habrá que aportar las cuentas anuales de la mercantil en dificultades y, en su caso, también el informe de gestión y de auditoría correspondientes a los tres últimos ejercicios junto con la solicitud de concurso.

Esto es así porque se considera que formuladas correctamente, dibujan la imagen fiel del patrimonio empresarial y del resultado. Asimismo, se deberá acompañar, en su caso, de la explicación de los cambios significativos operados en el patrimonio posteriores al depósito de las últimas cuentas anuales.

---

<sup>367</sup> ALEDO, J.; MARTÍNEZ, J.; CAMACHO, M. M. ; ROJO, J. (2010): “Información contable en la fase previa a la declaración de concurso: análisis descriptivo”, p. 329

Posteriormente, en caso de que la concursada continúe con su actividad los autores ponen de relieve la necesidad de seguir formulando las cuentas anuales, obligación que corresponderá a los administradores societarios o al administrador concursal dependiendo si el procedimiento se tramita con una intervención o con una sustitución de funciones de la administración de la empresa.

Pero los autores citados otorgan a la contabilidad el protagonismo especialmente cuando se intenta una aprobación del convenio pues, “la administración concursal se apoyará en ella a la hora de elaborar un informe sobre el plan de pagos y, en su caso, el plan de viabilidad de la empresa”.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista no existe en España<sup>368</sup> una tradición tan larga como en otros países en la utilización de la información contable como base fundamental para la toma de decisiones empresariales. Quizás consecuencia del pequeño tamaño de la inmensa mayoría de las empresas que perjudica la profesionalidad de los administradores sociales.

Tampoco los acreedores comerciales, ni siquiera los financiadores profesionales han utilizado la información contable como base para decidir sobre las relaciones con los clientes los primeros, y el otorgamiento de préstamos y otros productos financieros los segundos<sup>369</sup>.

Esta escasa tradición, ligada a las empresas de pequeña dimensión<sup>370</sup>, puede ser la causa del escaso valor que se le otorga al sistema contable como fuente informativa de la salud de la empresa de primera magnitud. Probablemente, el otro motivo principal sea la escasa credibilidad que se le atribuye como fuente informativa por las numerosas posibilidades de manipulación de la que es susceptible. Y este problema alcanza no sólo a las empresas pequeñas sino también a las grandes, incluso a pesar de estar sometidas a auditoría, como lo demuestran los numerosos escándalos conocidos.

El Banco Mundial<sup>371</sup>, en el marco de sus investigaciones sobre sistemas de insolvencia óptimos pide que se establezcan estándares mínimos de transparencia y de

---

<sup>368</sup> Todavía a día de hoy a día de hoy algunos autores no otorgan a la contabilidad y a su publicidad la relevancia que les corresponde. Así, MACHADO, J. (2013): “La responsabilidad de los administradores sociales en el ámbito contable” en “La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles” dirección Rojo, A. y Beltrán, E., p. 438. El autor citado, sostiene que “el incumplimiento sustancial del deber de llevanza de contabilidad y la falta de formulación las cuentas anuales constituyen conductas que entrañan un incumplimiento grave de las obligaciones legales de los administradores sociales, si bien el incumplimiento en sí mismo considerado no resulta suficiente para determinar la responsabilidad societaria de los administradores sociales, en la medida de que el incumplimiento de las obligaciones formales no causan directamente daños a la sociedad, a los socios o a los terceros.”. Estamos en absoluto desacuerdo, no deja de ser un circunloquio intelectual esta consideración.

<sup>369</sup> RAPOSO, J. M. (2008): “El nuevo acuerdo de capital...”, op. cit., p. 210. El investigador encuentra que hasta la reforma de la Legislación Mercantil de 1989, las entidades de crédito, con carácter general, la información que utilizaban para la concesión de préstamos consistía, principalmente, en “declaraciones de bienes” de los propietarios de las empresas, informes comerciales y consulta al Registro de Aceptaciones Impagadas (RAI).

<sup>370</sup> RAPOSO, J. M. (2008), p. 191. Expresa en su obra que el tejido empresarial español está compuesto en su mayoría por microempresas, denominándose así a las empresas que tienen menos de diez trabajadores a su cargo. Dentro de este colectivo, que representa el 94 por ciento de las empresas más de la mitad no tienen empleados.

<sup>371</sup> BANCO MUNDIAL revisión 2005 “Sistemas de insolvencia efectivos: privilegios y líneas rectoras”, p. 8

administración societaria a fin de promover la comunicación y la cooperación. Éstos son fundamentales para la fluidez del crédito internacional y, por lo tanto, para la financiación de proyectos empresariales viables y en última instancia para el incremento de la riqueza y bienestar de los países.

De acuerdo con la economía global los inversores y los acreedores potenciales necesitan valorar los proyectos de inversión. Para poder realizarlo es necesario que las Normas Internacionales de Contabilidad y Auditoría sean homogéneas. La propia Unión Europea, por ejemplo, ya ha trabajado en esa dirección.

Pero el Banco Mundial, dando un paso más, pide establecer una obligación básica de información que recoja: estados financieros, estadísticas operativas y flujos de caja detallados.

A este respecto, en nuestra opinión, en nada ayudan las manifestaciones de algunas asociaciones empresariales reclamando una simplificación y aligeramiento de la información contable que las empresas pequeñas deben elaborar. Deberán elaborar aquélla que proporcione información suficiente para conocer el estado económico y financiero de la empresa, sus causas y para que sirva de base adecuada para las tomas de decisiones.

Y ello porque a nuestro juicio, las instituciones públicas deben volcarse en hacer comprender a los empresarios que el mantenimiento de sistemas de información contable, entre otros, adecuados a las necesidades de cada caso no es un gasto sino, por el contrario, una inversión que proporcionará los datos necesarios para tomar las decisiones adecuadas de las que derivarán la competitividad y la sostenibilidad empresarial.

En este sentido, podemos decir que la información contable es el pilar para el diagnóstico de la situación económico empresarial de la sociedad. Realizar los registros contables de las transacciones diarias, efectuar las valoraciones oportunas, de forma adecuada, transparente y siguiendo la normativa contable estatal e internacional<sup>372</sup> del mismo modo que depositar las cuentas anuales surgidas de ese registro, es fundamental para la competitividad y para alcanzar altos niveles de eficacia y de eficiencia de las transacciones y de los contratos surgidos entre las partes. Proporcionará seguridad y unas relaciones empresariales más sanas y equilibradas con los acreedores y financiadores. Y respecto a estos últimos, como hemos indicado, con un apoyo superior en el proyecto de empresa y menor en las garantías personales del empresario que al final, como se percibe en los momentos de crisis, dinamita su límite de responsabilidad, termina afectando a su patrimonio personal y en muchos casos le conduce a la ruina. Con el efecto tan negativo que esto tiene para, obviamente, el propio interesado y para el interés general porque esta publicidad negativa en absoluto promueve el emprendimiento que tanta falta hace en España.

---

<sup>372</sup> En este sentido, el BANCO MUNDIAL, p. 8. En el marco de sus obligaciones sobre sistemas de insolvencia óptimos señala que “deben establecerse estándares óptimos de transparencia y de administración societaria a fin de promover la comunicación y la cooperación. A los efectos de la sana evaluación del riesgo se recomienda la divulgación de la información básica, que incluye: estados financieros, estadísticas operativas y flujos de caja detallados. Los estándares de contabilidad y auditoría compatibles deben ser compatibles con las mejores prácticas internacionales para que los acreedores puedan evaluar el riesgo crediticio y controlar la viabilidad financiera del deudor”.

Todo ello porque desafortunadamente, la realidad se presenta de otra manera. Los empresarios y/o administradores, especialmente los de organizaciones de dimensión más reducida que no se someten a auditoría y que suponen cuantitativamente el mayor porcentaje, manipulan en muchas ocasiones la información por diversos motivos e incluso no llegan a disponer internamente de una información contable de calidad, lo que provoca decisiones erróneas y provoca además que los terceros no confíen en ella y busquen alternativas para mitigar los riesgos que contraen.

Los expertos consideran la contabilidad creativa como el máximo exponente de la manipulación contable.

Martín<sup>373</sup> muestra su acuerdo con la definición que Naser realiza de la contabilidad creativa como el proceso de manipulación de la contabilidad para aprovecharse de los vacíos de la normativa contable y de las posibles elecciones entre diferentes prácticas de valoración y contabilización que ésta ofrece, para transformar las cuentas anuales de lo que tienen que ser a lo que quienes las preparan prefieren que sean, en lugar de reflejar estas transacciones de forma neutral y consistente.

Para Martín es esencial que la cultura empresarial termine atribuyendo la importancia que la información contable merece porque debe desempeñar un papel decisivo en la sociedad. Es un instrumento para el necesario control de la economía y de los operadores económicos y no debe estar subordinada a otros objetivos distintos.

Sin embargo, observa la existencia de un problema central para que lo expresado se consiga que no es otro que la propia legislación contable.

En efecto, la normativa a la hora de registrar una variedad sustancial de operaciones permite utilizar criterios alternativos y, por otra parte, los registros a veces se apoyan en estimaciones, eso sí, razonables, del propio deudor. Esta flexibilidad, que puede ser positiva para reflejar certeramente la múltiple casuística que surge en la realidad, conlleva la carga de poder ser utilizada torticeramente de forma deliberada.

De hecho, para el autor, “una empresa que desee modificar sus resultados buscará en la normativa contable aquellas partes que no están reguladas, tengan un tratamiento alternativo o sean temas en los que permitan ser optimistas o pesimistas a la hora de realizar unas previsiones de futuro”<sup>374</sup>. Y puede manipular el balance y la cuenta de resultados, entre otros, cuando: valora los inventarios y las provisiones, contabiliza las deudas, las diferencias de cambio, las operaciones fuera de balance, las contingencias, correlaciona ingresos y gastos, capitaliza gastos, realiza la tabla de amortización, etc. Así, como en los procesos de consolidación, reclasificación del activo y pasivo, evaluación de pérdidas y ganancias, o incluso en la elaboración de la propia memoria e informe de gestión.

Y como sostiene Martín<sup>375</sup> si la manipulación contable se produce cuando la empresa va bien, la cuestión se agrava en momentos de crisis.

---

<sup>373</sup> MARTÍN, P. (2012): “La detección por terceros de la situación de preinsolvencia: prácticas perniciosas contables”, p. 213

<sup>374</sup> MARTÍN, P. (2012), p. 217

<sup>375</sup> MARTÍN, P. (2012), p. 221. Considera que algunas empresas utilizan diversos tipos de contabilidad según los períodos económicos en que se encuentren. Es decir, si la economía está en una fase expansiva

Desde nuestra perspectiva más que vacío de la normativa lo que se produce es una utilización torticera de la misma. Las valoraciones, los cambios de criterios en la contabilidad no pueden producirse caprichosamente. El principio contable de uniformidad de obligado cumplimiento y que, entre otros, rige en los supuestos que, acabamos de mencionar, relaciona el autor, obliga al mantenimiento de los criterios en años sucesivos y en caso de que la empresa considere que esos criterios utilizados en ejercicios anteriores ahora desvirtuarían la imagen fiel de la situación económica y financiera de la empresa puede cambiarlos pero presentando las rúbricas afectadas con su valor en el ejercicio precedente y con información exhaustiva en la memoria de los motivos de los cambios de criterio, así como el efecto económico en términos cuantitativos de dicha modificación para que el lector externo pueda tener suficiente información.

Camacho<sup>376</sup> y colaboradores analizan la calidad de la información financiero-contable de las empresas en situación de insolvencia. Con su estudio pretenden contrastar la hipótesis de que las empresas manipulan su contabilidad durante los años anteriores al inicio del procedimiento.

Determinan la existencia de dos tipos de manipulaciones: mientras que tienen baja probabilidad de concurso las empresas utilizan el criterio de devengo en el “maquillaje” de las cuentas anuales<sup>377</sup>, las que tienen más probabilidad de concurso manipulan la contabilización de sus operaciones reales<sup>378</sup>.

Obtienen evidencia de esta desvirtualización de la imagen fiel por medio de la manipulación contable incluso en aquellas empresas en crisis que por su tamaño están obligadas a auditar y que, por ese motivo, soportan un alto riesgo de que sus prácticas sean detectadas.

AECA<sup>379</sup> realiza un estudio empírico en empresas económicas fracasadas sometidas a auditoría cuyos objetivos eran evaluar la calidad de su información contable, las diferencias observadas entre empresas sanas y fracasadas y las razones del fracaso de cada empresa en particular.

---

las compañías tienden a ser conservadoras a medida de que la situación comienza a empeorar se opta por una contabilidad menos conservadora. Vid también el artículo de POZUELO, J.; LABATUT, G.; VERES, E. (2013): “Validez de la información financiera en los procesos de insolvencia. Un estudio de la pequeña empresa española”, pp. 29-40

<sup>376</sup> CAMACHO, M. M. ; MARTÍNEZ, J. ; URQUÍA, E. (2010): “Enfoque económico y jurídico del procedimiento concursal”, p. 92

<sup>377</sup> CAMACHO, M. M. ; AA. VV. (2010), p. 92. Citan a García Lara “earnings quality in ex-post failed firms” *Accounting and Business Research*, 39 (2) pp 109-118 et al., 2009

Por su parte, VILLARROYA, M.B. (2003): “Alteraciones y manipulaciones de la contabilidad”, p. 211, encuentra que las motivaciones para cometer fraudes o irregularidades en la información contable dependen de tres factores:

- 1- De quién engañe.
- 2- De los medios y técnicas utilizadas para la comisión de las actividades de alteración y modificación de cualquier tipo de documento contable, preferentemente las Cuentas Anuales.
- 3- De a quién se trate de engañar. Aunque pueden ser muchos los afectados la autora considera que, en general, serán accionistas, la propia empresa, acreedores y la hacienda pública. Nosotros añadimos también a las Entidades Financieras proveedoras de financiación.

<sup>378</sup> CAMACHO, M. M. ; AA.VV. (2010), p. 92. Citan a Al-attar, Hussain and Zuo (2008) “earnings quality, bankruptcy, risk and future cash flows” *Accounting and Business Research*, 38 (1) , 5-20

<sup>379</sup> AECA (2007): “El fracaso empresarial...”, op. cit., pp. 69-70

Entre las conclusiones obtenidas, a efectos de este estudio, destacamos que en cuanto a la calidad contable de las empresas fracasadas se produce con frecuencia elevadamente inusual informes de auditoría con salvedades y / o incertidumbre (48%) y con opiniones negativas o sin opinión (15%). Aproximadamente el 20% de los informes de auditoría tenían salvedades valoradas. Éstas afectaban a la inmensa mayoría de las variables empleadas en el análisis financiero.

El estudio constata que en todas las variables modificadas los valores son manipulados para ofrecer una mejor imagen y concluye que aproximadamente un tercio de las cuentas anuales de las empresas fracasadas no son adecuadas para soportar el análisis, por no representar la imagen fiel de la empresa (informe de auditoría negativo), no haber constancia de su fiabilidad (informe de no opinión), o por estar probablemente manipuladas (contienen salvedades valoradas).

A nuestro juicio, estas conclusiones son graves porque en base a la información contable se realizan la mayor parte de los métodos de predicción, en concreto el de ratios financieros y el de modelos estadísticos. Y más grave aún nos parece porque el estudio se realiza sobre empresas que saben que van a ser auditadas, lo que no ocurre con la mayor parte de las empresas españolas que por su pequeña dimensión están libres de esta evaluación externa.

Asimismo, pensamos que el ordenamiento jurídico debe ser más riguroso de lo que ya es en la exigencia de cumplimiento de la obligación que tiene todo empresario, especialmente los mercantiles por su responsabilidad limitada, de elaborar la información contable cumpliendo toda la normativa pertinente para conocer en cada momento la situación económico-financiera de la organización. Porque si mantiene una doble contabilidad para información interna y para información externa ¿cómo se puede considerar que está llevando una gestión diligente y responsable?

Finalmente, debemos indicar, que desde nuestro punto de vista, el ordenamiento jurídico establece escasos incentivos (positivos y/o negativos) para inducir al cumplimiento de la normativa contable en términos de forma y muy especialmente en términos de fondo<sup>380</sup>.

---

<sup>380</sup> GUTIÉRREZ, A. (2012): “Falta de depósito de cuentas y aprobación de propuesta anticipada de convenio: virtualidad del art. 105.2 LC”, p. 237. Afirmar “En suma, interpretando el art.105.2º LC en relación con el artículo 105.2 LC según criterios de hermenéutica jurídica que establece el Código Civil en su art. 3.1 no podría dejarse sin efecto un convenio aceptado mayoritariamente por los acreedores ni porque se compruebe con posterioridad a tal aceptación que el concursado no había depositado las cuentas en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la presentación de la propuesta, ni porque falte el depósito de las cuentas anuales en el ejercicio correspondiente al momento de su aceptación mayoritaria”.

“Lo que podría llamarse eficacia sobrevenida de la prohibición para presentar propuesta anticipada de convenio se regula en el art. 105.2 LC ...Por tanto, debe entenderse que tal eficacia sobrevenida ha de tener el límite temporal que se puede deducir lógicamente de la propia letra de la ley, es decir, el momento de que la propuesta deja de serlo y se convierte en convenio, lo cual sucede cuando la propuesta logra el número de adhesiones que establece la ley para entenderse aceptado mayoritariamente por los acreedores y el secretario del juzgado, tras verificarlo, proclama el resultado mediante art. 109.1” p. 233.

Desde nuestra perspectiva, ya suficientemente reiterada, lo que sucede en el supuesto del autor es una flagrante falta de conducta diligente de los administradores societarios como previene la normativa mercantil, y que creemos debiera ser severamente sancionada. Por ejemplo, y salvo mejor opinión, no permitiendo intentar la vía conservativa concursal y derivando automáticamente a la vía liquidativa. Sostenemos que no podemos restringir derechos de terceros, entre ellos los acreedores disidentes de un



Sanciona muy levemente el incumplimiento formal del registro contable en forma y tiempo y no se pronuncia sobre el cumplimiento de fondo de la información. Desde esta perspectiva, el largo tiempo de relación con empresas pymes, más de 25 años, que hemos mantenido durante el ejercicio de nuestra labor profesional nos lleva a pensar, que en esta materia, la realidad se caracteriza por:

Un elevado número de empresas no depositan sus cuentas anuales en el Registro Mercantil en tiempo y forma, prácticamente la totalidad de pymes incumplen los requisitos de fondo, debido fundamentalmente a la extraordinaria laxitud legal en el contenido efectivo de la memoria y, en su caso, del informe de gestión<sup>381</sup>. Para Rueda<sup>382</sup>, son poco más que un texto literario que no reflejan la situación de la entidad, el cumplimiento de objetivos y tampoco los retos y riesgos futuros, entre otras materias.

Algunas voces lo explican por la necesidad que tienen las organizaciones de mantener la discreción sobre sus estrategias y políticas futuras. Varias objeciones podemos efectuar: en primer lugar no es necesario comunicar toda la información relevante de futuro, existe indudablemente parcelas informativas que estarán a salvo de la publicación, por otra parte, debe existir alguna contrapartida para beneficiarse del muy interesante instrumento que supone la responsabilidad patrimonial limitada en el marco de algunas sociedades y que a la postre no es más que trasladar a terceros parte del riesgo empresarial del empresario y por último, una cosa es conocer *grosso modo* una estrategia de empresa (que fácilmente llega al conocimiento de la competencia) y otra muy distinta tener capacidad de implementarla.

Gurrea<sup>383</sup> pone de manifiesto cómo la legislación no establece un régimen sancionador directo para todos los incumplimientos contables. En algunos casos el instrumento sancionador es indirecto.

Diferencia entre la sanción que sí se puede interponer directamente a las mercantiles por la no llevanza de la contabilidad del régimen indirecto sancionador para los empresarios individuales por el mismo supuesto de hecho. En este último caso, la sanción acontece en sede de calificación del concurso. Y aún en esta sede le parece complejo el enjuiciamiento de estas irregularidades. A su entender, puede facilitar las cosas el análisis emitido, en su caso, por los auditores.

En base al mismo se puede apoyar la calificación culpable del concurso de acreedores. Y esto es así, porque el mencionado informe podrá contener salvedades por

---

hipotético convenio del deudor, cuando éste no ha desplegado ni la obligación formal mínima de depósito de cuentas.

<sup>381</sup> LARA, R. (2004): “Concreciones y ampliaciones en el contenido del informe de gestión: el desarrollo de la exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación de la sociedad, y el necesario reflejo de la gestión del riesgo financiero”, pp. 569-596, el autor profundiza acerca de cuál debe ser el contenido del informe de gestión y, en el mismo sentido, el artículo de VIDAL, R.; ÁLVAREZ, M.; BABÍO, M.R.; SUÁREZ, O. (2011): “La utilidad de la información narrativa: un análisis del contenido del informe de gestión”

<sup>382</sup> RUEDA, J. A. (2004): “Diagnóstico...”, op. cit., p. 175. Para el autor el ordenamiento español no exige como sí lo hace el francés, que los administradores deban justificar sus opiniones sobre la evolución futura de la sociedad, cuando se expresen en el informe de gestión, mediante la publicación de los estados financieros previsionales. Con ello, entiende, se priva a los socios y a los auditores para que pueda contrastarse la presunción de continuidad.

<sup>383</sup> GURREA, A. (2012): “La importancia del informe de auditoría en la calificación del concurso de acreedores”, p. 274

incumplimiento de principios y criterios contables, incluso las irregularidades podrían suponer un informe con opinión desfavorable.

*A sensu contrario*, no todas las irregularidades son de magnitud suficiente para esas consecuencias y, por otra parte, la existencia de un informe favorable no implica necesariamente, y en todo caso, la ausencia de irregularidades contables significativas<sup>384</sup>.

Debe estarse a las pruebas de valoración en cada caso.

Y finalmente, no debemos olvidar que la mayor parte de las empresas españolas no tienen obligación de someterse a auditoría. Todo lo cual supone que en sede de calificación del concurso de acreedores, el apoyo en el trabajo de los auditores sólo será efectivo en algunos casos.

## *2º) El informe de auditoría*

Este informe, con el especial hincapié en el principio de empresa en funcionamiento que le es requerido, puede suponer un apoyo para la fiabilidad de la información contable de las empresas dentro del proceso concursal, bien es verdad que para las empresas de mayor tamaño aunque éstas son las menos, cuantitativamente hablando, dentro del tejido empresarial español<sup>385</sup>.

En nuestra opinión la administración concursal en sede de concurso y el experto independiente, en sede de acuerdos de refinanciación, tienen una labor muy importante, *cuasi* auditora para poder pronunciarse sobre la situación real de la empresa y sus causas y poder valorar adecuadamente la viabilidad futura de la misma (a través de esta información retrospectiva y actual y la prospectiva aportada).

Y ello porque, la responsabilidad del auditor es la emisión de una opinión, siguiendo las Normas Técnicas de Auditoría en la elaboración de su trabajo, acerca de si las cuentas anuales y el informe de gestión reflejan la imagen fiel de la situación económico-financiera y patrimonial de la empresa.

Predecir la crisis empresarial no es parte de la exigencia profesional del auditor. Sin embargo, no debe olvidarse el problema que suscita esta cuestión. Por una parte hay un *gap* de expectativas<sup>386</sup> importante entre la función legal del auditor y la que los usuarios de la información reclaman. No se entiende muy bien cómo una empresa auditada, con informe limpio, puede entrar en quiebra meses después, algo que ha sucedido en no pocas ocasiones.

---

<sup>384</sup> GURREA, A. (2012), pp. 285-286

<sup>385</sup> En relación a los términos de la colaboración que la actividad de los auditores puede suponer para el conocimiento de situaciones de crisis empresariales, MUÑOZ, A. (2006): "Crisis empresariales. La función de los auditores y el deber de alerta en las sociedades de capital", pp. 157-176 y también TORO, B. (2009): "El auditor y la aplicación del principio de empresa en funcionamiento en entornos de crisis", pp. 14-28

<sup>386</sup> RUIZ, S.; LÓPEZ, F. J. (2003): "La aplicación del principio de empresa en funcionamiento. Valoración de la opinión de auditoría", p. 7, para los autores una manera de reducir este *gap* sería "definir la función del auditor, y, por lo tanto, su responsabilidad, como la obligación de informar adecuada y suficientemente sobre los hechos y no en la emisión de una opinión que vaticine la continuidad o discontinuidad de la entidad auditada".

Por otra parte, está la normativa contable que exige que en la elaboración de las cuentas anuales se aplique el principio de empresa en funcionamiento, y por tanto será deber del auditor a la hora de planificar su trabajo diseñar la auditoría de tal forma que le permita formarse una opinión al respecto. En esta línea se pronuncia la Norma Técnica del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas 1993, posteriormente modificada en la Resolución de diciembre de 2013 y ahora recogida en la Norma Internacional a aplicar desde enero de 2014.

A nuestro juicio, este tema interesa en cuanto que defendemos que para empresas auditadas el informe de auditoría que cuestione la continuidad puede formar parte del caudal probatorio para solicitar entrar en el sistema concursal por una insolvencia inminente. El interés es más relevante para los acreedores que para el deudor porque éste tendrá toda la información para cuando se produzca la emisión del informe.

Sin embargo, el auditor se encuentra con dificultades importantes a la hora de decidir que su informe ponga en cuestión la continuidad de la sociedad. Especialmente porque no tiene certeza de que su previsión finalmente se haga realidad y además porque una previsión negativa errónea puede abocar a la insolvencia final de la empresa debido a la profecía autocumplida. La cuestión es que a pesar de la complejidad que entraña emitir opinión sobre la continuidad empresarial muchas voces reclaman que ésta es parte ineludible del trabajo de auditoría porque no se comprende que meses después de un informe sin salvedades la empresa entre en un procedimiento concursal.

En este sentido, utilizar herramientas como modelos de predicción adecuados y aplicables a cada caso concreto, será muy importante por dos motivos fundamentales: complementará otra información disponible para el auditor minimizando su error de predicción, objetivará su opinión y le proporcionará más base para la defensa de la misma manifestada en el informe frente a la propia empresa. Mora<sup>387</sup> coincide con esta idea.

Podría suponer un gran avance que el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas<sup>388</sup> fuera publicando distintos modelos de predicción, realizados con técnicas diferentes y para empresas de varios tamaños y múltiples sectores y que debieran ser utilizados orientativamente por los auditores, en combinación con más información, cuando duden de la continuidad empresarial.

---

<sup>387</sup> MORA, A. (1995): “Utilidad de los modelos...”, op. cit., p. 295

<sup>388</sup> Hasta ahora sólo ha publicado la Norma de Auditoría sobre aplicación del principio de empresa en funcionamiento de 31 de mayo de 1993 y su posterior modificación en 2013 y su adaptación a las Normas Internacionales de Auditoría aplicables a partir de enero de 2014. En el anexo I establece circunstancias posibles causantes de la duda para la opinión del auditor: sociedades incluidas en supuestos de disolución por la legislación, que se encuentren en suspensión de pagos, que tengan resultados negativos y / o *cash flow* negativo de forma continuada, Fondo de Maniobra negativo persistente, pérdidas de licencias importantes, reducciones de pedidos o de clientes significativos, grandes inversiones cuyo éxito comercial parece poco probable, existencia de contratos a l/p no rentables, contingencias importantes.

En el anexo II enumera otras circunstancias que podrían mitigar esa duda del auditor sobre la continuidad de la empresa, entre ellas: apoyo financiero de accionistas, de la matriz, posibilidad de emisión de acciones o de obligaciones, probabilidad de ayudas públicas, capacidad de endeudamiento, de reestructuración de las deudas, posibilidad de venta de activos no afectos, acceso a nuevos clientes, a nuevos proveedores, capacidad productiva y / o comercial y de reducción de costes, entre otros...

En términos similares Fernández del Pozo<sup>389</sup> considera que el auditor verifica en su trabajo el presupuesto de la gestión continuada de acuerdo con los pronunciamientos internacionales<sup>390</sup>. Analiza el contenido del Derecho francés en materia de prevención de las dificultades empresariales que tiene en el diagnóstico precoz una de las piezas fundamentales de la prevención,

La alerta rápida de la posible entrada en dificultades se obtiene a través de distintas medidas, entre las que el autor<sup>391</sup> destaca tres:

- i) La mejora de la calidad de la información financiera y económica de la empresa, sobre todo en las empresas de cierto tamaño. Nosotros matizaríamos que también las empresas de tamaño menor tienen que obtener y emitir información económica-financiera de calidad. Cuestión diferente es que el nivel de detalle debe tener una adecuada relación coste/beneficio. Por primera vez se incorporan, en el Derecho francés como obligatorios los estados contables previsionales.
- ii) La extensión del mandato de publicidad legal de ciertos hechos por indicativos de situación de dificultad (como los privilegios públicos, los protestos). Creemos que puede ser beneficioso que el legislador español considere, en términos similares a la legislación francesa, la posibilidad de que se publiciten algunos indicios empresariales que anticipan una crisis significativa. Lógicamente, con una propuesta que logre un equilibrio entre las ventajas de la publicidad y transparencia con las posibles desventajas que tal información puede conllevar.
- iii) La regulación de cierto tipo de instituciones asociativas de adhesión voluntaria por las empresas que recogen información relevante de fuentes públicas y privadas con el objeto de asistir a los empresarios a la pronta detección de señales de alarmas para la celebración de contratos con empresas afectadas por esas alarmas. En relación a esta propuesta francesa que presenta el autor consideramos que en España hay mucho campo de trabajo y de mejora.

El auditor en la planificación de su trabajo deberá tenerlas en cuenta.

A nuestro juicio podría ser obligatorio que cuando el auditor, en el ejercicio de su trabajo, tuviera dudas razonables acerca de la continuidad de la empresa y, por tanto, de la aplicación del principio de empresa en funcionamiento pero éstas fueran de peso insuficiente para hacer mención de la situación en su informe podría estar obligado a manifestar expresamente esa opinión en un documento interno dirigido a los administradores. Si finalmente la empresa en los siguientes doce meses tuviera que solicitar concurso por insolvencia actual ese documento podría constituir prueba para demostrar la diligencia del auditor y la negligencia de la administración societaria y por tanto su contribución directa en el agravamiento de la insolvencia y en ese sentido, su

---

<sup>389</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, J. L. (2001): “Posibilidad y contenido de un derecho preconcursal. Auditoría y prevención de la crisis empresarial (art. 209.1.b) LSA”, pp. 89-90

<sup>390</sup> Indica FERNÁNDEZ DEL POZO, J. L. (2001), p. 198. Vid. *International Standard on Auditing 570, going concern, del IAASB*.

<sup>391</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, J. L. (2001), pp. 89-90

responsabilidad en sede de calificación. La ventaja de esta propuesta estriba en que dado que es un documento interno no será conocido por terceros y, de esta manera, no se perjudican sus relaciones empresariales. Sin embargo, obliga a la dirección a tomar medidas como actitud diligente puesto que, en caso contrario, llegada la insolvencia en los siguientes meses, el auditor podría eludir su responsabilidad probando el contenido del documento interno emitido y entregado a la administración societaria al término de su trabajo.

En cualquier caso, las Normas de Auditoría a aplicar a partir de enero de 2014 ya están adaptadas a las exigencias de la Unión Europea<sup>392</sup> y, sin perjuicio de que sean susceptibles de mejora, proporcionan un apoyo sustancial para la emisión de la opinión del auditor.

### 3) Tercer modelo: los modelos empíricos de predicción

Desde finales de los años sesenta del pasado siglo, en los que se publicó el modelo clásico de Edward Altman, se han desarrollado multitud de estudios empíricos basados en diferentes metodologías con el objeto de poder predecir la crisis futura de una empresa<sup>393</sup>.

Sin embargo, todos ellos adolecen de limitaciones que provocan que en la práctica no puedan ser utilizados individualmente como mecanismo preventivo y que deban ser acompañados de otro tipo de análisis.

Son innumerables las dificultades que los investigadores de la materia encuentran para desarrollar su trabajo. Pero dada la relevancia de la misma y, por tanto, el interés que despierta, es abundante la literatura publicada sobre modelos de predicción/ anticipación de fracasos empresariales. A lo largo del siglo XX y los años transcurridos del siglo XXI, se han multiplicado los trabajos empíricos y el desarrollo de modelos para multitud de países y sectores<sup>394</sup>.

Como decíamos al comienzo de este trabajo las crisis, insolvencias y satisfacción de los créditos han supuesto siempre una gran preocupación para todas las sociedades que se manifestaba ya, entre otros ejemplos, en el Derecho Romano y en las Ordenanzas de la Edad Media.

Las crisis son la materialización del riesgo inherente a la actividad empresarial que se manifiestan con especial virulencia en los ciclos económicos recesivos y con cierta frecuencia también en los expansivos. Cada empresa pasará, a lo largo de su vida, por

---

<sup>392</sup> A la fecha mayo de 2014 están en vigor 35 Normas Técnicas de Auditoría, incluyendo el glosario de términos, adaptadas de las normas Internacionales de Auditoría para su aplicación en España, (NIA-ES). La mayor parte de ellas aprobadas en la Resolución del Instituto de Auditoría de Cuentas de 15 de octubre de 2013.

<sup>393</sup> RUIZ, D. (2010): “La solvencia empresarial. Pirámides...”, op. cit., pp. 32-36. El autor realiza un trabajo exhaustivo de recopilación y clasificación histórica de los distintos modelos de predicción de la insolvencia.

<sup>394</sup> Vid tabla de TASCÓN, M. T.; CASTAÑO, F. J. (2012): “Variables y modelos para la identificación y predicción...”, op. cit., p. 25 reproducida en la página 220 de este trabajo.

sucesivas crisis que superará por sí misma. Éstas dependerán no sólo del ciclo económico sino además del sector, de cambios legislativos, de enfrentamientos de los socios, de los diferentes administradores societarios, de la competencia, clientela, etc.

En algunas ocasiones y para algunas empresas la severidad de la crisis puede ser tan aguda que necesiten acudir al amparo de la Ley Concursal para que ésta les facilite tanto la continuidad de la actividad, si considera que son viables en términos económicos, como la liquidación ordenada en caso contrario y hacer permanecer, de esta manera, la responsabilidad de sus empresarios y / o administradores al margen del déficit patrimonial y, por tanto, de la satisfacción incompleta de los acreedores existentes.

Que un Estado disponga de un Derecho societario, a través de la especialización concursal, que colabore, en última instancia, en la materialización de soluciones eficaces y eficientes de las crisis empresariales es muy positivo porque ayuda al desarrollo de la actividad con relaciones mercantiles más seguras y probablemente con un menor coste de financiación a la par que, insistimos, puede apoyar la solución conservativa de las empresas eficientes.

Tascón y Castaño<sup>395</sup> publican un estudio en el que analizan la evolución durante las últimas décadas del concepto de fracaso empresarial. Los autores citados detectan cierta evolución desde la identificación hacia la predicción, analizan las variables empleadas en los modelos y proporcionan un estudio de los riesgos empresariales que representan esas variables. Por último, evalúan los puntos fuertes y débiles de las metodologías que, por su reciente aparición, no han sido suficientemente estudiadas: las técnicas de inteligencia artificial y el análisis envolvente de datos (DEA)<sup>396</sup>.

Los autores de este estudio, al igual que la mayor parte de los investigadores, entienden que la cuestión que subyace en esta materia es la ausencia de una teoría firme sobre el fracaso empresarial aunque debe destacarse, en cualquier caso, la importancia de los avances obtenidos.

En esta línea indican, “a pesar del profuso número de trabajos empíricos y teóricos sobre la cuestión, y de la creciente sofisticación de los métodos de predicción, no se ha conseguido desarrollar el mapa conceptual de relaciones explicativas entre el comportamiento económico de la empresa, medido con variables internas, fundamentalmente contables, el efecto de los factores externos, tanto sectoriales como macroeconómicos medidos todos ellos a través de las variables disponibles y la quiebra o posibilidad de quiebra de estas empresas”<sup>397</sup>.

Entre las principales conclusiones que obtienen con su estudio destacamos:

- La doctrina no es unánime en la definición del concepto de fracaso empresarial. Se obtiene un grado superior de objetividad cuando la referencia del fracaso se toma con la declaración de quiebra o suspensión de pagos oficialmente

<sup>395</sup> TASCÓN, M. T.; CASTAÑO, F. J. (2012), p. 10

<sup>396</sup> KAORU, T. ; MIKI, T. (2010): “Dynamic DEA: a slacks-based measure approach”, pp. 145-156, los autores realizan un aportación sobre la metodología DEA

<sup>397</sup> TASCÓN, M. T.; CASTAÑO, F. J. (2012), p. 10. También desarrolla una metodología para la evaluación del fracaso empresarial la tesis doctoral de CASTAÑO, J. (2013): “Variables y modelos para la evaluación del fracaso empresarial. Propuesta de una metodología de fronteras en percentiles”

declarada. En la actualidad, mediante el auto judicial de declaración de concurso.

- Las últimas décadas han sido muy activas en estudios de investigación. Se han perfeccionado las técnicas empíricas y han aparecido nuevas formas para soslayar las limitaciones de las metodologías anteriores.
- No se ha conseguido hasta el momento la eliminación total de las limitaciones, sólo minimizaciones. Por ello, hasta la fecha no se ha encontrado una metodología única superior desde todas las dimensiones. La realidad es la coexistencia de las distintas metodologías.
- Sin embargo, se constata que unas pocas variables aparecen con mucha frecuencia en todos los modelos de investigación. “Las más generales por orden de frecuencia son: rentabilidad, endeudamiento y equilibrio financiero, que aparecían en todos los trabajos, incluso con más de un ratio por rasgo en algunos casos”.

Manzaneque avanza un paso más en la línea de investigación para la predicción y resolución de los fracasos empresariales.

Desde esta perspectiva, su trabajo de investigación ha tratado de elaborar un modelo que contribuya a la elaboración de un sistema de información que reduzca los porcentajes de error en la clasificación de la viabilidad económico-financiera de las empresas que se encuentran en un proceso de crisis, identificando factores que inciden en sus posibilidades de recuperación. “Así pues, se ha planteado desde una perspectiva tanto teórica como empírica, una forma diferente de analizar el fracaso empresarial”<sup>398</sup>.

Seguir explorando esta línea de investigación y llegar a conclusiones satisfactorias es esencial para ir perfeccionando el sistema concursal que planteamos. Como hemos señalado un punto de inflexión importante en la modificación normativa que proponemos es la determinación de la viabilidad económica empresarial lo más certeramente posible para derivar a la empresa hacia la vía conservativa, cuando se estima viable a medio plazo, o alternatively dirigirla hacia la vía liquidativa cuando, al menos teóricamente, no puede ser considerada su viabilidad.

Las principales conclusiones a las que ha llegado Manzaneque han sido<sup>399</sup>:

1 La existencia de diferentes niveles de fracaso que serán mayores o menores en función de las características económico-financieras que presentan.

Lógicamente, a medida que pasa el tiempo, los desequilibrios económico y/o financiero se incrementan, la crisis se agudiza y las posibilidades de continuidad de la actividad empresarial se agotan.

2 El estudio ha analizado los síntomas que informan sobre las posibilidades de reestructuración de las empresas en crisis y obtiene, como era previsible, que la situación de la empresa antes de que se produzca el desenlace del fracaso empresarial

---

<sup>398</sup> MANZANEQUE, M. (2006): “Caracterización y predicción...”, op. cit., p. 3 conclusiones

<sup>399</sup> MANZANEQUE, M. (2006), pp. 3 y ss de las conclusiones de la investigación

puede explicar las alternativas que se observan con posterioridad a dicha situación o *ex post*.

En esta línea se abunda en la percepción de que conviene tomar medidas tempestivamente para que el agravamiento del deterioro no comprometa irreversiblemente la solución conservativa de una empresa viable, lo cual también es interesante para que empresas no viables con su ágil liquidación alcancen mejor los objetivos propuestos.

En cualquier caso, y a pesar de las dificultades, si se utiliza una, o mejor varias conjuntamente, de las técnicas de análisis existentes (información interna no financiera, ratios económico-financieros y modelos de predicción), la empresa está en disposición de conocer anticipadamente la posible insolvencia a la que se verá abocada si no toma medidas adecuadas, con un grado de fiabilidad extraordinariamente elevado<sup>400</sup>.

Dado que una insolvencia empresarial y su posible solución conservativa o liquidativa es de interés para muchas partes el sistema concursal, en coordinación con el resto del Derecho societario y con otras leyes relacionadas, debe promover que los administradores societarios actúen diligentemente y utilicen adecuadamente los medios que el ordenamiento jurídico pone a su disposición, en última instancia, en beneficio de todas las partes.

La rápida entrada en funcionamiento del mecanismo concursal permite así, a cambio de ciertos beneficios concedidos al empresario deudor anudados a ciertos costes, alcanzar un importante grado de eficiencia al evitar buena parte de los costes asociados a la situación de preinsolvencia, los cuales pueden forzar en poco tiempo una situación de crisis irreversible cuya única solución pase por la liquidación de la empresa y ésta de forma insatisfactoria para todos.

Abundando en relación a la materia de la predicción y de la posible solución eficaz y eficiente de las crisis empresariales se ha planteado dar respuesta al siguiente interrogante, ¿qué indicadores económico-financieros podrían condicionar la decisión del experto independiente sobre la factibilidad de la supervivencia de una empresa en su fase preconcursal o inicial del sistema concursal?

Camacho y Segovia<sup>401</sup> desarrollan una investigación que versa sobre la predicción no como probabilidad de entrar en el proceso concursal, sino sobre la probabilidad de que, con la información previa a la entrada de una empresa en el proceso concursal español, su procedimiento concursal particular finalice en convenio y por tanto en conservación. Con ello se conseguiría maximizar la tasa de recuperación del crédito de los acreedores con la mayor tasa de supervivencia de empresas viables, aseguran las autoras.

---

<sup>400</sup> Para empresas de tamaño muy reducido, la utilización únicamente de ratios económico-financieros, frecuentemente monitorizados junto con información de la evolución de su sector de referencia, puede aportar resultados predictivos muy potentes, y desde luego mucho mejores de los obtenidos en la actualidad para la mayor parte de ellas que utilizan muy escasamente esta importante información. El sistema de información establecido en una empresa tiene que tener una adecuada relación coste/beneficio. Es decir, el beneficio que aporta para la empresa tiene que estar justificado en relación al coste en el que se incurre para su implementación y mantenimiento.

<sup>401</sup> CAMACHO, M. M.; SEGOVIA, M. J. (2011): “¿Qué indicadores económicos financieros podrían condicionar la decisión del experto independiente sobre la supervivencia de una empresa en su fase preconcursal?. Evidencia empírica en España”, p. 101



Así, estudian proponer qué características e indicadores deberían tener las empresas españolas que quieran acogerse a la refinanciación previa para que consigan la supervivencia del mercado porque mantienen que estos indicadores podrían ser útiles a los jueces, a los administradores concursales, a las entidades financieras y a los acreedores cuando tienen que decidir si un negocio debería entrar a la fase preconcursal porque tiene ciertas garantías de éxito<sup>402</sup>. “Por el contrario, aquellas empresas que, aún cumpliendo los requisitos legales previstos, vayan a utilizar el proceso preconcursal para alargar injustificadamente los plazos y no pagar a los acreedores, deberían liquidarse al menor coste posible cuanto antes”<sup>403</sup>.

Las investigadoras consideran que utilizando metodologías pertenecientes a la inteligencia artificial han obtenido unos modelos de predicción que pueden ayudar a predecir la probabilidad de supervivencia de una empresa según la regulación española, “de hecho, uno de los motivos que justifican este tipo de estudios relativos a los problemas con las empresas insolventes es el impacto que la legislación en general y la concursal en particular, tienen en el desarrollo económico de un país<sup>404</sup> y, por tanto, en los resultados del proceso. Incluso, la forma de legislar situaciones e insolvencias podrían condicionar las decisiones de inversión en un país”<sup>405</sup>.

En esta línea, explican cómo a pesar de que se constata que el diseño del sistema concursal influye en su resultado y tiene un impacto relevante en la economía de un país, la mayor parte de los investigadores centran su investigación en la predicción de la insolvencia. Así, son muy escasos los que estudian la predicción de las posibilidades de reorganización y/o reestructuración que tienen las empresas insolventes, y en menor medida aún si éstas son pequeñas o medianas. Precisamente las que cubren la mayor parte del mayor espectro empresarial español<sup>406</sup>.

El estudio en cuestión realiza dos importantes aportaciones, a nuestro juicio:

1-La aplicación de técnicas de inteligencia artificial en los modelos de predictivos se ha demostrado idónea en aplicación a una muestra de pymes en situación concursal para analizar predicciones de éxito en la opción conservativa.

2-Ha revelado algunas variables que, entre otras, deberían aportar información para la clasificación de empresas entre viables y no viables cuando entran en el proceso concursal. En este sentido, demuestra que el sector, el tamaño, la pertenencia o no a un grupo determina junto a los indicadores de insolvencia, equilibrio financiero, rentabilidad y generación de *cash flow* operativo el futuro de la empresa, esto es, la probabilidad de reorganización de la empresa insolvente.

---

<sup>402</sup> Aún estando de acuerdo con la hipótesis de este trabajo, consideramos que no sólo habría que tener en cuenta estos indicadores al inicio del procedimiento, sino que además deberían acompañarse de un plan de viabilidad futuro. Es decir, partiendo del diagnóstico de la situación apoyado en la información de los indicadores habría que añadir la estrategia futura que en base al mismo y teniendo todas las variables en cuenta garantice suficientemente la viabilidad del proyecto de empresa. Tengamos en cuenta que rentabilidades pasadas no garantizan beneficios futuros.

<sup>403</sup> CAMACHO, M. M.; SEGOVIA, M. J. (2011): “¿Qué indicadores económicos financieros...”, op. cit., p. 101

<sup>404</sup> LAPORTA et al. (1998) en CAMACHO, M. M.; SEGOVIA, M. J. (2011), p. 101

<sup>405</sup> PINDADO et al. (2008) en CAMACHO, M. M.; SEGOVIA, M. J. (2011), p. 101

<sup>406</sup> CAMACHO, M. M.; SEGOVIA, M. J. (2011), mencionan a LAITINEN p. 102

Por todo lo anterior coincidimos con las autoras cuando derivado del estudio concluyen, “en términos prácticos, estas técnicas de Inteligencia Artificial pueden usarse como sistemas de diagnóstico automático para preseleccionar, por ejemplo, aquellas empresas que necesitan una atención especial, de una manera rápida y a un coste bajo. De este modo, habrá una gestión más eficiente del tiempo dedicado en el proceso y sobre todo y muy importante proporcionarían uniformidad a los juicios emitidos sobre viabilidad futura de la empresa”<sup>407</sup>.

Obtener uniformidad y, de paso, la máxima objetividad posible en los juicios/informes emitidos sobre la viabilidad futura de la empresa en crisis es una apuesta central de nuestra propuesta.

De hecho, como ya hemos comentado, en el anexo I se aportará un modelo de metodología que pretende facilitar el trabajo de los expertos y/o administradores concursales encargados de su valoración.

En espera de sucesivos avances académicos, se pueden utilizar los ratios financieros de las tres dimensiones principales: rentabilidad, endeudamiento y equilibrio financiero, así como el *cash flow* operativo generado, comparando su evolución temporal como datos internos de la empresa y respecto a las empresas de su sector comparables en términos de dimensión y de otras características y añadiendo otras informaciones surgidas del entorno más inmediato y más lejano. Todo ello, en combinación con los modelos de predicción más explicativos aplicables a empresas similares. Es decir, que la calidad de la predicción se incrementará combinando los tres modelos referenciados en el epígrafe: información no contable, información contable (ratios económico-financieros, patrimoniales) y modelos empíricos.

La información contable, histórica y previsional, esto es, retrospectiva y prospectiva, de las empresas se empieza a utilizar como forma de predecir y mitigar los efectos de los posibles fracasos empresariales en las empresas de reducida dimensión.

Parece un hecho imparable, empujado por la situación económica, que cada vez sea mayor la presión para que las empresas trasladen información sobre su situación económico-financiera actual y la previsión futura.

En este sentido, se manifiestan también:

El acuerdo de Basilea II que exige a las entidades financieras la elaboración de sistemas internos de control de riesgos basados en la calificación crediticia de los acreditados para lo que necesitarán información de las empresas demandantes<sup>408</sup>.

El Código de Olivencia para sociedades mercantiles cotizadas recomienda que la información financiera refleje la imagen fiel sobre la actividad, los resultados y la

---

<sup>407</sup> CAMACHO, M. M.; SEGOVIA, M. J. (2011), p. 113

<sup>408</sup> RAPOSO, J. M. (2008): “El nuevo acuerdo de capital...”, op. cit., p. 197

razonabilidad en la continuidad<sup>409</sup>, e igualmente lo recoge el plan general contable de aplicación en vigor<sup>410</sup>.

En consecuencia, en nuestra opinión, se puede concluir que aunque no existan unos únicos indicadores que permitan predecir de forma exacta la crisis de una empresa o una metodología que proporcione certeza absoluta, hay suficientes y adecuadas herramientas que aproximan a esa información con el suficiente rigor.

Todas las técnicas disponibles para la predicción de la crisis de la organización aportan información interesante pero todas tienen limitaciones.

Como indica Manzaneque, “en este contexto, lo ideal no es la sustitución de una información por otra, sino la combinación de diferentes tipos de información disponible para que la toma de decisiones por parte de los usuarios se realice de la mejor forma posible. Así pues, los modelos de predicción del fracaso empresarial deben entenderse como instrumentos adicionales a la información económico-financiera, a la experiencia propia de los agentes y a otro tipo de información que pudiera obtenerse al respecto”<sup>411</sup>.

Es importante la opinión de Manzaneque en el sentido de que dada la existencia de las limitaciones inherentes a todos los modelos de predicción, ya que éstos sólo son una representación sintética de la realidad, conviene identificar qué modelos están orientados a cubrir las necesidades de cada grupo reducido de usuarios. En muchas ocasiones una combinación adecuada de varios de ellos aportará soluciones de mayor calidad.

En este sentido, a efectos de completar los indicadores o sistemas de alertas tempranas que detecten una insolvencia inminente como presupuesto objetivo de la Ley Concursal, se obtendrán mejores resultados combinando la información contable con modelos de predicción para usuarios que sean entidades financieras y prestamistas.

A modo orientativo se incluye una tabla de algunos modelos de predicción del fracaso desarrollados hasta el momento.

---

<sup>409</sup> RAPOSO, J. M. (2008), p. 160

<sup>410</sup> PLAN GENERAL DE CONTABILIDAD, Ley 16/2007 de 4 de julio de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea

<sup>411</sup> MANZANEQUE, M. (2006): “Caracterización y predicción...”, op. cit., p. 32

## Trabajos pioneros en distintas metodologías

| Fechas           | Metodologías                                                                                |
|------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------|
| Años 30 del s XX | modelos univariantes básicos                                                                |
| 1966             | Beaver análisis univariante y análisis de la varianza y el test de clasificación dicotómica |
| 1968             | Altman análisis discriminante múltiple Modelo Z-score                                       |
| 1977             | Martin. Regresión logística. Logit y Probit                                                 |
| 1984             | Marais et al. Algoritmo de participaciones recursivas o iterativas                          |
| 1990             | Bell et al. Inteligencia Artificial. Redes Neuronales                                       |
| 1991             | Mar Molinero y Ezzamel. Técnicas de Escalamiento multidimensional                           |
| 1996             | Serrano-Cinca. Inteligencia Artificial: mapas auto-organizativos                            |
| 2002             | Park y Han. Análisis multicriterio                                                          |
| 2002             | Shin y Lee. Inteligencia Artificial. Algoritmos genéticos                                   |
| 2004             | Paradi et al. Análisis Envolvente de Datos (DEA)                                            |

Fuente Tascón y Castaño<sup>412</sup>

Finalizamos con Fernández del Pozo quien considera que “el legislador no puede desentenderse de la realidad de la empresa en dificultades que todavía no está en crisis, habida cuenta, como ya se ha indicado anteriormente, de la posible existencia de comportamientos disfuncionales por parte de la dirección en situación de preinsolvencia, y de que la generación de los costes de agencia y de oportunidad que ella entraña pueden acelerar el proceso hacia la quiebra financiera.

Al menos no lo puede hacer si lo que pretende es el diseño coherente de un sistema concursal que tenga entre sus fines –aunque no sea exclusivo ni tan siquiera el preferente– el de la conservación o salvamento de la empresa económicamente viable”<sup>413</sup>.

Por este motivo, en este trabajo planteamos el diseño de una Ley Concursal en coordinación con el resto del Derecho societario que regule la fase previa a una crisis empresarial (insolvencia inminente), estableciéndose distintos indicadores como probatorios del prepuesto objetivo, a efectos de evitar el abuso. Proponemos, también, el estudio de las ventajas para el deudor que solicite tempestivamente el concurso y de las desventajas para el deudor que no lo haga, así como la identificación de las características de las empresas viables en su doble vertiente y de las empresas inviables, diseñando dos vías distintas: la conservativa y la liquidativa para derivar a las primeras a las segundas, por ese orden.

<sup>412</sup> TASCÓN, M. T.; CASTAÑO, M. J. (2012): “Variables y modelos para la identificación...”, op. cit., p. 25

<sup>413</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, J. L. (2001): “Posibilidad y contenido...”, op. cit., p. 37

## **2.2 Clasificación de las empresas: viables económicamente y no viables**

A efectos de este trabajo, se considera empresa viable en términos económicos aquella cuya actividad proporciona un valor de los *outputs* realizados superior al valor de los *inputs* que consume en la generación de los primeros. Obsérvese que decimos *outputs* realizados, no producidos. En este caso la empresa será rentable, al menos en términos relativos.

Adicionalmente, y también en el marco de este trabajo, se considera empresa viable, en términos financieros, si el resultado de la actividad es suficiente para remunerar los recursos ajenos puestos a disposición y necesarios para el desarrollo de la actividad.

En ese marco no exigiremos, contrariamente a otros autores, una rentabilidad económica suficiente también para remunerar los recursos propios utilizados, dado que en el ámbito de la concursabilidad de las pymes, que es el escenario principal, si bien no exclusivo de la investigación sería excesivo, por poco práctico, exigir ese nivel de rentabilidad en situación de crisis para promover la continuidad de la actividad.

Asimismo, cuando otros autores realizan el planteamiento más restrictivo de rentabilidad, lo hacen desde la consideración teórica de evitar un coste de oportunidad que en la práctica no es tan fácil de obtener, sobre todo en momentos de crisis financieras del calado de la que estamos viviendo. Todo ello, a salvo de consideraciones de otro tipo como: barreras de salida, implicación emocional de los empresarios con su empresa, etc.<sup>414</sup>.

---

<sup>414</sup> Efectivamente, una empresa se considera viable en términos económicos cuando el valor de los *outputs* que produce y vende es superior al valor de los *inputs* que utiliza para su elaboración.

Sin embargo, hay otra vertiente de la viabilidad, esto es, la viabilidad financiera.

Se considera que una empresa es viable en términos financieros cuando mediante la actividad que realiza es capaz de obtener los recursos necesarios para la financiación de esta actividad y, además, remunerarlos en los términos adecuados.

En principio la teoría económica considera la remuneración tanto de los fondos ajenos como de los propios aportados. Sin embargo, en escenarios de crisis empresarial, dentro de un procedimiento concursal, muchos expertos consideran que cabe presentar convenios y planes de viabilidad que únicamente contemplen la remuneración del capital ajeno, al menos, durante los primeros años de la salida de la crisis.

Y esto es así porque en la práctica muchas empresas, fundamentalmente las pequeñas y muchas familiares renuncian a obtener dividendos en situaciones de crisis y en aras de mantener la actividad se conforman con una remuneración laboral que en ocasiones exige, incluso, aportaciones desde el patrimonio personal. Desde esta perspectiva, la viabilidad conlleva también un elemento temporal. En función del periodo de tiempo considerado el análisis de viabilidad puede ser totalmente distinto. Una empresa viable a corto plazo no tiene por qué serlo, necesariamente, a largo y viceversa.

ROJAS, J. (2003): “¿Qué es una empresa viable?. La relatividad de concepto de viabilidad”, p. 13, el autor aflora la relatividad del concepto de viabilidad o de inviabilidad empresarial.

ROJAS define la viabilidad a dos niveles:

-Primario, como aquella viabilidad que está en función del negocio, de la posición competitiva y del mercado. En esta hipótesis, considera que no es posible aplicar un plan de mejora del negocio cuando la crisis procede del producto y/ o del mercado del producto y propone que la solución pase por la sustitución y no por la mejora (o sea, otro negocio distinto). Si la sustitución es posible, en términos de similitud del producto, activos, tiempo y capacidad económica, se podrá recuperar la posición competitiva, de lo contrario la empresa resultará inviable y deberá proceder a su liquidación.

-Secundario, que está en función del establecimiento mercantil, activos, capital intelectual, etc. Porque la falta de recursos, las pérdidas continuadas por ineficiencias ocasionan falta de rentabilidad o iliquidez. Pero en este caso, no le parece posible aplicar un plan estratégico de corrección de alteraciones y seguir

De acuerdo con Rojas<sup>415</sup>, a los efectos de esta obra, consideramos el plan de viabilidad, en sede de acuerdos de refinanciación, y el plan de viabilidad, en sede de concurso, con un marco temporal a medio plazo (entre tres y cinco años), como ya se ha expresado en epígrafes anteriores.

A nuestros efectos, las empresas serán también viables desde la perspectiva financiera si son capaces de obtener los recursos, tanto propios como ajenos para conseguir su continuación. En este sentido, una empresa será considerada viable económica y financieramente porque, con su actividad, puede remunerar la estructura de capitales ajenos que propone su plan de viabilidad. Contrariamente, no será viable financieramente si no consigue atraer o convencer a terceros para la financiación ajena planteada y ésta no se puede sustituir por propia.

En esta línea, este trabajo propondrá la liquidación (entendida cuando menos como cambio de propietarios) concursal de la empresa que, entendida viable en términos económicos y financieros, por parte de un experto independiente, no logra convencer a los acreedores y, por tanto, no se logra la aprobación del convenio propuesto por la mayoría exigida.

Rueda<sup>416</sup> considera dos posibles soluciones a la empresa en crisis, la liquidatoria y la de continuidad. En relación a la primera estima que sólo se conseguirá una satisfacción parcial del pasivo exigible. Por lo que se refiere a la segunda, esto es, la continuidad de la empresa en crisis propone que únicamente debe utilizarse cuando su valor actual

---

la viabilidad de la empresa. Por tanto sostiene, si la viabilidad primaria está asegurada siempre es posible conseguir la viabilidad secundaria. Lo contrario no es posible. En ese sentido indicará que la viabilidad primaria es condición “*sine qua non*”. Y que la viabilidad secundaria es una condición necesaria pero no suficiente.

Cuando se necesita decidir acerca de la viabilidad de una empresa, ROJAS fija, en primer lugar, el límite temporal de esa viabilidad.

En este sentido, propone un análisis distinto si se parte de un plan a corto, por ejemplo, de contención de crisis con instrumento concursal que si se trata de un plan de reconducción a largo plazo con la utilización de un procedimiento de tratamiento general de la crisis.

Para ROJAS, en el ámbito concursal, el objetivo de la viabilidad es que el plan que se propone en el convenio se pueda cumplir, o sea que permita satisfacer las deudas residuales a los acreedores. Si el administrador concursal considera que la empresa podrá lograrlo, aunque no quede muy clara la viabilidad a largo, deberá considerar la viabilidad e informar favorablemente, y se pregunta, ¿Cuándo considerará la administración concursal que la empresa es inviable?. En su opinión cuando:

- No exista viabilidad primaria: posición competitiva baja con crisis financiera o económica, aparición de productos sustitutivos sin opción de cambio por parte de la empresa, falta de suministro estratégico sin opción de sustitución, producto invendible por cuestiones económicas y / o legales, aparición de nuevas tecnologías, etc.

- No se obtengan recursos para aplicar el plan de contención en la viabilidad secundaria.

- Para obtener los recursos necesarios sea necesario un nivel de sacrificio superior a las compensaciones ofrecidas o superior a los límites legales.

- Los recursos futuros que deben generarse para cumplir con el convenio están basados en hipótesis poco racionales.

- No exista empresario ni sustituto adecuado al mismo.

- No exista solvencia subjetiva y no se consiga, por ello, el necesario apoyo para aprobar el convenio.

p. 15

Esta es la viabilidad importante a efectos de nuestro trabajo.

<sup>415</sup> ROJAS, J. (2003), p. 15. Se refiere a la necesidad de acotar temporalmente el plazo temporal al que se refiere la viabilidad de una empresa. De hecho, propone que en sede concursal el administrador apruebe el plan si considera que con base en él se podrá cumplir el convenio aunque no quede muy clara la viabilidad a largo plazo.

<sup>416</sup> RUEDA, J. A. (2004): “Diagnóstico...”, op. cit., p. 9

como negocio en funcionamiento, una vez reorganizada, al que se le descuenta las quitas y esperas aprobadas para los créditos concursales, sea superior al valor que se obtenga con la realización de los activos o con la liquidación del activo.

Lo fundamental de la idea del autor es que opina que, “cualquiera que sea la solución adoptada, los agentes directamente involucrados (acreedores y trabajadores), soportan un coste, cuantificado por el importe de sus créditos no recuperados, que trasciende a la economía en su conjunto, manifestándose, por ejemplo, en mayores tipos de interés. De ahí que pueda hablarse de un coste social de la crisis empresarial.

El coste social de la crisis empresarial se incrementa cuando su solución es ineficiente, porque se incentive bien la liquidación de empresas económicamente viables y susceptibles de reorganización (infra inversión), o bien el mantenimiento de empresas que deberían ser liquidadas (sobre inversión). Se trata, básicamente, del coste que para una sociedad implica el tener una parte de sus recursos productivos mal empleados, lo que motiva una reducción de la renta nacional y, por tanto, del bienestar social”<sup>417</sup>.

Creemos que el sistema concursal de un país puede colaborar para obtener reasignaciones de recursos más eficientes. El sistema concursal puede colaborar en la distribución eficiente de los recursos económicos de un país promoviendo la liquidación de las empresas no viables y la conservación de las empresas viables. Lo interesante de este planteamiento es que si el diseño del sistema es adecuado y el resto del ordenamiento se coordina con él puede conseguirse esa distribución eficiente sin renunciar al objetivo concursal fundamental que es la máxima satisfacción de los intereses de los acreedores. Efectivamente, si la Ley Concursal desarrolla un procedimiento adecuado para determinar con urgencia cuando una empresa concursada puede ser viable y facilitar entonces su reorganización, y al mismo tiempo el sistema promueve con celeridad la liquidación si determina que no es viable, entonces estará maximizando los intereses de los acreedores en su conjunto: de los subordinados con toda seguridad, de los ordinarios así como de los que tienen privilegio general con alta probabilidad y, en muchas ocasiones, también de los garantizados<sup>418</sup>, sobre todo si la garantía es una hipoteca o un bien no excesivamente líquido, principalmente cuando el acreedor es una entidad financiera que suele preferir una refinanciación asumible que iniciar un procedimiento de ejecución. Y abundando en esta idea, porque en el primer caso, de conservación, la generación de beneficios futuros solventará las deudas como haya quedado acordado y en el segundo, de liquidación, porque los activos de la empresa podrán realizarse al mayor valor posible, y por tanto, se cubrirá en mayor medida los débitos.

La dilación temporal en procesos de crisis perjudica a todas las partes: provoca la destrucción del valor de los activos tangibles e intangibles a la par que incrementa los costes de agencia provocados por comportamientos oportunistas de los administradores societarios y de otros directivos en perjuicio de los acreedores y del interés general que ve como se complica y encarece la financiación societaria.

---

<sup>417</sup> RUEDA, J. A. (2004), p. 9

<sup>418</sup> ORIOL, J. (2013): “Contratación hipotética y Leyes Concursales”, pp. 194-196. Considera que incluso los acreedores con garantía real pueden verse beneficiados cuando el procedimiento concursal permita asegurar el valor de la garantía de que disponen para satisfacer su crédito, también en términos temporales.

Así pues, es determinante conocer cuándo una empresa merece conservarse o debe liquidarse puesto que ésta determinación será el punto de inflexión para que el sistema concursal la envíe a un procedimiento conservativo o a un procedimiento liquidativo.

La viabilidad de una empresa exige un doble equilibrio:

- a) Equilibrio financiero supone una estructura financiera adecuada que permite satisfacer las obligaciones a sus vencimientos.
- b) Equilibrio económico, permite obtener una rentabilidad por la utilización de las inversiones que componen el activo fijo y el circulante usados en el ciclo operativo empresarial adecuada para compensar y remunerar a los capitales propios y ajenos disponibles.

El desequilibrio financiero, o inviabilidad financiera, no corregido provocará que aún cuando la empresa tenga beneficio operativo, si éste no es muy elevado no podrá absorber la carga financiera derivada del coste y del servicio de la deuda. Además un elevado apalancamiento disminuye en gran medida las posibilidades de endeudamiento y, por tanto, el crecimiento de la organización queda muy comprometido, salvo que la inyección de capital provenga de los propietarios.

Por otra parte, el desequilibrio económico o inviabilidad económica provocará a corto o medio plazo un desequilibrio financiero que se traducirá en iliquidez o suspensión de pagos, es decir, cuando la empresa no puede satisfacer las obligaciones a sus vencimientos y finalmente la quiebra, cuando las pérdidas acumuladas llevan a un patrimonio neto negativo y por ello el valor de los bienes y derechos a valor de realización de la empresa es inferior a su pasivo exigible.

En esta línea, Nieto<sup>419</sup> identifica el art. 327 de la Ley de Sociedades de Capital como una de las primeras señales del deterioro financiero patrimonial de la sociedad.

Finalmente, un desequilibrio no resuelto en la corriente monetaria empresarial generada por la diferencia entre cobros y pagos desembocará en una suspensión de pagos por falta de liquidez, salvo en el caso de que mantenga elevados saldos líquidos, lo que iría en detrimento de la rentabilidad.

---

<sup>419</sup> NIETO, C. (2012): “Soluciones societarias ante la insolvencia: el aumento y la reducción del capital social. La operación acordeón como mecanismo de reestructuración empresarial”, pp. 128-129. Indica que la primera alerta en la situación de deterioro financiero y patrimonial de la sociedad art. 327 LSC obliga a una reducción obligatoria del capital de la sociedad anónima cuando las pérdidas hayan disminuido el patrimonio neto por debajo de las dos terceras partes de la cifra de capital y haya transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio neto. “Parece que la doctrina del Tribunal Supremo se inclina mayoritariamente por el momento en que la situación de pérdidas hubiera sobrevenido, independientemente de que haya concluido o no el ejercicio y de que no se hayan formulado las cuentas anuales”.



## **2.3 El plan de viabilidad y el convenio, documentos esenciales para determinar la conservación de las empresas. Confiabilidad del plan**

Un sistema concursal eficaz y eficiente, esto es que maximice el interés de los acreedores promoviendo la liquidación de las empresas inviables rápidamente y la conservación de las viables, requiere de:

- Un sistema de alarmas tempranas que permita al deudor actuar con rapidez.
- Un sistema que identifique y clasifique las empresas viables económicamente y no viables al inicio del procedimiento.
- Un sistema que determine dos vías alternativas una para conservación y otra para liquidación.
- Y finalmente, un sistema que permita la aplicación de la terapia adecuada para cada resultado del diagnóstico sobre la crisis concreta. Esto es, un plan de viabilidad y una propuesta de convenio adecuados con ese diagnóstico.

Por ejemplo, reorganización a través de las partidas de gastos e ingresos de la cuenta de resultados y/o reestructuración financiera a través de la restauración del equilibrio financiero, refinanciación, modificación del modelo de negocio, u otros. Como puede observarse un sistema concursal eficaz y eficiente exige una integración adecuada de las ciencias económicas, empresariales y jurídicas.

### **2.3.1 Convenio concursal y plan de viabilidad**

El documento de convenio junto con su principal contenido y apoyo que es el plan de viabilidad, preceptivo en esta propuesta, contienen información fundamental para la solución conservativa del concurso y recogen el sacrificio y la restricción de derechos a que van a ser sometidos los acreedores que los aprueben y los disidentes a los que afecte.

A nuestro juicio, que la Ley Concursal garantice la corrección y factibilidad del texto de ambos documentos es esencial por cuanto sirve para clasificar la empresa como viable o no y en base a la misma iniciar el procedimiento conservativo o liquidativo. Sirve asimismo para conseguir maximizar los intereses de los acreedores, por cuanto si la empresa no es viable convendrá la rápida liquidación y sirve también para que el deudor pueda satisfacer los nuevos compromisos adquiridos en el marco del convenio y del plan de pagos anexo. Aunque tal y como está configurada actualmente la Ley Concursal el cumplimiento de esto último deviene como algo más teórico que real<sup>420</sup>.

---

<sup>420</sup> VÁQUER, F. J. (2011): “El convenio como medio para la continuación de la actividad empresarial”, p. 154. Opina que “cierto es que sostener que el convenio se configura como un medio hábil para extender la satisfacción de los acreedores concursales no deja de ser un puro ejercicio de voluntarismo (...) el examen de la realidad pone en evidencia que la finalización del proceso concursal por convenio es mínima y cuando se produce deviene en la mayoría de los casos en incumplimiento”.

Por ello se presenta un campo abonado para seguir trabajando y para proponer medidas que ayuden al cumplimiento material de los convenios futuros aprobados, dado que de no producirse, la Ley Concursal podría convertirse en papel mojado y no desplegaría todos los efectos positivos para los que está llamada.

### 2.3.2 Confiabilidad de los proyectos de viabilidad

El Banco Mundial en su párrafo 171 recoge cómo el éxito del plan depende de que éste en su configuración sea factible, cuando menos en base a una previsión razonable<sup>421</sup>.

Por tanto, es necesario que esté apoyado en los hechos y circunstancias conocidos y que con apoyo en los mismos se pueda decir, con un grado de fiabilidad adecuado, que existe una probabilidad suficiente del cumplimiento del plan establecido<sup>422</sup>. Esto es así porque, como mantiene el Banco Mundial, los acreedores basarán sus expectativas de cobro de los créditos aprobados en el propio plan<sup>423</sup>. Pero además, para nosotros, porque únicamente desde su cumplimiento se puede justificar la adhesión obligatoria a los acreedores disidentes que, de esta manera, han visto sustancialmente limitados sus derechos.

Al decidir si aprobar o no un plan, los acreedores deberían tener derecho a acceder a una evaluación independiente acerca de si el plan contiene o no asunciones e hipótesis erróneas o en caso de reestructuración parcial si la empresa queda excesivamente apalancada para un nivel de actividad estimado como factible.

Para el Banco Mundial, “resulta mejor dejar la determinación acerca de la factibilidad del plan a profesionales cualificados, quienes deben estar obligados a informar a los acreedores (y al tribunal) para permitirles evaluar razonable y justamente el tratamiento propuesto para sus pretensiones. Una evolución independiente del plan o un informe objetivo de un asesor independiente tiene el beneficio de proporcionar una revisión confiable e imparcial”<sup>424</sup>.

Esta última idea es básica para el trabajo que aquí presentamos. Asignaremos esta función al experto independiente nombrado por el registrador, en sede de acuerdos de refinanciación, y al administrador concursal, en sede de concurso. Y, a efectos de objetivar la opinión del experto al mayor nivel posible, presentaremos también una posible metodología de evaluación. Asimismo, pondremos de relieve la necesidad de

---

<sup>421</sup> BANCO MUNDIAL “El resultado del plan depende de que sea factible, queriendo decir que en base a los hechos y circunstancias conocidas y a presunciones razonables, el mismo y el deudor tienen más probabilidades de tener éxito que de fracasar”, p. 58

<sup>422</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, J. L. (2010): “Una lectura preconcursal del régimen jurídico de los acreedores de refinanciación. El expediente registral preconcursal”, p. 70. Para el autor un plan es plausible cuando, cabe razonablemente estimar que su correcta ejecución asegura la continuidad del deudor no obstante haber quedado ésta comprometida antes; en estas condiciones, si es viable la continuidad empresarial, la posición de los terceros queda garantizada en la medida en que evitándose la insolvencia, no pueden aquéllos considerarse lesionados en sus respectivos derechos de cobro de sus créditos a su vencimiento.

<sup>423</sup> BANCO MUNDIAL (2001): “Sistemas de insolvencia...”, op. cit., p. 58

<sup>424</sup> BANCO MUNDIAL (2001), p. 58

establecer unas Normas Técnicas que orienten a la profesión y que diseñen unos protocolos de actuación.

### 2.3.3 Naturaleza del convenio del concurso

La opinión de la doctrina acerca de la naturaleza del convenio oscila entre dos posiciones muy diferenciadas y algunas intermedias. Así, es cuestionable si este documento tiene una naturaleza de contrato o acuerdo entre las partes o si más bien, le corresponde una naturaleza de acto procesal.

Apoya la primera opción<sup>425</sup> el hecho de que el convenio, con carácter general salvo algunos supuestos contemplados por la Ley, es presentado por el deudor, quién deberá recabar la mayoría de los votos de los acreedores exigida en la norma para que pueda ser aprobado. Desde este punto de vista es factible considerar una naturaleza contractual, bien es verdad que se plantea el problema de su extensión a los acreedores disidentes<sup>426</sup>.

En el caso, excepcional como hemos indicado, de que sean los propios acreedores, o una parte de ellos, quienes presenten el convenio también hará falta la aprobación del deudor en último término.

Aunque es posible encontrar opiniones en contra, como Núñez-Lagos<sup>427</sup> quien mantiene “cabe defender que el convenio en la Ley Concursal es desde luego un acuerdo entre los acreedores y no necesariamente un acuerdo entre los acreedores y el deudor dado que aquéllos pueden imponer el acuerdo al deudor. A este respecto, el hecho de que el deudor pueda tener una importante participación en el proceso en nada contradice lo expuesto ya que la decisión final es de los acreedores”.

Por otra parte, el aspecto procesal del convenio viene dado, considera la doctrina, por el control de la legalidad que corresponde al juez.

---

<sup>425</sup> DE LA CUESTA, J. M<sup>a</sup>. (2004): “El convenio concursal. Comentarios a los artículos 98 a 141 de la Ley Concursal”, p. 14. El autor considera la naturaleza negocial del convenio y por ello determina que puede tener cualquier contenido dentro de los límites generales de la autonomía de la voluntad, “pueden encontrar especificación, y así sucede con la Ley Concursal, a causa precisamente de la especialidad que le presta ser un convenio concursal”.

MENÉNDEZ, F. J. (2009): “La oposición a la aprobación del convenio concursal”, p. 15. Define el convenio concursal como un negocio jurídico entre el deudor y los acreedores, para llegar a una solución satisfactoria en el pago de las deudas a sus acreedores.

<sup>426</sup> HORST, A. (2005): “El convenio en la quiebra y en la Ley Concursal”, p. 252, lo justifica así, “la vinculación del convenio a los acreedores ausentes o disidentes, se explica por la naturaleza de negocio jurídico contractual del convenio, pues éste es fruto de su aspecto contractual, en virtud del art. 1091 del Código Civil, según el cual “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”, y del art. 1257.I del Código Civil al señalar que los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos (...). Por ello, el convenio alcanzado en el concurso no podrá afectar nunca a los créditos posteriores a su liquidación”.

<sup>427</sup> NÚÑEZ-LAGOS, (2003): “el convenio del concurso: contenido y procedimientos”, p. 37

Así, Váquer<sup>428</sup> trae a colación la reiterada doctrina del Tribunal Supremo desde la asunción en 1958 de la denominada tesis Garrigues. El alto Tribunal ha venido calificando, con algunas variantes, el convenio como “un negocio jurídico complejo en el que se integran factores contractuales de interés privado y factores procesales de interés público, basando la extensión de los efectos del convenio a los acreedores no asistentes o que votaron en contra en la consideración de masa pasiva como una colectividad semejante a una comunidad de bienes y derechos o a los socios de una sociedad de capital”.

Váquer, en contra de algunas otras opiniones, considera que con la Ley Concursal de 2003 se ha producido una alteración de su naturaleza. Fundamenta su punto de vista en base a dos razones principales: en primer lugar, porque frente a la naturaleza contractual, la Ley 22/2003 ha extendido un interés público al concurso. Por tanto, es un contrato normado donde están limitados los supuestos de quitas y esperas, se limita la autonomía de la voluntad en defensa del interés de la parte contractual más débil. En segundo lugar, según el autor citado, dentro de los factores procesales y de su aprobación judicial, se introducen conceptos económicos, cual es “la viabilidad objetiva de la oferta contractual lo que fuerza a examinar la realidad del mercado y la posición presente y futura del deudor dentro del mismo, al ser preciso analizar, dentro del plan de viabilidad, los medios y condiciones de la obtención de recursos necesarios para la continuidad de la empresa y el cumplimiento de los refinanciados de pago. Si a ello añadimos la circunstancia de que el concepto de diligente administración que conforma el desempeño del cargo de administrador concursal obliga a formular la opinión cuando tal viabilidad económica esté comprometida, resulta un claro interés público en que el juez del concurso (a instancia de la administración concursal o de los acreedores legitimados del art. 128.1 LC) sólo autorice convenios con un alto grado de positivas previsiones económicas en su cumplimiento”<sup>429</sup>.

En base a este argumento podríamos defender que la propuesta que hacemos en relación al contenido del plan de viabilidad, a su razonabilidad en última instancia, a su evaluación objetiva, podría ser aplicable en los términos de Váquer, incluso sin necesidad de que se produzca una nueva reforma del texto legal vigente en los términos en los que en este trabajo venimos considerando y que han sido tratados en profundidad en epígrafes anteriores. Es decir, podría ser aplicable en el marco de la redacción de la Ley Concursal vigente.

Y probablemente, a salvo de una mejor opinión, lo mismo se podría argumentar de la necesaria conducta diligente de la administración societaria que en un capítulo posterior se ampliará. Aunque, adelantamos, no es pacífica la posición de la doctrina acerca de si esta conducta diligente debe exigirse únicamente en relación a los intereses de los socios o también a los acreedores en zona de preinsolvencia.

Finalizamos con Gutiérrez, quien realiza una definición en cuya virtud, “el convenio es un negocio jurídico particular, que nace en el seno de un proceso y que junto a elementos claramente obligacionales reúne algunos caracteres propios del ámbito

---

<sup>428</sup> VÁQUER, F. J. (2011): “El convenio como medio...”, op. cit., p. 154

<sup>429</sup> VÁQUER, F. J. (2011), p. 155

concursal. Como en cualquier contrato, negocio jurídico patrimonial, debe existir un consentimiento entre las partes sobre un objeto y una causa”<sup>430</sup>.

Pero al mismo tiempo relaciona la peculiaridad del contrato con la conservación de la actividad empresarial, por cuanto con su aprobación está en juego, dice, no sólo la satisfacción de los acreedores sino también otros intereses públicos.

Diferimos diametralmente, en este punto, de Gutiérrez porque nos parece que esta combinación de intereses puede ser una de las causas fundamentales y responsables de la ineficiencia y la ineficacia actuales de la Ley.

Nuestra convicción es firme en este asunto, y por este motivo incluso en presencia de un deudor con viabilidad económica demostrable, si no logra la viabilidad financiera necesaria mediante la aprobación de un convenio, creemos, la empresa debería ir a liquidación. También con el texto legal en vigor la última palabra la tiene la Junta de acreedores pero la legislación no es rigurosa en lo que se refiere a la justificación de la viabilidad.

Gutiérrez avanza más al considerar que el convenio emerge a la vida con el consentimiento de los acreedores en la forma que la Ley exige y que, de acuerdo con ello, la aprobación judicial, siendo un elemento claramente procesal, sólo es un presupuesto para su eficacia definitiva. Por eso supone que el convenio existe y puede desplegar efectos incluso antes de ser validado por el juez. Es más, en el supuesto de detectarse el haber incurrido en uno de los supuestos de prohibición legal para presentar la propuesta anticipada del convenio, por ejemplo la falta de depósito de las cuentas anuales en los tres últimos años, después de que el secretario judicial haya emitido decreto proclamando la aceptación mayoritaria de la propuesta, el juez no podrá dejarla sin efecto puesto que ya no se está ante una propuesta del art. 105.2 de la Ley Concursal, sino ante un convenio aceptado.

Para Gutiérrez su interpretación goza de la intención del legislador, quien a través de sucesivas reformas ha introducido, sin lugar a dudas, junto con la satisfacción de los acreedores “el interés por la conservación de la actividad empresarial y se ha incrementado sin duda la importancia del convenio concursal como solución al concurso especialmente apta para este fin, no resulta razonable mantener una interpretación de la prohibición en examen. De hecho, como es sabido, con la reforma de octubre del año 2011 se permite al deudor presentar propuesta de convenio con la misma solicitud de declaración de concurso voluntario art. 191 bis LC y en ningún caso se somete esta posibilidad a prohibición de presentación alguna”<sup>431</sup>.

---

<sup>430</sup> GUTIÉRREZ, A. (2012): “Falta de depósito de las cuentas y aprobación de propuesta anticipada de convenio: virtualidad del art. 105.2 LC”, p. 223

<sup>431</sup> Recordemos que, en nuestra propuesta, la falta de depósito de las cuentas anuales en los tres últimos ejercicios, en caso de que no prospere la vía conservativa y haya que acudir a la liquidativa, en la pieza de calificación, el concurso se calificaría como culpable, mediante presunción *iuris tantum*, y si existiese un déficit patrimonial sin cubrir la responsabilidad de los administradores sociales se vería extendida por la presunción indicada de actuación sin cumplir con el deber de diligencia debido salvo, lógicamente, prueba en contrario a cargo del deudor de que su actuación no ha provocado o agravado la insolvencia. Es más, a nuestro juicio, no sería posible que el deudor presente propuesta de convenio si ha infringido este deber mercantil.

Como decíamos, nos separamos de esta interpretación o, al menos, en lo relativo a considerar adecuado que el procedimiento concursal salvaguarde esos intereses.

Nos parece que en todo caso un deudor que incumpliendo la normativa mercantil no ha depositado las cuentas anuales debe tener vetada la posibilidad de presentar una propuesta de convenio.

Como se viene repitiendo en este trabajo, un convenio limita el ejercicio de los derechos de los acreedores: supone una quita y/o espera, una adhesión de los acreedores disidentes, una paralización de las ejecuciones singulares, del devengo de intereses, etc. Por tanto, cuando menos debiera ser exigible al deudor que plantea la continuidad de la actividad una conducta previa diligente, es decir, como un “ordenado empresario” para poder beneficiarse del acuerdo.

Con todo, quizás la posición que más predicamento alcanza es aquélla que considera la naturaleza mixta del convenio concursal, en cuanto que comparte características de contrato negocial y aspectos procesales. Se entenderá el convenio entonces como un acuerdo de voluntades del deudor y de los acreedores que precisará de la homologación judicial<sup>432</sup>.

Y finalmente, cabe preguntarse si estas posiciones doctrinales referentes a la naturaleza del convenio se modificarían, y de hacerlo en qué sentido, si una hipotética reforma legislativa futura estableciera como preceptivo y vinculante el informe favorable de la administración concursal sobre la razonabilidad del plan de viabilidad aportado. Siendo esto así algunos acreedores, aquéllos que desearían votar favorablemente, verían limitada su voluntad porque la propuesta de convenio no llegaría a la fase de votación en el supuesto de opinión desfavorable. Por el contrario, para los acreedores disidentes, el informe aportaría una garantía sustancial.

---

<sup>432</sup> HORST, A. (2005): “El convenio en la quiebra...”, op. cit., pp. 251-252. Participa de la opinión de la naturaleza mixta y lo explica en base a las siguientes consideraciones:

-La Ley Concursal limita el contenido del convenio lo que ciertamente afecta al principio de libertad de contenido del mismo y a la autonomía de la voluntad, pero no cree que la elimine.

-Aunque un convenio pueda ser aprobado por la autoridad judicial sin el consentimiento del deudor, tampoco afecta a la naturaleza jurídica del convenio porque esto no es exactamente así. El convenio requerirá del consentimiento del concursado, sea éste expreso o tácito.

-La restricción de la facultad de modificación de las propuestas de convenio tampoco afecta en nada a la naturaleza jurídica del convenio, pues es un mecanismo que contribuye a asegurar el contenido de la oferta y de la tutela de los intereses de los acreedores y del propio deudor.

-Y finalmente, en relación a la facultad del juez de aprobación del convenio para su eficacia, considera que se trata de un mecanismo introducido para el control de la legalidad del mismo, por lo que la naturaleza contractual del mismo en nada queda afectada.

MARTÍNEZ, M. D. (2013): “Las soluciones al concurso por vía de convenio”, p. 40, considera que “el juez cuando homologa no se limita a ratificar o sancionar la voluntad mayoritaria, sino que suple la voluntad ausente y discordante de los acreedores ausentes y disidentes y ello después de supervisar la legalidad y las limitadas funciones de supervisión del fondo del convenio”.

#### 2.3.4 Escasa virtualidad de la Ley para conseguir la aprobación de las propuestas de convenio

La doctrina de forma unánime, avalada por los datos de la realidad, constata las escasas posibilidades que existen de que se apruebe una propuesta de convenio en el marco de un procedimiento concursal. En 2013 los resultados confirman que la mayor parte de los concursos finalizan en liquidación. En ese año las fases de liquidación representaron un 94,05 % del total de las fases sucesivas iniciadas en 2013.<sup>433</sup>

Las explicaciones más plausibles son la presentación de la solicitud de concurso voluntario intempestivamente, cuando la empresa deudora se encuentra inmersa en una insolvencia severa, la escasa credibilidad del plan de viabilidad que lo soporta cuando legalmente es procedente debido, sobre todo, a la insuficiencia de su contenido que no permite valorar la razonabilidad, coherencia y factibilidad de las previsiones contempladas y derivado de ello, el nulo interés de los acreedores por la continuidad de la actividad.

En este sentido, Herbosa y colaboradores<sup>434</sup> consideran que no parece que el legislador haya apurado las posibilidades dirigidas a la aprobación de convenios. Dada la estructura de estas empresas, pymes, opinan que es así por las tres razones siguientes:

1. Acceso tardío.
2. Insuficiencia de filtros eficaces para identificar las empresas no viables.
3. Dificultades para la aprobación del convenio que lo apoyan en dos motivos: su tramitación es demasiado larga y costosa, lo cual resulta especialmente gravoso para esta clase de empresas, y las dificultades para atraer a los acreedores<sup>435</sup>.

#### 2.3.5 Oposición al convenio por inviabilidad objetiva del cumplimiento de su contenido

Para García-Villarrubia<sup>436</sup> el modelo legal establecido tiene una clara intención de que los convenios aprobados se mantengan. Intenta asegurar que éstos se cumplen a través de presunciones legales de corrección en cuanto a su formación y desarrollo. De esta manera, el convenio aceptado por la mayoría se presume “legal en cuanto a su

---

<sup>433</sup> Estadísticas concursales 2013 Registradores de España

<sup>434</sup> HERBOSA, I. y AA.VV. (2012): “Mecanismos de prevención...”, op. cit., p. 90

<sup>435</sup> Nos parece que la alternativa que se plantea en esta investigación solventaría las tres razones. Las dos primeras ya están suficientemente planteadas y la última con la propuesta de convenio y su plan de viabilidad, así como con la evaluación externa y su paso a la Junta de acreedores se agiliza el proceso. Al mismo tiempo, dada la razonabilidad del contenido avalado externamente, el interés de los acreedores aumentará seguramente. Tengamos en cuenta, que en la actualidad buena parte de los escasos convenios que se aprueban terminan en incumplimiento.

<sup>436</sup> GARCÍA-VILLARRUBIA, M. (2011): “Cuestiones problemáticas relacionadas con el trámite de oposición al convenio en el concurso de acreedores”, pp. 209 y 214

contenido, correcto en cuanto al proceso de formación de la voluntad de aceptación y viable en cuanto a su cumplimiento”.

Esta última presunción se relaciona directamente con la fiabilidad del plan de pagos establecido y del plan de viabilidad considerado, en su caso.

Algunas opiniones doctrinales admiten que una impugnación del convenio por inviabilidad objetiva del mismo ha de basarse en el análisis de esos planes.

Abundando, se plantea García-Villarrubia<sup>437</sup>, “también podría darse la circunstancia de que un convenio que era viable objetivamente haya devenido inviable con posterioridad por causas o circunstancias externas o ajenas al propio convenio, por ejemplo una crisis generalizada frente a la crisis del sector, que además de la del concursado llevó al concurso a otras empresas.”

Dos consideraciones hacemos a este planteamiento: en primer lugar nos preguntamos, si la viabilidad o, a *sensu contrario*, la inviabilidad del convenio no se apoya en el examen del contenido del plan de pagos y del plan de viabilidad, para nosotros preceptivo, ¿en qué otra información puede apoyarse?. Y segundo, el que la evaluación externa de esos documentos, realizada por el profesional independiente, se demuestre errónea en el futuro no invalida, a nuestro juicio, la necesidad de realizarse<sup>438</sup>. Demostrado el error, como en cualquier otra actividad profesional, se determinarán sus causas. Se analizará si el trabajo se desarrolló cumpliendo las normas técnicas de su profesión y, por tanto, el incumplimiento de su opinión no le puede ser imputado o, si por el contrario, no actuó con la diligencia exigible a su profesión. Lo que no puede mantenerse, desde nuestro punto de vista, es el argumento en virtud del cual dado que no existe certeza en las predicciones, estos trabajos no merecen efectuarse.

A nuestro juicio, nos movemos en procelosas aguas cuando se trata de estimar la viabilidad futura, a medio plazo en los escenarios preconcursales o concursales de una empresa porque, lógicamente, no se puede esperar certeza en el devenir futuro. Sin embargo, sí podemos acotar significativamente el riesgo asumido asignando probabilidades a los distintos escenarios imaginados y, sobre todo, estableciendo un estatuto profesional para los administradores concursales y para los expertos nombrados por el registro mercantil acompañado con una regulación de la ejecución de su trabajo mediante la emisión de Normas Técnicas de obligado cumplimiento así como con la ayuda de metodologías propuestas.

También Váquer admite la existencia de una obligación para la administración concursal y de un derecho para las minorías (apartado 2º art. 128 Ley Concursal) en cuya virtud se impugne el convenio por resultar objetivamente inviable.

Tal impugnación, considera, habrá de basarse en elementos extrajurídicos, de carácter económico y explicados por “expectativas, oportunidades, previsiones financieras, comerciales y de mercado”<sup>439</sup>.

---

<sup>437</sup> GARCÍA-VILLARRUBIA, M. (2011), pp. 209-214

<sup>438</sup> En cualquier caso, la aparición de una crisis sectorial súbita no contemplada en el plan de empresa aprobado por un experto independiente será un supuesto excepcional a nadie imputable.

<sup>439</sup> VÁQUER, F. J. (2011): “El convenio como medio...”, op. cit., p. 164



Y si esto es así, para Váquer resulta que “sólo los convenios jurídicamente impecables y económicamente viables, deben ser aprobados judicialmente e impuestos por Ley a los acreedores minoritarios del apdo. 1º del art. 128 Ley Concursal”<sup>440</sup>. Para realizar esta labor es necesario analizar el contenido, razonabilidad y fiabilidad del plan de viabilidad que “debe acompañar a todo convenio que pretenda el pago de créditos mediante la continuidad de la actividad empresarial; pero de los examinados a diario en el Juzgado resulta que son pocos, con escasa información, limitándose a exposiciones generales seguidas de cuadros de ingresos y gastos de explotación para seguidamente afirmar que haciendo lo mismo y dirigida la empresa por los mismos, se van a obtener sustanciales beneficios con crecimiento año tras año”<sup>441</sup>.

El autor establece una relación exhaustiva de los puntos fundamentales que, a su juicio, no están suficientemente recogidos y/o razonados en la mayor parte de los convenios y documentos anexos a los que ha tenido acceso. En concreto enumera los seis puntos siguientes:

- 1) La plasmación del nuevo proyecto empresarial.
- 2) Los objetivos y estrategias que van a constituir las distintas actividades de la empresa, con ponderación de las novedades o valor añadido que dicho proyecto empresarial oferta frente al anterior modelo y frente al resto de los competidores actuales del sector.
- 3) Los elementos productivos, humanos o materiales con los que piensa contar.
- 4) Estudio de mercado relativo al sector empresarial en que se va a desarrollar dicha actividad y las zonas geográficas de dicho mercado, así como la ponderación de los ciclos de ingresos en relación con los períodos temporales analizados y su evaluación.
- 5) Proyección de ingresos y gastos de explotación por actividad empresarial que deberá guardar coherencia con el resultado del estudio de mercado y cuenta de resultados estimada para el negocio.
- 6) Cuenta de resultados y balance de situación empresarial de los ejercicios fiscales objeto del plan y las cuentas de tesorería.

Váquer se muestra contundente, desde su perspectiva un convenio cuyo contenido adolece de los seis puntos anteriores omite información de relevancia jurídica. La intensidad de la misma debe estimarse en dos momentos diferentes: uno cuando se ejercita el derecho de voto, que lógicamente se basará en la valoración económica y financiera de la propuesta de convenio y, otra, con el ejercicio del derecho de opción de las minorías<sup>442</sup>.

Para nosotros habrá un tercer momento, esto es, cuando el administrador concursal emite su opinión sobre el contenido del convenio.

---

<sup>440</sup> VÁQUER F. J. (2011), p. 164

<sup>441</sup> VÁQUER, F. J. (2011), pp. 164-165

<sup>442</sup> VÁQUER, F. J. (2011), p. 165

En cualquier caso, en opinión de Váquer estos momentos “obligan al juez a reforzar las exigencias formales del plan de viabilidad y requerir subsanación a la propuesta que no acompaña tales datos (los seis puntos anteriores) e inadmitir la misma en caso de no hacerlo”<sup>443</sup>.

A la luz de las consideraciones del juez Váquer, nos parece que una base importante de apoyo a nuestra propuesta, como es que del contenido del plan de viabilidad se pueda estimar con suficiente grado de probabilidad la viabilidad económica, a medio plazo, de la concursada ya tiene reflejo legal en el art. 100.5 del texto legal de la Ley Concursal. Por ello, tenemos que entender que ésa ha sido la voluntad del legislador, cosa distinta es que a día de hoy, con carácter general, no se cumple el precepto. Desde esta perspectiva, y para esta cuestión, la propuesta que hacemos no exigiría un cambio normativo concursal, sino únicamente un cumplimiento efectivo del espíritu y del texto de la Ley.

Finalmente, la oposición al convenio por inviabilidad objetiva de su cumplimiento, cuya legitimación activa corresponderá, en todo caso, a los acreedores tendrá que fundamentarse, de acuerdo a nuestra propuesta, en que la opinión del experto independiente se ha emitido sin apoyarse en un trabajo previo de acuerdo a las Normas Técnicas de su profesión.

### 2.3.6 Plan de viabilidad, informe del experto

Por lo señalado anteriormente parece fuera de toda duda que la fiabilidad del plan de viabilidad, en relación con su posibilidad de cumplimiento, determinará que la impugnación del convenio por incumplimiento objetivo sea un supuesto excepcional. Por ello, el plan debe ser creíble, defendible y viable<sup>444</sup>, en las tres dimensiones: jurídica, económica y financiera, desde nuestra opinión<sup>445</sup>.

#### a) Concepto de plan de viabilidad

---

<sup>443</sup> VÁQUER, F. J. (2011), p. 165

<sup>444</sup> BISBAL, J. (1986): “La empresa en crisis y el derecho de quiebras (una exposición económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas)”, p. 298. Introduce un criterio de viabilidad jurídica al plan de viabilidad económico-financiero y de esta manera determina que una empresa es conservable cuando es posible someterla a un plan de reorganización jurídicamente viable en el momento procedimental en el que el plan debe formularse. Con la precisión realizada quiere subrayar el hecho de que la noción de viabilidad, en los textos legales, no está referida exclusivamente a la empresa, como unidad productiva, sino al plan de reorganización, el cual debe satisfacer además aquellos intereses que el ordenamiento jurídico considera relevantes.

<sup>445</sup> PULGAR, J. (2012): “El concurso de acreedores: Reforma de la ley 38/2011”, p. 74. Considera que un plan podría ser razonable desde la perspectiva de quien lo propone, y sin embargo irrealizable en las condiciones de mercado en el momento que se propone.

De ahí nuestro interés para que el plan sea sometido a evaluación externa independiente y, por tanto, objetiva, en la que la posibilidad de no acierto sólo venga determinada por el riesgo e incertidumbre de toda actividad mercantil.

Rojas y Beltrán<sup>446</sup> definen el documento plan de viabilidad como el “conjunto ordenado de medidas y acciones que debe tomar y aplicar el empresario a fin de reconducir la empresa a una situación positiva tanto económica como financieramente”.

Este punto de vista comparte similitud con el plan de acción derivado del plan estratégico aprobado en cualquier empresa. Ahora bien, y aquí viene la diferencia, ambos planes se distancian en cuanto a la toma de decisiones de las medidas y de las acciones. Si esta decisión proviene únicamente de la empresa estaremos ante un plan de adaptación habitual en la administración societaria pero, por el contrario, si la decisión es tributaria del consenso de otros agentes externos, en este caso, de los acreedores o también de nuevos financiadores estaremos ante un plan de viabilidad. Sin este consenso de partes el plan podría tener viabilidad económica pero lo que no tendrá será viabilidad financiera. Cabría, creemos, dos momentos para la impugnación por incumplimiento objetivo del convenio, antes de que éste resulte aprobado y, en un momento posterior, cuando durante su implementación emerja esta inviabilidad. En cualquiera de los dos momentos, entendemos, corresponderá valorar el trabajo del experto en relación a las Normas Técnicas de su profesión. Lo que obligará al juez a pronunciarse sobre este extremo.

b) Tres problemas principales relacionados con el plan de viabilidad

i) perfil del experto independiente / de la administración concursal

La Ley Concursal establece la evaluación de los planes de viabilidad<sup>447</sup> presentados en sede de acuerdos de refinanciación por expertos independientes nombrados por el registrador mercantil y por la administración concursal en sede de concurso, en algunos supuestos<sup>448</sup>.

---

<sup>446</sup> ROJAS: J. ; BELTRÁN, S. (2010): “El plan de viabilidad: guía práctica...”, op. cit., p. 18. SWIEC, A. (2013): “El plan de viabilidad en el concurso de acreedores”, p. 25 lo define como “un instrumento en el que se detallará el procedimiento a través del cual se podrá cumplir con los acuerdos contenidos en el convenio, y con los compromisos adquiridos en el plan de pagos, en función de los recursos derivados de la actividad profesional o empresarial del concursado”.

<sup>447</sup> VARGAS, P.; VARGAS, J.; FERNÁNDEZ, C.; BELDA, J. M. (2005): “El plan de viabilidad y la ley concursal”, p. 96. Proponen que la opinión sobre el plan de viabilidad analice si el documento garantiza que la empresa sea sostenible, porque si no lo es de nada sirve que se normalicen sus ratios económicos y financieros. Compruebe que el plan garantiza la normalidad económica, es decir la rentabilidad y la normalidad financiera, o sea, la solvencia y liquidez. Ciertamente existe una relación directa entre la calidad y fiabilidad del plan de negocio de una empresa y su posible crisis empresarial, vid, PERRY, S. C. (2001): “The relationship between written business plan and the failure of small business in the U.S.A.”, pp. 201-208 y PINSON, L. (2005): “Anatomy of a business plan: a step-by-step guide to building a business and security your company’s future”;

<sup>448</sup> Nos parece que cada vez más el legislador se aleja de la postura que mantenemos en este trabajo en relación a quién debe ser el responsable de la elaboración del plan de viabilidad, para nosotros el deudor en todo caso, y en relación al papel de independencia que, creemos, debe desempeñar el administrador concursal y el experto independiente en la valoración del mencionado plan. Así, en la recientemente aprobada Ley 14/2013 de apoyo al emprendedor y su internacionalización, se regula una nueva figura, el mediador concursal. A él se le encarga la tarea de la elaboración del plan de pagos y del plan de viabilidad que lo deberá acompañar y que una vez obtenido el consentimiento del deudor remitirá a los acreedores. Por tanto, a este profesional no se le atribuye la evaluación de estos documentos, sino su elaboración. Así lo consideramos porque al mediador concursal le encarga recabar la autorización del deudor antes de que envíe el documento a los acreedores. Nos parece alejado de la realidad que esta figura pueda efectuar ese cometido puesto que el proyecto y el modelo de empresa futuros corresponde determinarlo siempre y en cualquier circunstancia al deudor. Por otra parte, el Real Decreto-ley 4/2014

Un problema fundamental que detectamos para garantizar la calidad del concurso es que la Ley no determina, suficientemente, el perfil del experto independiente,<sup>449</sup> en cualquiera de sus acepciones, experto independiente y administrador concursal, que debe evaluarlo<sup>450</sup>.

Nosotros entendemos que el profesional o grupo profesional debe dominar materias: jurídicas, económicas, financieras, contables y de dirección estratégica empresarial, porque todas ellas forman parte ineludible del contenido de un plan de viabilidad en escenario de precrisis o crisis empresarial.

En esta línea se manifiesta Rojas<sup>451</sup>, quien considera que el profesional que desempeña esa función debería tener una “determinada formación en el campo de la administración y gerencia empresarial. Y una formación, por lo tanto, en estrategia empresarial (...) La administración concursal debería ser experta en viabilidad empresarial”. Aunque nosotros precisamos algo más. La formación requerida en esas materias sería requisito para los administradores de la “rama económica” que en capítulos posteriores se identificarán. Pero adicionalmente, y siempre para esta clase de administradores, nosotros solicitamos un perfil como auditores de cuentas en todo caso. Volveremos sobre esta cuestión en ulteriores capítulos.

ii) contenido de un plan de viabilidad

Otro problema importante es la escasa concreción de la Ley en referencia al contenido<sup>452</sup> mínimo del plan de viabilidad.

---

modifica el carácter del informe del experto independiente para los acuerdos de refinanciación que pasa de ser preceptivo a optativo a instancias de parte.

<sup>449</sup> A lo largo de este trabajo manifestamos en reiteradas ocasiones que, a nuestro juicio, el plan de viabilidad en el que se apoya el convenio en su caso, o los acuerdos de refinanciación o más recientemente los acuerdos extrajudiciales recogidos en la Ley de apoyo al emprendedor y su internacionalización es responsabilidad del deudor y los profesionales externos: experto independiente, administrador concursal o mediador concursal deben ser independientes y su función debe ser evaluadora del documento. En este sentido se manifiesta también Fernández del Pozo, J. L. (2010): “El régimen jurídico preconcursal de los acuerdos de refinanciación (d.ad.4ª LC). Propuesta de reforma legislativa”, p. 71. Cuando afirma, “el plan de viabilidad debe ser proporcionado al experto independiente por el mismo deudor”.

<sup>450</sup> PULGAR, J. (2012): “El concurso de acreedores. Reforma de la ley 38/2011”, pp. 71-72. “Al no existir una profesión directamente relacionada con la verificación de los planes de viabilidad, goza el registrador de un amplio margen para la designación de expertos, pero en la práctica es previsible que se materialice en economistas y auditores”.

<sup>451</sup> ROJAS, J. (2010): “El concurso como instrumento para la viabilidad”, en “El plan de viabilidad: guía práctica para su elaboración y negociación” ROJAS, J. y BERTÁN, S. pp. 170-171, una ampliación del documento plan de negocio y de la estrategia empresarial puede consultarse en, ABRAMS, R.; KEINER, E. (2003): “The successful business plan: secrets and strategies” y también en HORMOZI, A. M.; SUTTON, G. S. ; McMINN, R. D. ; LUCIO, W. (2002): “Business plans for new or small business: paving the path to success”, pp. 755- 763, así como en MITCHELL, W. ; BERCOVITZ, J. (2007): “When is more better? The impact of business scale and scope on long-term business survival, while controlling for profitability”, pp. 61-79

<sup>452</sup> MARTÍNEZ, F. (2002): “Algunos apuntes sobre el plan de viabilidad de las empresas en situación concursal”, p. 27. Propone que el contenido del plan de viabilidad tiene que dar respuesta a las siguientes cuestiones: causa de la insolvencia, condiciones del entorno necesarias para la viabilidad futura de la empresa, bases del negocio y recursos que apoyarán el plan de futuro y responsables de la ejecución del plan.

FERNÁNDEZ DEL POZO, J. L. (2010): “Una lectura preconcursal del régimen jurídico de los acuerdos de refinanciación. El expediente registral preconcursal”, p. 72. Se hace eco de la poca orientación y consenso que existe respecto a cual debe ser el contenido de un plan de viabilidad y considera que “el

Un plan de viabilidad debe contener como mínimo:

-Diagnóstico interno de la empresa.

Debilidades/Fortalezas

-Diagnóstico del entorno cercano y del entorno general.

Variables macro/micro

-Tendencias del sector de actividad y de otros sectores.

Análisis de la competencia

Análisis de la clientela

Sectores conexos y nuevos sectores

Evolución tecnológica

Amenazas/Oportunidades

-Diagnóstico financiero.

-Estrategia a medio plazo.

-Plan de acción anual.

-Necesidades financieras.

Recomendamos también que incluya un análisis de la viabilidad de la empresa como un proyecto de inversión<sup>453</sup>, pues aunque en sede concursal las pequeñas y medianas empresas y especialmente las familiares, que suponen la mayor parte del tejido empresarial de nuestro país, sacrifican la rentabilidad del patrimonio familiar por conservar la empresa de la familia en muchas ocasiones, no deja de proporcionar una información muy útil para la toma de decisiones del deudor y de los acreedores.

Dos son las partes fundamentales de un plan de viabilidad: los ingresos esperados y las necesidades de liquidez para atender en tiempo y cuantía las obligaciones contraídas.

a) Las proyecciones de ingresos se soportarán con información razonable de la estrategia que la empresa desarrollará y contendrá, entre otros, los siguientes aspectos: qué líneas de negocio mantendrá, cuáles eliminará, cómo fabricará el producto o prestará el servicio, qué parte subcontratará, qué propuesta de valor y diferenciación aportará a los clientes potenciales, a qué segmento (perfil, zona geográfica, hábitos de consumo, etc.) pertenecerán éstos, qué estructura financiera tendrá, qué política de cobros y pagos será admitida en su actividad y, todo esto, a un horizonte temporal de tres años (medio plazo)<sup>454</sup>.

b) La generación de liquidez en cuantía y tiempo acordes con los compromisos adquiridos.

---

legislador remite la cuestión a la *lex artis*”, echa en falta que el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas o algún otro organismo sea el encargado de emitir una Norma Técnica sobre contenido y elaboración del plan de viabilidad.

En el anexo a este trabajo presentaremos una metodología que, en relación a este asunto, hemos diseñado para facilitar la evaluación independiente del mencionado documento. Lógicamente sus áreas y contenido puede servir de orientación también para su formulación.

<sup>453</sup> Los conceptos más utilizados son: el VAN, valor actualizado neto definido como la suma de todos los flujos de caja generados previsiblemente por el proyecto durante el tiempo considerado actualizados hasta el momento presente. La TIR tasa interna de rentabilidad definida como la tasa de descuento que hace que el VAN del proyecto sea igual a cero. Sobre viabilidad de empresas en crisis, vid LAITINEN, E. K. (2011): “Assessing viability of finnish reorganisation and bankruptcy firms”, pp. 156-198

<sup>454</sup> Los expertos en estrategia consideran que dado la turbulencia del entorno, no es posible hacer estimaciones con suficiente grado de probabilidad de cumplimiento en plazos temporales muy superiores.

En definitiva, cuál será la estrategia de la empresa que o bien sirva de base para la firma de acuerdos de refinanciación, o bien sirva de base para la propuesta de convenio junto con la solicitud de concurso voluntario, de acuerdo a nuestra propuesta.

Por este motivo sostenemos que para respetar el espíritu de la Ley Concursal hay que invertir recursos suficientes en la elaboración de un plan de empresa riguroso, responsabilidad del deudor, y que el citado documento no puede omitir el nuevo plan estratégico necesario para la solución de la crisis de la organización.

Y todo lo mencionado es extensible al documento que se requiere en cualquier momento de la norma concursal. Es decir, cuando hablamos del plan de viabilidad en sede de acuerdos de refinanciación<sup>455</sup>, ya no perceptivo en virtud del Real Decreto-ley 4/2014 sino a instancia de parte; cuando hablamos del plan de viabilidad que acompaña al convenio de la solución conservativa concursal, que la Ley prevé cuando se utilicen ingresos de la actividad para el cumplimiento de las obligaciones, art. 100.5 Ley Concursal y cuando en el convenio se pretenda rebasar los límites de las quitas o de las esperas arts. 100.1.2º y 104.2 Ley Concursal<sup>456</sup> y que nosotros, además, proponemos que acompañe, en todo caso, a la propuesta de convenio; o en última instancia en los acuerdos extrajudiciales regulados en la Ley de 2013 de apoyo a los emprendedores y a su internacionalización. No entendemos la virtualidad de un convenio que no se apoya en un proyecto de viabilidad porque si el pago de la financiación ajena no deriva también de los ingresos futuros estaríamos ante una mera reestructuración de la deuda que probablemente hubiera debido darse en los primeros momentos de la crisis con acuerdos privados habituales en el tráfico mercantil.

Si no es éste el caso, el convenio que se presenta a los acreedores debe ser fiable, razonable y realizable<sup>457</sup>.

---

<sup>455</sup> ALONSO-MUÑAMER, M. E. (2013): “El plan de viabilidad en el ámbito de los acuerdos de refinanciación”, pp. 125-126 en, “Conservación de empresas en crisis. Estudios económicos y jurídicos” director ARIAS, F. J. Se refiere la autora a este plan de viabilidad y considera que la Ley Concursal no define qué ha de entenderse por el carácter razonable y realizable del plan, de forma que será el experto quien valore en cada supuesto concreto la concurrencia de ambas notas.

Atribuye a la razonabilidad de los contenidos del acuerdo una perspectiva eminentemente económica de “lógica empresarial”, que ha de comprobar la base en la que se apoyan todas las medidas allí pactadas. Desde esta perspectiva el plan de viabilidad ha de ser proporcionado y adecuado en relación a la posición económica y financiera del deudor y del mercado. “La realización del plan de viabilidad se juzga a la vista del contenido y de las condiciones del mismo. El experto ha de expresar su opinión sobre el carácter factible de los objetivos perseguidos con el acuerdo, esto es continuidad del deudor como empresa en funcionamiento por el período contemplado en el plan con los instrumentos allí dispuestos”.

<sup>456</sup> CAZORLA, L. (2003): “El plan de viabilidad en el contexto de la nueva ley concursal”, pp. 18-20. Pone de relieve que La Ley Concursal especifica un contenido mínimo del plan a diferencia de lo que sucede en el ámbito preconcursal. En cualquier caso, en la medida que la continuidad total o parcial de una empresa en situación concursal exija la puesta en marcha y desarrollo de una nueva actividad empresarial, el plan de viabilidad, a su modo de ver, tiene que incluir los objetivos, las estrategias necesarias para la consecución de los mismos y los recursos necesarios para su implementación y desarrollo.

En nuestra opinión, ese contenido mínimo no orienta suficientemente y también consideramos que la empresa deudora debe incluir un plan estratégico dentro del plan de viabilidad, aún cuando no vaya a cambiar la actividad. Habida cuenta de la crisis en la que se encuentra es notorio que la estrategia anterior no resulta válida.

<sup>457</sup> GUERRERO, C. (2011): “Cómo salvar mi negocio. Guía para reestructura con éxito su empresa”, p. 48. Habla de la necesidad de confeccionar un plan de viabilidad útil y eficaz “que no sólo sirva para convencer a unas entidades financieras y otros acreedores que, desesperados, aceptan a veces todo tipo de

iii) monitorización de la ejecución e implementación del plan de viabilidad

La implementación del plan de viabilidad debe estar supervisada y monitorizada como una carga que debe sufrir el deudor por haber llegado a una situación de preinsolvencia o insolvencia importante y como un derecho y garantía para los acreedores que han visto limitados sus derechos por la solicitud de concurso del deudor.

En esta línea, el Banco Mundial<sup>458</sup> pone de manifiesto cómo los inversores necesitan confianza para decidir su inversión. Pero esta confianza sólo puede provenir de un plan de reestructuración y/o de viabilidad suficientemente razonable en su contenido para la aprobación y que además esté monitorizado durante su implementación.

El fracaso, por tanto, puede provenir de un contenido irreal o de una implementación inadecuada.

### **3-DERECHO DE SOCIEDADES, COORDINACIÓN CON EL SISTEMA CONCURSAL PARA QUE SEA EFICAZ Y EFICIENTE. (Algunas consideraciones)**

El Derecho concursal de un país interactúa y se interrelaciona con el Derecho societario y con el resto del ordenamiento. Así lo entiende también el Banco Mundial<sup>459</sup> cuando recoge como uno de sus principios recomendatorios que “el marco de insolvencia debe integrarse con los más amplios sistemas legales y comerciales del país”.

La necesidad de coordinación de la Ley Concursal se establece, entre otras, con la legislación antimorosidad, con la normativa mercantil, con el Derecho penal, el Código de Comercio, la Ley de Sociedades de Capital y la Ley de Modificación Estructural.

#### **3.1 Principios del ordenamiento mercantil y de la Ley concursal<sup>460</sup>**

Seguimos al autor en el establecimiento de los principios y traemos a colación su planteamiento y razonamiento porque nos parece fundamental como marco de referencia para el diseño de un sistema concursal adecuado.

a) Internacionalidad

La tendencia imparable hacia la globalización de la economía ocasiona que los mercados actuales y con más fuerza en el futuro tengan una dimensión internacional. El comercio internacional para su desarrollo es tributario de la confianza, la transparencia y la seguridad que inspiren los ordenamientos nacionales.

---

proyecciones y previsiones sin pie ni cabeza” y para conseguirlo es preciso que “previamente, la empresa haya hecho sus deberes y tenga la información suficiente para valorar con precisión el camino a seguir”.

<sup>458</sup> BANCO MUNDIAL, (2001): “Sistemas de insolvencia...”, op. cit., p. 8 revisado 2005

<sup>459</sup> BANCO MUNDIAL, (2001), p. 7

<sup>460</sup> PALAO, J. M. (2013): “La insolvencia inminente...”, op. cit., pp. 50-56

Un sistema concursal, considera Palao, debe ayudar a generar un clima adecuado en el sentido anterior. De esta forma arbitrar medidas para aperturas tempranas de concurso, es decir, promover el tratamiento de la insolvencia inminente resultará muy beneficioso en cuanto que incrementará el patrimonio a repartir y con ello la satisfacción de los acreedores.

b) El tiempo y la coyuntura

El tiempo y la coyuntura, sostiene, son elementos fundamentales en la contratación. La actividad empresarial rápida en sí misma precisa de unas regulaciones también ágiles. Esta agilidad es la que se reclama en todos los procedimientos concursales sin perjuicio de la dificultad que comporta el respeto a las garantías procesales.

c) Seguridad del tráfico

Palao identifica cómo la seguridad del tráfico es condición necesaria para el desarrollo de la economía, y tiene especial incidencia en el mercado internacional. En el ámbito de la contratación esta seguridad se manifiesta en el pago de las deudas comprometidas. Y cuando se llega a un escenario concursal, al menos, en la recuperación de un porcentaje sustancial de la deuda total. En este sentido, el diseño de los sistemas de insolvencia deben ser predecibles, transparentes, ágiles, aunque suficientemente garantistas y sobre todo anticipadores.

d) Los límites temporales de la insolvencia

Algunas opiniones doctrinales interpretan que en el Derecho Concursal intervienen dos valores jurídicos que deben estar adecuadamente equilibrados. Por una parte, el Derecho constitucional de la propiedad, art.33 de la Constitución española y por otra, la institución de la “economía de mercado” recogida en el art. 38 de esta Ley capital.

Si el legislador diseña un sistema legal que retrasa el inicio del concurso hasta la entrada en insolvencia por iliquidez generalizada, está priorizando, quizás en demasía, el valor de la propiedad. Por el contrario, si adelanta en exceso el inicio del concurso podría suponer una injerencia intolerable en la administración y gestión empresarial.

La doctrina que así opina otorga un papel fundamental a los convenios extrajudiciales, nacidos del acuerdo previo entre las partes, en virtud del cual un deudor ofrece una propuesta a sus acreedores y éstos responden renunciando a algunos de sus derechos reconocidos<sup>461</sup>.

e) Exclusión de los acreedores

Algunos autores consideran que cuando existe una amenaza de insolvencia los acreedores deben perder su acción para evitar un abuso del derecho y una presión intolerable al deudor.

---

<sup>461</sup> Pero la realidad demuestra que es difícil llegar a acuerdos cuando la insolvencia está cerca, y además se plantean problemas como los acreedores disidentes y otros ya mencionados que hacen del sistema concursal una opción interesante en última instancia, previo fracaso de otras acciones intentadas.



Pero esta amenaza que justifica la exclusión referida, ¿debe tener un plano temporal cercano a la insolvencia efectiva?, y en este caso, ¿cuál sería el límite temporal adecuado de protección?, o si no es relevante el plazo temporal, ¿lo sería una probabilidad alta de insolvencia?, y entonces, ¿qué probabilidad sería suficiente?

Ya se ha venido señalando en epígrafes anteriores que la Ley Concursal no nos parece que proporcione criterios concretos con relación a esta materia. De hecho, los pronunciamientos de los tribunales se apoyan en la doctrina alemana para su fundamentación. Existen diferentes opiniones en torno al período de tiempo que puede comprender esta previsión, una de las más frecuentes es la consideración de dos años<sup>462</sup>.

La primera condición para la existencia de un sobreendeudamiento, según la legislación alemana<sup>463</sup>, es el sobreendeudamiento contable resultante de la aplicación de valores de liquidación, esto es, que los activos, a su valor de liquidación, no sean suficientes en un momento dado para dar satisfacción a todas las deudas. Pero esta condición por sí sola no presume la apertura de un procedimiento ya que exige una segunda comprobación, el sobreendeudamiento legal se da cuando al inicial sobreendeudamiento conforme a valores de liquidación se añade una falta de perspectivas de que mediante la continuación se puede llegar a satisfacer las deudas. Se permite echar mano a criterios valorativos de continuación.

El legislador alemán se ha desvinculado del doble presupuesto, y que permitía a un deudor continuar su actividad aunque tuviese fondos propios negativos<sup>464</sup> en cuanto tuviera capacidad de continuación<sup>465</sup>.

### **3.2 Derecho Penal y sociedades mercantiles en crisis**

En el debate generado acerca de la interpretación de los delitos está bastante asumido que cuando ésta se refiere a delitos más directamente relacionados con el funcionamiento del orden económico existe una mayor dependencia de decisiones generales extrapenales de política legislativa que cuando la interpretación corresponde a delitos patrimoniales más tradicionales.

Por este motivo, Feijoo<sup>466</sup> reclama que el orden penal, aún cuando lógicamente mantiene su autonomía e independencia de otras ramas del Derecho, no debe olvidar

---

<sup>462</sup> Recordemos que en nuestra propuesta se consideran doce meses.

<sup>463</sup> PALAO, J. M. (2013): “La insolvencia inminente...”, op. cit., pp. 50-56

<sup>464</sup> PALAO, J. M. (2013), pp. 50-56

<sup>465</sup> En la propuesta que hacemos consideramos también el desbalance (fondos propios negativos) como presupuesto objetivo del concurso voluntario para que el deudor decida si le interesa disolver de acuerdo a la Ley de Sociedades de Capital o solicitar concurso con posibilidad de conservación o de liquidación sin afectar a su patrimonio si ha desplegado una gestión diligente en el período considerado, los doce meses de precrisis que proponemos.

El art. 363 de la Ley de Sociedades de Capital dentro de las causas de disolución establece en su apartado d) “por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cifra inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso”.

<sup>466</sup> FEIJOO, J. (2009): “Sociedades mercantiles en crisis y derecho penal. Sobre la función social y el fundamento del injusto del delito concursal art. 260 CP”, pp. 25-80. También, CASTRO, A. (1998): “El delito societario de la administración desleal”

que existe una Ley Concursal, y desde este extremo plantea que un Derecho Penal Concursal debe estar en todo caso coordinado con la propia Ley especial ya que en caso contrario no tendría otra perspectiva futura que su desaparición.

De la misma manera para Bacigalupo<sup>467</sup> es necesaria la obtención de respuestas coherentes y armonizadas para la insolvencia. Deben coexistir el proceso penal y el proceso concursal, pero los delitos de insolvencia no deben interpretarse en sentido contrario a la Ley Concursal.

Bacigalupo otorga un protagonismo sustancial a esta coherencia en base, fundamentalmente, a las estrategias de la crisis económica que padecemos y a las insolvencias en cadena que ha generado. Y añade su extensión también a la normativa europea.

El citado autor clasifica las insolvencias en dos grupos la que tiene implicado a un deudor de buena fe y la que tiene implicado a un deudor fraudulento.

En el primer caso, el deudor soporta lealmente las consecuencias del procedimiento que el acreedor insta contra sus bienes para hacerse cargo del crédito o del procedimiento concursal, en su caso.

En el segundo supuesto, la actuación del deudor de mala fe puede concretarse en dos supuestos: ocultación o desprendimiento fraudulento de los bienes llamados a responder frente a las obligaciones incumplidas o alteración, mediante actuaciones fraudulentas, de la aplicación de las reglas jurídicas que regulan el proceso de las crisis económicas.

Pero en cualquiera de los supuestos no se pueden abordar las conductas típicas de insolvencia sin comenzar por delimitar el concepto “de insolvencia inherente al delito de alzamiento de bienes, pues todos sus presupuestos afectan también a la interpretación del delito concursal del art. 260 Código Penal, toda vez que la única diferencia sobre dicha modalidad de insolvencia punible y el delito de alzamiento de bienes estriba en la existencia de una condición objetiva de punibilidad consistente en la existencia de una declaración del concurso en el momento de realizar la conducta típica”.

Por otra parte, Palao<sup>468</sup>, haciéndose eco de la necesidad de mejora en la armonización legal manifiesta “arts. 257 a 261 del Código Penal insolvencias punibles. Aquí no sólo la adecuación normativa sino también la interpretación jurisprudencial siguen caminos separados respecto de la ley concursal”. Asimismo mantiene que debe actualizarse la concepción de delito y delincuente e imponerse una mayor rigurosidad en la imposición de insolvencia y concluye, “la anticipación en la declaración de insolvencia, mediando una mayor atención por parte de la administración de la empresa y mayores controles en el empleo del crédito, ha de partir de este contramotivo o revulsivo penal que asegure

---

<sup>467</sup> BACIGALUPO, S. (2010): “Insolvencia y derecho penal”, p. 126. Vid también BACIGALUPO, S. (2013): “Implicaciones concursales del anteproyecto de reforma del Código Penal”, pp. 361-373

MARTÍNEZ-BUJÁN, C. (2001): “El delito societario de administración desleal”, p. 92, trata del problema de estimar o no concurso de delitos cuando la conducta de los administradores disponen deslealmente de bienes de la sociedad y ello cause o agrave la situación de insolvencia de la sociedad.

<sup>468</sup> PALAO, J. M. (2013): “La insolvencia inminente...”, op. cit., p. 164

que la mayoría de los deudores se encuentran propincuos a sus deberes y respetuosos con los intereses involucrados en la actividad”<sup>469</sup>.

### 3.3 La legislación antimorosidad y la Ley Concursal

En referencia a la armonización de la normativa concursal y la Ley antimorosidad, García considera que, “habría que proceder desde un doble frente: extraconcursal y concursal”<sup>470</sup>. El ámbito extraconcursal se refiere al diseño e implementación de instrumentos administrativos, judiciales y extrajudiciales adecuados para garantizar el correcto funcionamiento de las medidas antimorosidad<sup>471</sup> que implica sancionar efectivamente a los infractores. Por la parte concursal, a través de acuerdos de refinanciación y la inclusión del *fresh money* en sede preconcursal además del *post concursal*.

Pero el autor citado viene a llamar también la atención, igual que otros autores, en el potencial peligro en el que se puede incurrir por un uso estratégico, por parte del deudor, del concurso voluntario basado en la insolvencia inminente en el caso de una única impuntualidad en el pago y evitar de esta manera soportar los duros efectos de la normativa disuasoria de la morosidad y para no hacer frente a la “compensación razonable y obtener también la suspensión de los intereses de mora”<sup>472</sup>.

A nuestro juicio, los abusos en el uso del concurso deben desincentivarse pero no es conveniente cerrar el camino excesivamente ya que otros lo usarán de acuerdo a su finalidad. Por eso, nuevamente se confirma la bondad de establecer indicadores objetivos que sirvan al juez para resolver en cada caso, aunque dada la inexactitud de la materia éstos deban ser establecidos como *numerus apertus*.

### 3.4 Derecho mercantil y problema de infracapitalización

De acuerdo con Palao, la infracapitalización sería otra situación financiera de la empresa que puede poner en riesgo su supervivencia. Define el concepto de infracapitalización como aquella situación financiera de la sociedad cuyos fondos propios no son suficientes para el desarrollo de la actividad. Se suele delatar por una

---

<sup>469</sup> PALAO, J. M. (2013), op. cit., pp. 272-273

<sup>470</sup> GARCÍA, M. (2012): “La “honda” de la legislación antimorosidad para evitar la declaración de concursos”, pp. 92-93. Vid también CANDELARIO, M. I. (2013): “Estudios e interpretación práctica de la legislación concursal sobre morosidad” y MIRANDA, L. M. (2014): “Morosidad y Ley 11/2013 de medidas de apoyo al emprendedor” pp. 93- 132

<sup>471</sup> CANDELARIO, M. I. (2013): “Estudios e interpretación práctica de la legislación sobre morosidad”, p. 23, la autora encuentra también relación entre el importante número de concursos de pequeñas y medianas empresas españolas y la legislación estatal antimorosidad, “como si se tratara de una “enfermedad” que provocaría una pandemia, el aumento de la morosidad está originando la solicitud de concursos de un gran número de empresas, por la falta de liquidez necesaria para continuar con sus negocios. Las pequeñas y medianas empresas al tener más dificultades de acceso a la financiación bancaria, son las que han notado de forma más inmediata los efectos de este aumento de los plazos de cobro”.

<sup>472</sup> GARCÍA, M. (2012), pp. 92-93

relación descompensada entre fondos propios y volumen de negocio, fondos propios e inmovilizado de la empresa.

En su opinión el planteamiento alemán es menos exigente porque aún estando los fondos propios por debajo de la mitad del capital declarado, la empresa puede continuar su marcha en tanto no caiga en sobreendeudamiento. Su único deber es el de informar de tal situación a los accionistas. Indica, “así, el tope máximo para que la sociedad siga operando sin faltar a la innovación de la norma es el desbalance, esto es cuando el valor de las deudas sobrepasa el valor de los activos para satisfacerlas”<sup>473</sup>.

Al ser esto así no existe solapamiento ni contradicción entre las regulaciones societarias y concursales ya que no puede concurrir un deber de disolución al tiempo que un deber de declaración del concurso.

Crítica la solución del legislador español porque mantiene que en España puede coexistir un deber de disolver la sociedad al tiempo que un deber de declarar el concurso. El amplio concepto de insolvencia, que no se distingue de algunas causas que dan lugar a la obligación de disolución, ha creado dos opciones que puede tomar el administrador cuando se ha retrasado en la adopción de las medidas e indica, “si se aprecia también el desbalance como inicio del estado de insolvencia, punto de referencia para su presentación y determinación de la culpabilidad, esta normativa adquiere más sentido, puesto que el concurso sería un beneficio otorgado al deudor diligente. En cualquier caso, la indefinición contable del presupuesto de insolvencia en casos agravados resulta más beneficiosa para los administradores que el expreso criterio contable de la Ley de Sociedades de Capital porque su incumplimiento no sería tan notorio ni evidente”<sup>474</sup>. Sobre la infracapitalización volveremos en un capítulo posterior cuando tratemos la función del capital social como garantía para el acreedor.

### **3.5 Normativa civil**

En referencia a la normativa civil Palao en su investigación considera también que el art. 1.107 recoge una culpa *in contrahendo*. “Este artículo hace recuperables por daños a los que, en nombre de la sociedad y debiendo conocer su estado de insolvencia siguieron contratando con terceros ocasionándoles una pérdida cuando la sociedad entró en concurso. De esta forma las acciones por indemnizaciones civiles siempre constituyen un último bastión en la causa de la justicia para atemperar la negligencia cuyos efectos pueden ser críticos”<sup>475</sup>.

### **3.6 Código de Comercio**

Martín<sup>476</sup> plantea la necesidad de coordinación entre el Código de Comercio y la Ley Concursal. La principal cuestión que desarrolla es la “imagen fiel” representativa de la

---

<sup>473</sup> PALAO, J. M. (2013): “La insolvencia inminente...”, op. cit., p. 158

<sup>474</sup> PALAO, J. M. (2013), p. 159

<sup>475</sup> PALAO, J. M. (2013), p. 163

<sup>476</sup> MARTÍN, P. (2012): “La detección por terceros...”, op. cit. p. 216

situación económica y financiera de la empresa fundamental también en sede de concurso por cuanto a partir de su información podrán tomarse las acciones adecuadas en el procedimiento concursal.

El Plan General de Contabilidad permite la no aplicación con carácter excepcional de algún principio contable, siempre que ello colabore para obtener una imagen más real. En cualquier caso, habrá que aportar suficiente información del incumplimiento en la memoria.

A este respecto observa dos corrientes del concepto de “imagen fiel” en España: la visión legalista; la “imagen fiel” implica conformidad con la legislación vigente, y la visión económica; la “imagen fiel” sería equivalente a la realidad económica, que prima sobre la legislación. Interpretan el concepto de imagen fiel en la línea de preeminencia del fondo sobre la forma y de la información útil para el usuario.

### **3.7 Modificaciones Estructurales**

Largo identifica una escasa virtualidad práctica a la utilización de las modificaciones estructurales en los convenios planteados por las sociedades concursadas. Atribuye esta situación, en primer lugar, a la escasa cultura empresarial de los empresarios y de sus asesores que no ha permitido adelantar la solicitud de concurso a fase tempranas tal y como pretendía el legislador.

En segundo lugar, la atribución se corresponde con la necesidad de reforma legal para permitir que algunas reestructuraciones empresariales puedan formar parte del contenido de un convenio.

En este sentido plantea “abrir la legislación para la redacción del proyecto de fusión o escisión a los administradores concursales, fijar el momento de adopción de los acuerdos de fusión, escisión o cesión global por las Juntas de socios después de que el convenio concursal que prevé estas medidas haya sido aprobado por los acreedores y por el juez, y en definitiva, declarar desactivado el derecho de oposición de los acreedores concursales frente al acuerdo social de cambio de estructura de la sociedad concursada”<sup>477</sup>.

Por su parte Gutiérrez apunta en referencia a la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles, “una vez promulgada la Ley que lo incluye expresamente, no queda duda que la cesión global del activo y pasivo debe admitirse como contenido posible de un convenio. Cuestión diferente es que sea necesario, con respecto a las modificaciones estructurales que puedan ser contenido de un convenio, coordinar e integrar los procedimientos societarios y concursales para evitar interferencias e incluso incongruencias”<sup>478</sup>. En cualquier caso se puede observar cómo

---

<sup>477</sup> LARGO, R. (2008): “El convenio concursal mediante la modificación estructural de la sociedad concursada (algunas consideraciones a los cuatro años de la entrada en vigor de la ley concursal)”, p. 114

<sup>478</sup> GUTIÉRREZ, (2011): “La reforma del convenio concursal”, p. 85. El Real Decreto-ley 4/2014 ha avanzado en este sentido.

el legislador a través de las sucesivas reformas concursales persigue la flexibilización legislativa en esa materia.

### 3.8 La Ley de Sociedades de Capital

Hernando<sup>479</sup> estudia la coordinación y coherencia por deudas del art. 367 de la Ley de Sociedades de Capital y la Ley de Reforma 38/2011.

A su juicio, “el legislador ha optado por impedir que opere su interposición desde la declaración de concurso hasta su conclusión, arts. 50.2 y 51 bis.1 Ley Concursal, con el fin de evitar el vaciamiento de la masa activa caso de prosperar, algunos autores proclaman la compatibilidad de ésta con el concurso encontrando una solución más satisfactoria que limitando este riesgo de vaciamiento mantenga, sin embargo, el derecho que el art. 367 Ley de Sociedades de Capital atribuye a los acreedores surgidos con posterioridad al acaecimiento de la causa legal de disolución.”

Parece pues resuelto el problema que planteaba la interposición de la acción por deudas de la Ley de Sociedades de Capital cuando la sociedad estaba inmersa en un procedimiento concursal.

Resta, desde nuestro punto de vista la resolución de algunos problemas no menores susceptibles de emerger en relación a la coordinación de la Ley de Sociedades y de la Ley Concursal:

- i) El primer problema al que nos referimos acontece cuando una empresa incurre en un supuesto de disolución en virtud del art. 363 de la Ley de Sociedades de Capital, por ejemplo, cuando la acumulación de las pérdidas provoca la existencia de un patrimonio neto negativo. En este supuesto, si derivado del endeudamiento la empresa mantiene suficiente liquidez para atender las obligaciones contraídas a sus vencimientos no se vería abocada a la solicitud de concurso sin perjuicio que lo pudiera solicitar si así lo estimaba, en el caso de poder acreditar insolvencia inminente. La empresa podría hipotéticamente disfrutar de una rentabilidad y de una generación de *cash flow* suficientes para permitir la devolución de su exigible en el plazo acordado. Pero en este supuesto la disolución de la empresa, obligada *ex lege*, podría perjudicar los intereses de los acreedores por cuanto el valor de realización de sus activos seguramente no alcanzará para la satisfacción de sus pasivos. En este caso, una coordinación más intensa entre las dos Leyes podría permitir que el deudor entrase en el procedimiento concursal en su fase previa y comunicase al juzgado el inicio de negociaciones con los acreedores a los efectos de interrumpir la obligación del art. 363 de la Ley

---

<sup>479</sup> HERNANDO, J. (2013): “Calificación del concurso y coexistencia de las responsabilidades concursal y societaria”, pp. 325-327. El autor, junto con otros, plantea la imposición al acreedor que pretendiese exigir la responsabilidad del art. 367 de la Ley de Sociedades de Capital el deber de dirigir una comunicación previa al administrador concursal, especificando la pretensión que va a formular, a qué administradores sociales va a demandar, la causa de pedir y su fundamentación jurídica. De esta forma, estima, se conseguiría que la administración concursal dispusiese de un plazo suficiente a contar desde la comunicación, para adoptar las medidas de defensa de la masa que resulten necesarias, evitando los perjuicios, que en su caso, se pudieran derivar del ejercicio de aquella acción individual.

de Sociedades de Capital. Estas negociaciones, al menos teóricamente, no deberían ser complejas por cuanto no existen deudas vencidas no atendidas, sino que tienen lugar para lograr el acuerdo con los acreedores que le permita eludir la obligación legal de disolución. Consideramos necesario este acuerdo porque, aunque es un supuesto en el que no está aconteciendo el sobreseimiento de pagos sí que, de alguna forma, está limitando las garantías de terceros al permitir la continuidad de la actividad de una sociedad con patrimonio neto negativo.

- ii) el segundo problema, a nuestro juicio, deriva de la exigencia de responsabilidad del administrador cuando éste no opera con la diligencia de “un ordenado empresario” *ex lege* art. 225 de la Ley de Sociedades de Capital al mismo tiempo que la Ley Concursal permite esta conducta no diligente, en alguna medida, *ex art.* 165 de la Ley Concursal que presume, por ejemplo, dolo o culpa grave, “si el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, no hubiera formulado las Cuentas Anuales, no las hubiera sometido a auditoría debiendo hacerlo o, una vez aprobadas no las hubiera depositado en el Registro Mercantil. Esta presunción admite prueba en contrario. ¿No está avalando, con ello, la Ley Concursal conductas escasamente diligentes?.

Nosotros somos más exigentes. Ante un incumplimiento de esas características entendemos, con presunción *iuris tantum*, que la conducta del administrador no se ha desarrollado como la de un “ordenado empresario”. La prueba, a cargo del administrador, que desactivaría la presunción habría de demostrar no que la conducta no ha producido o agravado la insolvencia que puede ser sencillo de probar, sino que la conducta, a pesar de los incumplimientos, se ha desarrollado como la de un “ordenado empresario”. Esto último bastante más difícil de probar.





## **CAPÍTULO V**

### **LA PROFESIONALIDAD Y LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR SOCIETARIO (el deber de diligencia)**



## **1-INTRODUCCIÓN**

En este capítulo se hace referencia, muy brevemente, al origen de las sociedades de capital y a las necesidades que pretendían atender. Con carácter previo nos vemos obligados a abordar sucintamente las dos clases principales, a efectos de este trabajo (abiertas y cerradas),<sup>480</sup> que han surgido para dar cobertura a distintos problemas. La forma jurídica principal de las primeras es la sociedad anónima y de las segundas la sociedad de responsabilidad limitada. Sin perjuicio de que algunas de las cerradas adopten en algunos casos también la forma de sociedades anónimas.

Plantearemos que quizás en España exista la necesidad de debatir en profundidad acerca de si la regulación de ambas debe ser idéntica en todas las materias, ya que se ha puesto de manifiesto que no hay una identificación perfecta de los problemas que acontecen en todas ellas.

Así, en las sociedades abiertas el conflicto más frecuente se planteará en torno a los distintos intereses que existen entre los accionistas propietarios de la empresa y los administradores societarios, mientras que en las sociedades cerradas, no cotizadas, en procesos de crisis y en plazos inmediatamente anteriores, el conflicto surgirá entre los administradores (habitualmente propietarios), y los acreedores no atendidos.

En el primer caso, quizás, el deber más importante de los administradores sea el deber de lealtad y ahí la normativa puede ser muy exigente. Sin embargo, en el segundo caso, en escenarios de crisis, el principal deber de los administradores, probablemente, pase a ser el deber de diligencia<sup>481</sup> en relación a los acreedores y es ahí, donde el ordenamiento, a nuestro entender, no hace suficiente hincapié.

---

<sup>480</sup> Denominamos, a efectos de este trabajo, sociedades abiertas a aquellas sociedades mercantiles en las que la identidad del socio no es esencial, por ello su entrada y salida en el capital social se efectúa con facilidad, por ejemplo, las sociedades anónimas cotizadas.

Sociedades cerradas son aquellas en las que se restringe la transmisión de las acciones o participaciones, ejemplo empresas familiares, también las pymes no familiares.

<sup>481</sup> Sobre el concepto de diligencia en la administración de empresas, FONT, J. I. (2005): “El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de administradores sociales”

## **2-ORIGEN, EVOLUCIÓN Y PERSPECTIVAS DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL**

Las sociedades de capital nacen como respuesta a las elevadas cantidades de financiación necesarias para desarrollar actividades empresariales muy ambiciosas. Las aportaciones de capital de cada inversor se unían a las de otros y de esta manera se reunían partidas económicas suficientes que permitían el comercio de las indias y la existencia de las compañías coloniales<sup>482</sup>.

Sin embargo su desarrollo fue lento y hasta la segunda mitad del siglo XVIII, la organización empresarial todavía era muy sencilla influida por el pasado feudal y la estructura de gremios en una actividad hasta entonces artesanal<sup>483</sup>.

La extensión del uso de las sociedades de capital como fórmulas jurídicas para desarrollar actividades de empresa de forma habitual en el tráfico mercantil es consecuencia de las legislaciones y de la difusión de una forma simplificada de sociedad de capital en el siglo XX que es la sociedad de responsabilidad limitada<sup>484</sup>.

---

<sup>482</sup> OTXOA-ERRARTE, R. (2010). “La responsabilidad de los socios por la infracapitalización de su sociedad”, pp. 33-36. Una de las principales características de las sociedades de capital, junto con la reunión de capital entre varios socios, es la responsabilidad patrimonial limitada a las aportaciones. En relación al inicio de esta limitación de responsabilidad, la autora considera que tuvo lugar con la codificación del s. XIX en toda Europa, pero no con las compañías coloniales de los siglos XVII y XVIII antecedentes en muchos aspectos de la sociedad anónima porque “no parece que éstas gozaban con carácter genérico del privilegio de la limitación”. Y también porque esas compañías coloniales se financiaban casi exclusivamente con capital propio por lo que, estima la autora, no se planteaba introducir medidas de defensa de los acreedores con la misma intensidad que en la actualidad donde el endeudamiento es la principal fuente de financiación en muchas empresas.

<sup>483</sup> PRADES, D. (2011): “La responsabilidad del gestor en las sociedades de Capital”, p. 45

<sup>484</sup> BERCOVITZ, A. (2006): “La sociedad de responsabilidad limitada”, p. 45, sitúa el autor a finales del siglo XIX la manifestación de la necesidad de un nuevo tipo de sociedad que sin compartir todas las características de las anónimas disfrutara del privilegio esencial de la responsabilidad limitada. Una sociedad que a la vez fuera más fácil de constituir y que fuera compatible, entre otros, con el derecho de alguno o algunos socios a encargarse de la administración de la sociedad.

El significado del capital social evoluciona, entonces, desde una reunión de aportaciones para proyectos de envergadura realizada por los socios participantes, que además es representativa de la participación de éstos en la propiedad de la empresa y, por tanto, en los beneficios generados y en los riesgos asumidos, hasta un significado también de garantía para los acreedores como contrapartida a la limitación de responsabilidad asumida por los socios<sup>485</sup>.

Esta función de garantía para los intereses de los acreedores está siendo puesta en cuestión porque, a efectos prácticos resulta tan diluida que no proporciona garantía alguna. En la práctica la mayor parte de las sociedades se constituye con el capital mínimo legal que es insuficiente, con carácter general, para acometer las inversiones y la reserva de financiación que exige el inicio de la actividad proyectada y para garantizar un mínimo de posibilidades de éxito de la misma<sup>486</sup>.

También Alonso<sup>487</sup> cuestiona el papel del capital social como garante de los acreedores. Cuestiona el papel real que a efectos prácticos proporciona esta garantía para los acreedores. La contrapone a la garantía que otorgan otras formas de funcionar en el mercado. La más simple de todas, el empresario persona física, proporciona una mayor garantía a los terceros que con él interactúan<sup>488</sup>.

---

<sup>485</sup> SÁNCHEZ, H. (2011): “El capital social: presente y futuro”, pp. 20 y ss. El autor otorga dos funciones principales a las aportaciones de capital. Por una parte, determinar una cifra de capital en los estatutos y la participación de cada socio y por otra, desempeña una función encaminada a la protección de los acreedores. En este sentido, los acreedores tienen preferencia sobre los activos de la compañía en caso de liquidación, dado que el retorno de su inversión está predeterminado. Los socios, por el contrario, percibirán el valor residual de los rendimientos y de los activos de la empresa. “Con el paso del tiempo aparecen los elementos que acabarán caracterizando a las sociedades de capital: la atribución de personalidad jurídica independiente a una organización empresarial, la constitución de un fondo de explotación permanente, la libre transmisibilidad del interés de los socios en la compañía y la existencia de un órgano de administración especializado, con la consiguiente separación entre “propiedad” y “control”.” p. 60

A nuestro juicio, la reducción tan extraordinaria que ha experimentado el tamaño de las sociedades mercantiles desde su origen hasta la actualidad supone que en estos momentos sea frecuente encontrar sociedades de dos o incluso un socio y que, por lo tanto, no se produzca esa separación entre la propiedad y la administración emergiendo entonces problemas de profesionalización.

<sup>486</sup> OTXOA-ERRARTE, R. (2010): “La responsabilidad de los socios...”, op. cit., pp. 341-346. Sostiene la autora, “son supuestos en los que el capital social no cumple con las funciones que le han sido asignadas por el legislador. Todo el sistema de garantía construido en torno a esta institución pierde así buena parte de su virtualidad como instrumento de defensa de las deudas de los acreedores de la sociedad (...) La crítica a la ineficiencia de la normativa sobre el capital, precisamente por la extendida práctica de la infracapitalización, y la llamada autoprotección de los acreedores llevan a algunos sectores de la doctrina europea a abogar por un cambio radical en el sistema y por la renuncia a la protección de los derechos de los acreedores a través del derecho societario”. Y, por tanto, decimos nosotros, a la necesidad de que se haga a través del Derecho concursal. Vid también el artículo de BERMEJO, N. ; RODRÍGUEZ, E. (2006): “Normas de protección de acreedores: entre el Derecho de Sociedades y el Derecho Concursal”.

Sin embargo para JORDÁ, R. (2013): “La protección de los acreedores en la reducción de capital de la sociedad de responsabilidad limitada”, p. 31, el legislador mantiene como función primordial del capital social, entre otras también importantes, la función de garantía de los acreedores y, por ello, se preocupa de establecer salvaguardas en los casos de reducción del mismo.

<sup>487</sup> ALONSO, C. (2010): “La cuestión del capital en la pyme”, pp. 292-318, en ALCALÁ, M. A. “creación, gestión estratégica y administración de la PYME”

<sup>488</sup> ALONSO, C. (2010), p. 309. En relación a la cifra de capital, “la cifra de capital es en realidad una garantía quimérica o ilusoria, toda vez que el capital aportado por los socios es al mismo tiempo un capital de explotación. Y es que para que el capital cumpliera efectivamente su función protectora de los acreedores, la cantidad aportada en ese concepto deberá ser indisponible por la sociedad y constituir un

Para la autora, “es en las sociedades cerradas donde los acreedores están sometidos a mayor riesgo de que sus créditos no sean satisfechos (...) por esta razón, en todos aquellos ordenamientos en los que se prescinde del capital social como cifra de responsabilidad frente a terceros, la responsabilidad de los administradores se ve notablemente incrementada”<sup>489</sup>.

Debemos manifestar que no son mayoritarias las publicaciones que se preocupan por el abuso que, en determinadas ocasiones, puede suponer el escudo protector de la forma mercantil. Sin embargo, en el tráfico mercantil habitual se constata que este abuso existe y, desde luego, creemos que no debe contar con el beneplácito del ordenamiento jurídico. Los abusos pueden derivar de infracciones legales dolosas que constituyen ilícitos penales pero pueden proceder también de actitudes culposas, en especial, incumplimientos mercantiles y negligencias en la gestión. Las primeras están suficientemente reguladas y penadas en el ordenamiento jurídico, las segundas, creemos, gozan de una permisibilidad excesiva por parte del legislador y del juzgador.

Asimismo, consideramos que hay otro problema añadido a esta falsa garantía para los acreedores. Este es la cifra de capital mínimo establecida en las sociedades de responsabilidad limitada cuyo importe asciende a 3000 euros. A todas luces parece claramente insuficiente, sobre todo, porque esta cifra es independiente del volumen de negocios que se pretenda generar. Claramente el legislador opta por facilitar la creación de empresas en detrimento de la garantía a terceros.

A la vista de este escenario Alonso propone establecer instrumentos de control que permitan conocer a la propia empresa y a externos cuándo ésta se encuentra en zona cercana a la insolvencia. La autora sugiere la instauración de los llamados “*solvency test*” como medios “presumiblemente más idóneos que el tradicional balance del ejercicio, para constatar la capacidad de la empresa para llevar a cabo todo tipo de operaciones que puedan implicar una disminución de los activos por distribuciones efectuadas a los socios”. Este test parte de la hipótesis de que los acreedores, a la hora de valorar la garantía de una empresa, se fijan más en indicadores económico-financieros de rentabilidad, solvencia, *cash flow* y en documentos como el plan de viabilidad que en la cifra de capital registrada<sup>490</sup>.

Para Alonso son las sociedades cerradas, es decir, las sociedades anónimas no cotizadas y las sociedades de responsabilidad limitada, las que están más sometidas al riesgo de incumplimiento de las obligaciones, y por ello solicita que en toda esta materia se proceda con sumo cuidado “estableciendo mecanismos de protección de los intereses de los acreedores. Y uno de los aspectos que más debería cuidarse es el relativo a la discrecionalidad de los administradores a la hora de determinar la solvencia, desde luego, uno de los puntos clave de la cuestión, ya que los administradores pueden tener la tentación de dar una visión excesivamente optimista de la situación de la sociedad y de su capacidad para generar recursos que permitan satisfacer los créditos contraídos”<sup>491</sup>.

---

fondo de garantía (...) si la cifra de capital no es útil como garantía para proteger a los acreedores contra el abuso que puede suponer la responsabilidad limitada de los socios la cuestión entonces es determinar cómo se puede lograr esa protección”.

<sup>489</sup> ALONSO, C. (2010), pp. 313-314

<sup>490</sup> ALONSO, C. (2010), p. 310

<sup>491</sup> ALONSO, C. (2010), pp. 313-314

Y si a esto añadimos, lo que percibimos desde nuestra experiencia profesional, en relación a la insuficiente capacitación de los administradores<sup>492</sup> que se manifiesta en muchos casos, la situación se agrava completamente. A ello debe sumarse que tampoco se exigen requisitos formales para adquirir la condición de empresario<sup>493</sup>.

Las ventajas fundamentales de ejercer la actividad empresarial como empresario persona física, es la simplicidad formal de gestión, toma de decisiones, etc, pero lleva aparejada dos cuestiones: en primer lugar no es apta para empresas de grandes dimensiones, por cuanto la fórmula jurídica no permite la unión de aportaciones sociales y en segundo término, el riesgo empresarial que asume el empresario no se limita a la aportación que realice para el negocio, sino que traspasa la barrera hasta su patrimonio personal.

Por el contrario, en las sociedades de capital la organización es más complicada, entre otras especificidades aparecen dos órganos societarios, de necesaria existencia, con funciones diferenciadas, la Junta General, art. 159 Ley de Sociedades de Capital, como órgano de formación de la voluntad social con sujeción al principio mayoritario y el Consejo de Administración art. 209 Ley de Sociedades de Capital como órgano de gestión y representación de la sociedad que asume de forma exclusiva el proceso de toma de decisiones empresariales.

Dos son las formas mercantiles más utilizadas en España la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada. Y dentro de la primera destaca cuantitativamente la Sociedad Anónima no cotizada<sup>494</sup>. La sociedad de responsabilidad limitada aparece en último lugar en el ordenamiento pero actualmente goza de un gran predicamento. Y, entre otras razones, las causas atribuidas a su éxito<sup>495</sup> han sido: a pesar de ser una

---

<sup>492</sup> En múltiples ocasiones, a lo largo de 25 años desarrollando consultoría de pymes, observamos que el empresario / administrador no maneja conceptos básicos de gestión como puede ser el análisis de: la rentabilidad de la empresa o por productos, su posición financiera y ratios de endeudamiento, liquidez a medio plazo, beneficio del negocio, caracterización de sus clientes y propuesta de valor, posicionamiento en el mercado... estimación de ventas basados en supuestos reales, etc.

<sup>493</sup> SÁNCHEZ, H. (2011): "El capital social...", op. cit., pp. 30 y ss. "El Código de Comercio la vincula a una circunstancia material, como es el desarrollo efectivo de una actividad empresarial." Art. 1. 1º CCo "Son comerciantes, para los efectos de este Código, los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio se dedican a él habitualmente..."

<sup>494</sup> SÁNCHEZ, H. (2011), pp. 25 y ss. Realiza un análisis de las formas jurídicas más utilizadas por los empresarios españoles en el período de ochenta años que van desde 1925 hasta 2005 y del mismo destacamos dos conclusiones importantes: el incremento del número de sociedades mercantiles constituidas anualmente casi se multiplica por 100 en esos ochenta años y la progresiva preferencia de los empresarios por las sociedades de capital, pero con un cambio del peso de las nuevas sociedades anónimas que pasa a ser muy inferior al de las sociedades de responsabilidad limitada. En este sentido el autor concluye "la forma anónima, la más importante numéricamente en 1975, pierde esta condición a favor de la sociedad limitada, abrumadoramente mayoritaria en los primeros años del presente siglo". pp. 25 y ss. Y la tendencia continúa en el mismo sentido.

<sup>495</sup> SÁNCHEZ, H. (2011), pp. 25 y ss. Afirma lo indicado en las siguientes líneas en referencia a la institución del capital social, pero nosotros entendemos que el planteamiento se puede ampliar al Derecho societario de la nueva realidad, "La estructura de la sociedad de capitales (y, en particular; la sociedad abierta) ha permitido la asignación de recursos a proyectos empresariales de todo tipo, al ampliar de forma extraordinaria el horizonte temporal de las inversiones. Ha llegado a ser, en definitiva, el esquema básico de generación de riqueza. Pero el Derecho de sociedades se encuentra en un estado de evolución permanente y, a día de hoy, la vigencia del modelo no deja de suscitar interrogantes. La doctrina del capital se desarrolla en el ámbito de la sociedad anónima abierta, y se adecua a las peculiaridades de la misma. Responde, en concreto, a las necesidades de financiación de empresas que requieren de una ingente inversión en activos (...). Cabría plantear si es razonable mantener su aplicación generalizada a la enorme variedad de empresas a que hoy da cabida la estructura de la sociedad de capital".

sociedad mercantil los requisitos legales para su constitución y su gestión no suponen una carga elevada para el empresario, facilita la gestión la separación de personalidad, con respecto al empresario, que la sociedad implica, permite adaptarse a actividades de pequeña dimensión y, por encima de todas ellas, la limitación de la responsabilidad a las aportaciones realizadas. E incluso ahora, cabe, de la misma forma que para la sociedad anónima, la constitución con un único socio, es decir, la sociedad limitada unipersonal. En este sentido la sociedad de responsabilidad limitada es una sociedad cerrada y la transmisión de las participaciones puede ser determinada, en gran medida, estatutariamente por voluntad de los partícipes<sup>496</sup>.

Cabe entonces analizar el interés actual de las sociedades de capital que ha pasado, mayoritariamente, de la función de reunir capital de varios inversores para acometer grandes empresas, y que ahora se realiza mediante las sociedades cotizadas, a ser una fórmula que permite garantizar la limitación del riesgo en el que el empresario incurre como consecuencia del desarrollo de su actividad<sup>497</sup>.

La limitación del riesgo es muy necesaria en las sociedades abiertas. Los inversores, cuando son múltiples, que no tienen poder de decisión en la gestión de la empresa, deben tener un límite predeterminado del riesgo que asumen<sup>498</sup>. Pero, ¿se puede argumentar de igual forma en las sociedades anónimas y limitadas cerradas?. Formas jurídicas habituales para la pequeña y mediana empresa, cuantitativamente numerosas, y donde unas pocas personas, muchas veces familiares, son los propietarios y los gestores al mismo tiempo<sup>499</sup>.

---

<sup>496</sup> PRADES, D. (2011): “La responsabilidad del gestor...”, op. cit., p. 52. En la mayor parte de las sociedades cerradas se confunden en el empresario la figura de capitalista y la de gestor y para el autor, “como el riesgo se asume íntegramente a expensas sólo si se es capitalista además de gestor, se plantea que la función de empresario se divide a su vez en dos actividades: la del capitalista que asume propiamente el riesgo de la pérdida del capital aportado, y la del gestor o director que es elegido por el primero para ponerse al frente de la organización empresarial y optimizar su funcionamiento. La función del gestor consiste entonces en la organización óptima de los medios que se ponen a su disposición”.

<sup>497</sup> SÁNCHEZ, H. (2011): “El capital social...”, op. cit., pp. 30 y ss. Sugiere que la limitación de responsabilidad reduce el coste de capital para las empresas. Lógicamente, habrá mayor facilidad para encontrar socios dispuestos a formar parte de una sociedad si tienen limitada su responsabilidad a la aportación que realizaron.

Disminuyen también los costes de supervisión de la actuación de los administradores por cuanto sus fracasos no se imputan a los propietarios. No cabría concebir un órgano especializado si sus errores se pudieran trasladar al patrimonio de los propietarios de la sociedad.

Y, finalmente, esta limitación es necesaria para la existencia de un mercado de acciones donde los inversores tienen predeterminado el riesgo máximo que asumen, esto es la aportación de capital efectuada, a la vez que pueden diversificarlo entrando en el capital de diferentes sociedades.

<sup>498</sup> Cuando la empresa crece y se incrementa el número de inversores aparece la separación entre propiedad y gestión y aparecen los problemas de la teoría de la agencia que viene a ser solventado por el Derecho de sociedades, ahora a través de la Ley de Sociedades de Capital en vigor. Para PRADES, D. (2011): “La responsabilidad del gestor...”, op. cit., p. 59, aparece así “la figura del gestor que releva al propietario de las obligaciones organizadoras para realizarlas de una forma más eficiente (...) de este modo se resuelve en primera instancia la controversia entre la propiedad y la gestión, al constatarse la necesidad de la profesionalización de la gestión y con ello la tendencia a la separación efectiva de las funciones de gestión de la propiedad de medios (...) separación de funciones que es característica de las grandes empresas de naturaleza corporativa”. Nos preguntamos y en las sociedades cerradas ¿por qué no se preocupa el legislador de exigir igual cualificación para las mismas funciones de gestión?

<sup>499</sup> SÁNCHEZ, H. (2011): “El capital social...”, op. cit., pp. 30 y ss, continúa, “ha sido, por tanto, el empleo irregular de la compañía mercantil como técnica instrumental de separación de patrimonios lo que ha dado lugar a la aparición progresiva de una serie de situaciones patológicas de nuevo cuño. Éstas se producen típicamente, en sociedades de estructura cerrada. El abuso de la personalidad tiene un presupuesto fáctico bien definido, como es la existencia de una sustancial coincidencia de intereses entre



En el caso de sociedades pequeñas o medianas con un número reducido de socios, incluso sólo con uno, y donde la inversión inicial no es muy cuantiosa, el criterio fundamental para constituir una mercantil es la derivación de parte del riesgo de la actividad a los acreedores<sup>500</sup>. Si se produce una liquidación por la acumulación de pérdidas, los acreedores no garantizados seguramente no llegarán a recibir la totalidad de sus créditos y salvo circunstancias especiales, calificadas por el juez, el deudor no soportará más pérdidas que el patrimonio neto de su empresa.

Es más, incluso los diferentes ordenamientos tanto el español como otros del Derecho comparado abogan por limitar también la responsabilidad de los empresarios individuales, de modo que el patrimonio de éstos no quede afecto en su totalidad al pago de las deudas generadas, con alguna justificación en términos de justicia y de otras consideraciones. Esta tesis ha encontrado en España un caldo de cultivo perfecto en la coyuntura de crisis aparecida a finales de 2007 y que a día de hoy está lejos de resolverse<sup>501</sup>.

Con una regulación limitadora de la responsabilidad de los emprendedores así como con fuertes incentivos dirigidos a la creación de empresas se estima que se paliará, en alguna medida, las altas tasas de desempleo.

No estamos en desacuerdo con ese pensamiento, pero hay un problema colateral importante que creemos no se está abordando.

Es evidente que la actividad empresarial conlleva un riesgo inherente importante. Incluso en coyunturas económicas alcistas, la desaparición de empresas en los tres

---

la persona jurídica y sus miembros, que, por definición, sólo puede producirse en entidades con un sustrato personal muy reducido. Como casos paradigmáticos se citan el de las pequeñas compañías en las que existe una absoluta identidad entre socios y administradores”.

Pensamos que este problema merece la atención del legislador. Cuantitativamente supone un problema de primera magnitud por cuanto las empresas cerradas son la inmensa mayoría de la estructura empresarial española.

<sup>500</sup> PRADES, D. (2011): “La responsabilidad del gestor...”, op. cit., p. 71. Pone de relieve como en el caso del empresario individual se produce una confusión entre el patrimonio empresarial y el personal del empresario, aunque el segundo no se destine a la actividad, ya que la responsabilidad es universal y plena. “Resulta claro que tal extensión de la responsabilidad supone un considerable elemento de riesgo para el comerciante individual, de donde los intentos de restringirla mediante la interposición de personas jurídicas que realicen, a riesgo propio y exclusivo, la actividad empresarial”.

<sup>501</sup> RONCERO, A. (2010): “La sociedad unipersonal como forma de organización de la pequeña y mediana empresa”, pp. 135-136 en ALCALÁ, M. A. “Creación, gestión y administración de la PYME”. “Desde hace ya más de un siglo se viene reflexionando sobre la necesidad y conveniencia de ofrecer mecanismos que permitan al empresario persona física limitar su responsabilidad patrimonial en el ejercicio de la actividad empresarial, un debate que desde un plano conceptual y de política jurídica puede considerarse en la actualidad superado, por lo que no parece necesario reproducir argumentos que se utilizan para fundamentar el reconocimiento de esta posibilidad. Conviene destacar, no obstante, que entre ellos se sitúa ocupando un lugar destacado la finalidad de promover la creación y facilitar la supervivencia de pequeñas y medianas empresas en la medida en que se considera que la posibilidad de limitar la responsabilidad patrimonial incentiva la iniciativa empresarial individual de las personas físicas y que ésta en la generalidad de los casos desemboca en la creación de la pequeña y mediana empresa”.

En nuestra opinión, se fomenta la creación, pero en modo alguno su sostenibilidad y competitividad y lo que es peor, se ampara indirectamente las conductas culposas que perjudican a terceros. Asimismo, se encarece y se dificulta la financiación ajena que además, en muchos casos, exige una garantía patrimonial a los administradores.

BOQUERA, J. (1995): “La sociedad unipersonal de responsabilidad limitada”, pp. 149-150, la autora pone de relieve cómo en esta sociedad de un único socio, dado que el mundo de los negocios no es idealista, los acreedores suelen exigir al socio garantías personales debilitándose de esta forma el escudo de la responsabilidad limitada que alcanza su virtualidad únicamente para los acreedores más débiles que no han podido imponer sus condiciones.

primeros años de actividad<sup>502</sup> alcanza casi el 50 % y en torno al 80 % de ellas cierran antes de alcanzar los cinco años de vida. La gestión de las empresas es cada día más compleja como consecuencia, entre otras, de la economía globalizada, de los negocios en Internet, de los consumidores informados, de la competencia intensa, de los modelos de negocios, de los productos de financiación, etc. Frente a este grado de complejidad e incremento de tecnificación, los legisladores reaccionan, sin embargo:

- Promoviendo que todo tipo de ciudadanos, especialmente desempleados, entren en la actividad empresarial.
- Fomentando medidas normativas dirigidas a simplificar trámites, reducir las exigencias de información, especialmente la contable para las pymes.
- Aprobando Leyes para disminuir la responsabilidad patrimonial de los empresarios.

Como es fácil intuir no todas las personas tendrán la capacitación suficiente para administrar una empresa. Y no olvidemos que el Derecho societario español exige una conducta del administrador como “un ordenado empresario”. Consideramos que si el legislador limita la responsabilidad de empresarios personas físicas este estándar de conducta debiera también ser aplicable a ellos.

¿Cómo pueden alcanzarse estos parámetros de conducta si el legislador no diagnostica el problema?.

El fracaso empresarial ocurrido bajo cualquiera de las formas jurídicas que haya operado la actividad, en muchos casos, no permite un cierre ordenado y ello conlleva consecuencias muy negativas para, entre otros:

- Acreedores comerciales que pueden, incluso, ver peligrar su propia empresa.
- Trabajadores que pueden ver conculcados sus derechos.
- Instituciones públicas por impuestos no percibidos.
- Entidades financieras por préstamos/créditos incobrables si no están garantizados y si lo están con los perjuicios, a todos los niveles, que generan la ejecución de las garantías.
- Y finalmente, aunque no menos importante, otros efectos indirectos como el encarecimiento de la financiación, el aumento de solicitud de garantías (a la postre se vuelve a extender la responsabilidad patrimonial del empresario), menor financiación para proyectos empresariales viables, etc, y, en definitiva, el traslado de un mensaje negativo para la sociedad respecto a la percepción que se crea entre los ciudadanos acerca de que crear una empresa puede tener graves consecuencias para quien lo intenta.

Nosotros creemos que las instituciones públicas deben analizar la situación y proponer medidas oportunas: fomentar la capacitación, subvencionar el apoyo de auxiliares profesionales y promover la generación de una cultura que prime la gestión profesional.

En las sociedades de capital los propietarios tienen capacidad para participar en la toma de decisiones mediante el nombramiento y separación de los administradores en el caso de sociedades abiertas, o realizando directamente la gestión en el caso de sociedades cerradas y tienen esa capacidad, asimismo, los empresarios personas físicas<sup>503</sup>. Esta facultad decisoria, obviamente les está negada a los acreedores.

---

<sup>502</sup> Datos extraídos del Instituto Nacional de Estadística (2013) <http://www.ine.es>

<sup>503</sup> GONZÁLEZ, I.; ESTUPIÑÁN, R. (2009): “La figura del empresario individual de responsabilidad limitada al hilo de una proposición de ley de mayo de 2008”, pp. 341-356 “En cuanto al inconveniente

Mediante el sistema de limitar la responsabilidad del empresario a las aportaciones realizadas, éste puede participar en el mercado, recibir los beneficios de la actividad y la plusvalía en el caso de liquidación a cambio de arriesgar una cantidad de capital predeterminada.

Por el contrario, los acreedores que no pueden participar en la toma de decisiones de la empresa, ni controlar su evolución (la información contable preceptiva del Registro Mercantil, cuando se deposita, puede no ser realista ya que hay muchos elementos para la estimación y además se hace pública siete meses después del cierre del ejercicio), que tienen derechos de cobro, es decir, percepciones acordadas previamente deben, sin embargo, soportar el riesgo empresarial que se les traslada vía insolvencia<sup>504</sup>.

En este escenario, mediante la actual regulación societaria se puede propiciar, o cuando menos no controlar, algunas potenciales conductas que no son intrínsecamente adecuadas para un correcto funcionamiento de la economía y de la salud del tejido empresarial. Nos situamos en el ámbito de las sociedades cerradas:

---

relativo a la correlación entre gestión y responsabilidad, es uno de los postulados que han ido perdiendo importancia con el tiempo hasta el punto que, en la actualidad, está totalmente superado pues de todos es sabido que en las sociedades capitalistas los socios, salvo disposición contraria en los Estatutos, no tienen prohibido gestionar o administrar por sí mismos la sociedad y, si lo hacen, no por ello responden de las deudas sociales con un importe mayor al aportado(...) A la vista de lo expuesto habría que comenzar a preguntarnos si, desde una perspectiva de política jurídica, existe hoy la conveniencia económica de permitir el ejercicio individual de una empresa con limitación de la responsabilidad, siempre que la misma cumpla con las garantías necesarias para una adecuada protección del tráfico. La respuesta debe ser necesariamente positiva, quizás hoy más que nunca, ante la situación de crisis económica que vivimos donde abunda el cierre de pymes.

El emprendedor requiere de muchos estímulos para iniciar una actividad mercantil. Uno de ellos puede ser, obviamente, no arriesgar cuanto tiene. Ello no es óbice para que explote su actividad como un diligente comerciante haciendo crecer su empresa, consolidándola en el mercado y no poniendo en peligro a sus acreedores. En cualquier caso, de hacerlo de forma negligente o dolosa perdería precisamente el estímulo que se brinda de la limitación de la responsabilidad". pp. 346 y 353

Esta puede ser la cuestión central: qué interpretación más correcta debe hacerse en el enjuiciamiento de una conducta negligente. ¿Desarrollar una administración de empresas sin cualificación adecuada debería considerarse negligencia y, con base en ella, se podría imputar responsabilidad?

<sup>504</sup> En esta materia surgen dos posiciones contrapuestas: los que están a favor de considerar el deber de autoprotección de los acreedores, según la cuál es responsabilidad del acreedor actuar con diligencia suficiente y, en base a ella, informarse previamente de las características y circunstancias de la empresa con la que van a mantener relaciones comerciales y los que, contrariamente, opinan que la obtención de esta información en grado suficiente no está plenamente disponible y, en mayor medida, no lo está y no es alcanzable para las pequeñas y medianas empresas acreedoras.

Exponente de la primera opción lo encontramos en PRADES, D. (2011): "La responsabilidad del gestor...", op. cit., pp. 39-40, quien, en relación a los acreedores empresariales, mantiene, "no se debe aceptar como principio legalmente consagrado la práctica de desplazar a terceros la responsabilidad de los actos propios (...) Es labor del empresario calibrar el riesgo y decidir o rechazar su asunción (...) Un buen empresario también ha de ser capaz de seleccionar con quién concierta sus operaciones, valorando su solvencia tanto económica como profesional y técnica".

En posición contraria se sitúa OTXOA-ERRARTE, R. (2010): "La responsabilidad de los socios...", op. cit., p. 42-43, quien considera que los acreedores cuentan con algunos instrumentos que les permiten evitar la traslación del riesgo de la empresa deudora porque pueden: renunciar a mantener relaciones comerciales con ella y pueden exigir garantías reales o personales adicionales. Sin embargo, esta posibilidad de autoprotección en muchas ocasiones es más teórica que real. La información contable se registra con mucho retraso, no siempre es correcta y completa, las circunstancias cambian rápidamente y sobre todo como mantiene la autora, esta autoprotección tiene un coste que en muchas ocasiones los pequeños acreedores no pueden asumir, con lo que, además, en la práctica se genera una nueva traslación de riesgos, ahora desde los acreedores, financiadores grandes y/o profesionales hacia los acreedores pequeños y medianos.

- Asunción de elevados niveles de riesgo empresarial, crecimiento excesivo, etc, sin estar adecuadamente justificado en función de la utilización de información pertinente y suficiente.
- Excesivo nivel de endeudamiento. Inadecuada proporción de los fondos propios *versus* fondos ajenos.
- Inadecuada gestión / administración de la empresa (la empresa no posee un adecuado sistema de información interna y externa, no tiene implementado un sistema de alarmas tempranas, no planifican la actividad a corto plazo y medio plazo, los administradores no conocen las funciones de la gestión: planificación, organización, ejecución y control).
- Descapitalizaciones empresariales. El patrimonio generado por la actividad empresarial, en muchos casos, sale y se incorpora a empresas patrimoniales para evitar que quede afecto a un posible cumplimiento de obligaciones en caso de insolvencia.

La solución práctica que se ha ideado ha sido la petición de garantías personales y reales a los empresarios que solicitan financiación y el progresivo endurecimiento y cierre de los préstamos concedidos por parte de los financiadores institucionales, es decir, de las entidades financieras.

Nos encontramos por tanto, por un lado, que la pretendida limitación de los riesgos de la actividad empresarial que supone las sociedades de capital queda desdibujada por estas garantías. Asimismo, el problema se traslada a aquellos acreedores que, teniendo que participar en el mercado, no pueden conseguir esas garantías de sus deudores nos referimos esencialmente a los acreedores comerciales.

Y además, por otro lado, los financiadores institucionales a la hora de decidir la aprobación de la operación otorgan un peso insuficiente a la viabilidad del proyecto planteado, nuevo o de crecimiento, y un peso excesivo a las garantías de los administradores representantes de la mercantil. Lo que en nuestra opinión, no es una forma sana de funcionamiento económico ya que se deja de apostar por proyectos rentables si el promotor no tiene suficiente capacidad financiera y a *sensu contrario* pueden financiarse proyectos no rentables, o mal diseñados, si los promotores tienen capacidad de endeudamiento.

Haciendo abstracción de que este hecho tiene consecuencia directa en la brutal crisis que España está viviendo, creemos que también hay una dosis de prácticas de administración y de gestión de empresas no adecuadas sobre la que se debe incidir en busca de mejoras sostenibles, que una vez se produzca la salida de la crisis fomentarán empresas más competitivas.

Esta propuesta no pretende traspasar toda la responsabilidad al empresario, y tampoco al legislador del Derecho societario. Entendemos que corresponde también un apoyo desde las instituciones públicas de promoción económica, que deben promocionar la creación de empresas sin olvidar la promoción de la calidad de la gestión y por tanto la competitividad del tejido empresarial. Sin embargo, un ordenamiento jurídico más exigente puede suponer una presión superior para que estas instituciones actúen como sugerimos.

Desde nuestro punto de vista es cierto, como señalan algunos autores, que el riesgo a que están expuestos los acreedores no deriva de la forma jurídica que soporta la actividad sino del propio riesgo de mercado. Sin embargo, el empresario persona física responde de las deudas con su patrimonio lo que, en principio, parece de mayor

solvencia que el patrimonio neto de una pequeña empresa, especialmente durante los primeros años de actividad.

Nuevamente es cierto que el empresario persona física puede no ser solvente pero creemos poder afirmar que, con carácter general, hay un plus de implicación de este tipo de empresario porque las consecuencias son de mayor gravedad para él<sup>505</sup>.

Se ha venido entendiendo que el capital social así como el patrimonio neto, en su caso, constituyen las garantías de cobro de los acreedores. Sin embargo, ante un escenario de pérdidas cualificadas, esta garantía no pasa de ser un espejismo.

Todo lo anterior, sin perjuicio del problema que se puede agregar, como es la escasa capacitación que los administradores o el administrador social puede desplegar en ocasiones. Esto puede deberse a dos motivos fundamentales: porque como anteriormente se ha mencionado el ordenamiento jurídico, en especial el Código de Comercio, nada regula respecto a la capacitación profesional para ser empresario y en segundo lugar porque al no haber una pluralidad de socios nadie va a exigir la contratación de administradores profesionales que desarrollen la actividad empresarial y, por ello, ésta quedará en manos del propietario empresario que pasa a ser así el administrador y gestor.

Vemos entonces como aparece un problema distinto que a día de hoy no parece preocupar al legislador español<sup>506</sup> y que, por tanto, la jurisprudencia no aborda, que no es otro que la determinación de la conducta que puede ser definida como diligente y que es exigible a un empresario cuando se torna en administrador y traslada, por la forma societaria de capital, parte del riesgo empresarial a los acreedores.

Sí que desarrolla cautelas a la hora de solventar los problemas de fidelidad y lealtad<sup>507</sup> que pueden darse, ante un conflicto de intereses, entre la sociedad y sus socios y los administradores societarios nombrados. Sin embargo, estos problemas aparecen con mayor frecuencia en las sociedades abiertas, donde el elevado número de socios supone que éstos no pueden desarrollar la administración societaria directamente y lo encargan a un consejo de administración nombrado por la mayoría de capital o en su caso con criterios profesionales.

---

<sup>505</sup> SÁNCHEZ, H. (2011): “El capital social...”, op. cit., p. 30 se hace eco de la opinión de DE LA IGLESIA, M.I. (2007), “Levantamiento del velo de las personas jurídicas” RCDI nº 699 pp. 305-306 para quien “La extraordinaria simplicidad de los trámites constitutivos ha determinado una cierta ruptura con la función históricamente asignada al Derecho de Sociedades. Esto es, la integración de medios materiales y humanos al servicio del desarrollo de una actividad de carácter económico. Por el contrario, en el contexto de creciente complejidad que preside el desarrollo del tráfico mercantil, en muchas ocasiones la fundación de una sociedad de capital no obedece al deseo de crear una estructura al servicio del desarrollo de una empresa, sino exclusivamente al designio de aislar esferas de imputación”. pp. 40 y ss. Aseveración que estimamos fundamental. Sobre la interesante doctrina de levantamiento del velo, vid. DE ANGEL, R. (2013). “La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la jurisprudencia”

<sup>506</sup> ORTIZ DEL VALLE, M. C. (2005); “La administración delegada de las sociedades anónimas. Estudio de artículo 141 de la ley de sociedades anónimas”, pp. 340-341. Enfatiza como el art. 127 de la LSA (Texto Refundido de 1989) alude expresamente a la diligencia de los administradores, pero, sin embargo, la Ley no tipifica conductas diligentes y conductas no diligentes. “Es decir, la cláusula general contiene una norma jurídica completa de la que se derivan deberes y cuyo incumplimiento es susceptible de sanción, pero esta norma no va acompañada de otras que definen o concreten en supuestos de hecho particulares las condiciones que deben reunir las conductas diligentes y no diligentes”.

<sup>507</sup> El art. 226 de la Ley de Sociedades de Capital que regula el deber de lealtad es un buen exponente de ello, también los informes de Gobierno Corporativo, Olivencia y Aldama. Y, doctrinalmente un buen exponente es PAZ-ARES, cuya posición en relación a este tema analizaremos en páginas ulteriores.

El problema, en nuestra opinión, que con más frecuencia en términos cuantitativos se presenta es la escasa cualificación del empresario como administrador societario de pequeñas y medianas empresas. Aquí el acreedor no sólo soporta una parte importante del riesgo empresarial de su deudor, sino que éste se ve incrementado por actuaciones escasamente profesionales. En nuestra opinión este problema está pasando a ser de primera magnitud.

Contrariamente a este presupuesto parece que se manifiesta el legislador y las organizaciones empresariales en los que parecen ser los nuevos tiempos: de apuesta por mayor simplificación de trámites para constituir las empresas, menor regulación, y menores “cargas” de información contable y por ello se emiten las pertinentes solicitudes de simplificación. Por lo que se refiere a nuestra consideración, estas supuestas cargas, principalmente la información contable, no son tales sino instrumentos necesarios aunque no suficientes para llevar a cabo la gestión empresarial.

En este sentido, el legislador español y la jurisprudencia, así como la mayor parte de la doctrina, desarrollan con profundidad los deberes fiduciarios de lealtad y de fidelidad, y su integración en el deber de buena fe. Pero pasan de puntillas por el deber fiduciario de diligencia creemos que, entre otras razones, porque éste se presenta escasamente en las sociedades mercantiles abiertas. Y lo solventan con una normativa, ligera, de recomendaciones establecidas en el Gobierno Corporativo, de influencia anglosajona, que para las sociedades cotizadas pasa a ser exigible o cuando menos informable.

Sin embargo, en las sociedades cerradas el “deber de diligencia de un ordenado empresario” que se recoge en la Ley de Sociedades de Capital pierde su virtualidad y pasa a ser una exigencia de diligencia en el cumplimiento de la Ley y de los estatutos y como mucho del deber de informarse adecuadamente. Y en esta línea, la jurisprudencia, en aras de solicitar una mayor responsabilidad de los administradores, acorde con la profesión que desempeñan, viene acogiendo, en mayor o menor medida, los criterios norteamericanos de la *business judgment rule* que, consideramos, no son lo suficientemente exigentes en base, según proponen, a dos cuestiones:

- La necesaria discrecionalidad que debe presidir la actuación de los administradores societarios en la gestión de la empresa.
- La dificultad de enjuiciar una decisión adoptada en otro momento y circunstancias.

Nos parece que este nuevo escenario en el cual la utilización de las sociedades de capital busca, fundamentalmente, la limitación de la responsabilidad patrimonial de los socios a diferencia del objeto que dio lugar al nacimiento de la sociedad anónima<sup>508</sup>, bien merece una reconsideración sobre los problemas que han emergido y que deben ser solventados. Es decir, cabría profundizar en los aspectos teóricos y prácticos del deber de diligencia de los administradores de sociedades cerradas así como en la determinación de estándares de referencia y considerar, quizás, que las recomendaciones efectuadas en el marco de los informes de gobierno corporativo, así como el deber de fidelidad y de lealtad y su integración en el deber general de buena fe, despliegan toda su virtualidad y aplicación en otro tipo de sociedades, las sociedades

---

<sup>508</sup> Inicialmente, como hemos puesto de manifiesto, con el nacimiento de las sociedades anónimas se pretendía reunir el capital aportado por distintos socios para financiar proyectos de envergadura. Se pretendía al mismo tiempo que cada socio inversor sólo perdiera, en caso de frustrarse el proyecto, como máximo la cantidad aportada porque éste no podría participar en la gestión del mismo.

cotizadas, que en términos cuantitativos y de empleo generado suponen un porcentaje pequeño del total del tejido empresarial español.

### **3-LA SUPERACIÓN DE LA IDEA DE SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA**

A finales del siglo XIX la sociedad anónima de capital ya se había abierto paso en los ordenamientos europeos. Sus elementos configuradores se habían manifestado como muy interesantes para el desarrollo económico. La estructura corporativa, que presupone la existencia de órganos sociales con funciones propias y especializadas; la personalidad jurídica independiente, que permite la asunción de derechos y obligaciones en su nombre así como un patrimonio social diferenciado; y la limitación de responsabilidad de los socios a las aportaciones realizadas son, en este sentido, fundamentales para el dinamismo del tejido empresarial.

Frente a esta situación, quedan ubicados en el otro extremo los empresarios personas físicas que, dado que no hay una diferenciación entre su personalidad y la que soporta el ejercicio de la actividad empresarial, responden de las deudas sociales con todos sus bienes presentes y futuros en virtud del art. 1911 del Código Civil que recoge el principio de responsabilidad universal<sup>509</sup>. Es frecuente justificar la limitación de la responsabilidad en base a la distinta personalidad que subyace entre el socio y la sociedad mercantil.

El socio respondería limitadamente a lo aportado porque la sociedad es persona jurídica distinta y nadie está obligado a responder por deudas ajenas, salvo que esté legal o contractualmente obligado a ello. Pero esto no tiene entera justificación dado que existen socios de sociedades dotadas de personalidad jurídica que tienen una responsabilidad ilimitada, como son los socios colectivos de la sociedad comanditaria por acciones, Ruiz<sup>510</sup>.

---

<sup>509</sup> En línea con las recomendaciones venidas desde Europa que pretenden facilitar y promover la actitud emprendedora de los ciudadanos, principalmente en desempleo, España aprueba en 2013 la Ley que pretende extraer de la ilimitada responsabilidad por deudas sociales que afecta a los empresarios personas físicas la vivienda habitual hasta un valor de 300.000 euros. Vid los comentarios de ORTIZ, C. (2013): “Anteproyecto de ley de apoyo a emprendedores, su internacionalización y segunda oportunidad”, pp. 407-409

VALMAÑA, M. (2010): “El empresario individual. El trabajador autónomo empresario”, pp. 100-101. El art. 1911 del Código Civil aplicable al empresario persona física contempla una responsabilidad universal mediante todos los bienes presentes y futuros para atender las obligaciones generadas. En este escenario la autora muestra su acuerdo con la opinión generalizada de la doctrina materializada en la legislación comunitaria a través de la Duodécima Directiva del Consejo de 21 de diciembre de 1989 en materia de Derecho de Sociedades sobre las sociedades de responsabilidad limitada de un único socio, “que deben arbitrase mecanismos que permitan la limitación de la responsabilidad del empresario individual tanto por razones de justicia material como desde una perspectiva económica”. Vid también, CARBAJO, F. (2002): “La sociedad de capital unipersonal”.

<sup>510</sup> Vid, RUIZ, J. I. (2005): “La responsabilidad judicial de la dominante”, pp. 219-223

También se fundamenta la limitación de responsabilidad en la ausencia del socio en la administración societaria, pero el autor advierte que esto tiene importantes excepciones como son la operativa de las sociedades cerradas y fundamentalmente las sociedades mercantiles unipersonales.

En cualquier caso, mantiene Ruiz<sup>511</sup>, “La solución de responsabilidad limitada tiene, sin embargo, la indudable ventaja de atraer masivamente los capitales a las actividades productivas, de prestación de servicios y mediadoras, que en un mundo altamente competitivo generan la mayor parte del progreso técnico. Y es esa ventaja la que ha venido justificando su extensión. Esto es, la responsabilidad limitada va consolidándose como estatus de quien participa profesionalmente en el ejercicio de la actividad económica, con estatus operador profesional en el mercado como consecuencia de los mayores riesgos que asume en una sociedad en la que, cada vez con mayor intensidad, se tiende a exigir de modo continuo la responsabilidad a los demás por los daños causados.”

Estas ventajas, sin embargo, no podían ser aprovechadas por la mayor parte de las actividades empresariales de principios del s. XX. La posibilidad de un uso generalizado se convirtió en un objetivo de política legislativa en muchos Estados de Europa<sup>512</sup>.

En ese sentido, los legisladores europeos promueven el diseño de una figura idónea para desarrollar los proyectos que pretenden llevar a cabo grupos reducidos de personas, en muchos casos vinculadas personalmente, que intervienen activamente en la gestión de la organización y que pretenden al mismo tiempo limitar el riesgo asumido a la aportación realizada a la sociedad de forma similar a la sociedad anónima. La limitación de la responsabilidad se extiende así a la pequeña y mediana empresa, se hace accesible a los oficios<sup>513</sup>

---

<sup>511</sup> Vid, RUIZ, J. I. (2005), p. 224. En el mismo sentido, OTXOA-ERRARTE, R. (2010): “La responsabilidad de los socios...”, op. cit., p. 24. Enumera las siguientes ventajas de la responsabilidad limitada empresarial: promueve cierta osadía empresarial e iniciativas especialmente arriesgadas en las que puede existir un sustancial beneficio hipotético, y permite la reunión de capital suficiente para el desarrollo de las actividades propias de la gran empresa.

<sup>512</sup> SÁNCHEZ, H. (2011): “El capital social...”, op. cit., p. 260. Describe la necesidad que el desarrollo económico ha hecho emerger. Esto es, la existencia de un tipo de sociedades de pocos socios y con medios económicos limitados. Para darle respuesta los ordenamientos han seguido dos vías diferentes: primera dotar al régimen general de las sociedades de capital de una flexibilidad suficiente para regular todas las sociedades abiertas que acuden al mercado de capitales en busca de financiación, como a aquellas otras de estructura cerrada, en las que resultan relevantes las condiciones personales de sus miembros. Esa fue la vía seguida por la Ley inglesa de 1907, a partir de la distinción entre “*public*” y “*private*” companies, si bien dentro de una misma categoría legal. Y segunda, configurar una forma societaria como hizo la Ley alemana al crear la sociedad de responsabilidad limitada la sociedad como una creación artificial del legislador.

<sup>513</sup> OTXOA-ERRARTE, R. (2010): “La responsabilidad de los socios...”, op. cit., pp. 35-36. “Así, una forma pensada para las grandes empresas, necesitadas de grandes capitales, que ofrecían el beneficio de la limitación a cambio de la cesión de la dirección de los negocios sociales, que quedaban a menudo en manos de terceros, se extendió, flexibilizando el régimen general inicial, a grupos menores de socios que intervenían directamente en la gestión. La sociedad de responsabilidad limitada permitió aunar la limitación de la responsabilidad de los socios al importe de su aportación con el mantenimiento de la gestión en sus manos”. p. 38

En base a esta exposición nos preguntamos, en este escenario, ¿no será necesario exigir que esta gestión se realice con la diligencia de un ordenado empresario al menos en la zona de preinsolvencia?



A día de hoy la solución española que se ha materializado con carácter general, aunque con matices, es el sistema de dualidad para este tipo de sociedades de capital. Y la cuestión que emerge es la determinación de los caracteres que deben asignarse a cada una de estas modalidades de sociedad de capital<sup>514</sup>. Nos referimos, en concreto, a la sociedad anónima y a la sociedad de responsabilidad limitada<sup>515</sup>.

También en el Derecho comparado, continental y norteamericano, se aprecia que el legislador valora muy positivamente estas sociedades y que caracteriza a las sociedades cerradas por una parte, porque la gestión y administración es llevada directamente por los socios, o al menos por los que ostentan la mayoría del capital social y, por otra, por la posibilidad de que estos socios, que de esta manera ostentan la posición de empresarios y de administradores, puedan limitar la responsabilidad del riesgo empresarial que asumen a la aportación que realizan, lo que supone indudables ventajas para el incremento del número de empresas que operan en un país y en consecuencia para el incremento de actividad económica nacional y el bienestar de sus ciudadanos. Y por ello, las normas que emiten tienen una indudable tendencia a la simplificación de la administración<sup>516</sup>.

---

<sup>514</sup> SÁNCHEZ, H. (2011): “El capital social...”, op. cit., p. 262. La sociedad de responsabilidad limitada, cuyo éxito cuantitativo nadie pone en duda, la introducción de su figura y características en el ordenamiento marca un punto de inflexión en la evolución del Derecho de sociedades. Hasta entonces la atribución de una personalidad jurídica propia a una organización empresarial y, en base a ella, la limitación de la responsabilidad personal de sus socios se había circunscrito a supuestos concretos y determinados, esto es, cuando era necesario reunir un capital operativo cuantitativamente importante a la par que fuera una empresa en la que los socios no participaran de forma activa en su administración y gestión. Por el contrario, cuando se extienden estas características a la nueva forma social, la limitación de responsabilidad y la personalidad jurídica, el fenómeno asociativo ha quedado reducido a la mínima expresión, puesto que, la sociedad podía constituirse con sólo dos fundadores. “De esta forma se inicia una lenta evolución que habría de conducir a finales del siglo XX al pleno reconocimiento de la sociedad de capital unipersonal”.

<sup>515</sup> CAMPUZANO, A. B. (2008): “La sociedad de responsabilidad limitada” estudia esta forma societaria desde todas sus vertientes.

<sup>516</sup> GARCÍA, A. (2006): “Las instrucciones de la Junta General a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada”, pp. 170-173. Identifica esta progresiva tendencia a la gestión por parte de los socios. Se pregunta ¿Hacia una Sociedad de Responsabilidad Limitada, en la que la gestión corresponde íntegramente a los socios?. En relación con la configuración de la Sociedad de Responsabilidad Limitada como una sociedad en la que los socios pueden intervenir en la gestión social por medio de instrucciones de la Junta a los administradores, hay que poner de manifiesto que en el Derecho comparado se aprecia una tendencia a otorgar a las sociedades dotadas de personalidad jurídica formas organizativas simplificadas, en las que se prescinde del órgano de administración, asignándose la competencia gestora directamente a los socios.

García establece como una de las manifestaciones más importantes de esta tendencia las *close corporations* norteamericanas. El sistema jurídico norteamericano de sociedades se caracteriza por la existencia de un único tipo de sociedad de capital (la *corporation*), y por la presencia de dos tipos de sociedades de personas (la *partnership* y la *limited partnership*).

Pese a todo, considera el autor que tanto en el ámbito jurisprudencial como en el normativo se ha asistido al reconocimiento de un tipo diferenciado de *corporation*, la *closely held corporation*, que se contrapone a las *publicly held corporations*.

“Las *close corporations* son un tipo de sociedades capitalistas que se caracterizan, entre otros extremos, por contar con un número reducido de socios que se conocen y desean invertir activamente en la gestión de la sociedad; y cuyas participaciones no cotizan en el mercado de valores(...)este tipo de sociedades responden a la necesidad de formar una sociedad que, manteniendo muchos de los elementos de las sociedades personalistas (control sobre la admisión de nuevos socios, igualdad en la participación de los socios en la dirección de la sociedad, etc) se distinga por la limitación de la responsabilidad de los socios. En definitiva, se puede afirmar que la *close corporation* es el equivalente, *mutatis mutandi*, de la S.R.L. en el Derecho continental”.

El éxito de estas fórmulas jurídicas de sociedades cerradas si se mide por el porcentaje respecto del total de las empresas que cada año se crean está fuera de toda duda.

Los nuevos empresarios, mayoritariamente fundadores de pequeñas empresas, encuentran en ellas una combinación perfecta, por tanto, entre la responsabilidad limitada que permiten algunas sociedades capitalistas y la simplicidad de la gestión de los empresarios personas físicas<sup>517</sup>.

El legislador ha optado hasta la fecha por no diferenciar la responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas de la que acontece para los administradores de las sociedades de responsabilidad limitada y tampoco dentro de las primeras entre las cotizadas y las no cotizadas. La Ley de 23 de marzo de 1995 de Sociedades de Responsabilidad Limitada remitía en su art. 69, en materia de responsabilidad, a la normativa de las sociedades anónimas.

Por su parte, en la vigente Ley de Sociedades de Capital se mantiene algunas de las diferencias caracterizadoras de los distintos tipos de sociedades, (abiertas para las anónimas cotizadas y cerradas para el resto), principalmente en materia de transmisión de acciones o de participaciones. No detectamos, y quizás fuera muy interesante establecer, diferencias entre los regímenes de responsabilidad de sus administradores<sup>518</sup>.

Las legislaciones de los Estados miembros disponen de una alta autonomía en la regulación de las Sociedades de Responsabilidad limitada ya que no les es de aplicación las Directivas relativas al Capital 77/91/ CEE, o de las modificaciones estructurales Directivas 78/855/CEE y 82/891/CEE aunque sí lo son otras como las referentes a las Cuentas Anuales y la auditoría<sup>519</sup>.

En este sentido, nos parece que conocidas las características de estas sociedades en España, así como el perfil de buena parte de los administradores societarios que las gestionan, el legislador español tendría margen para aprobar una regulación especial adaptada a las circunstancias. Es decir, a los problemas que se pretenden evitar y a las conductas que se pretenden potenciar. Estas consideraciones podrían hacerse efectivas para las sociedades de capital cerradas por las que entendemos, aquéllas integradas por un número reducido de socios que permiten una gestión o un control directo por parte de los mismos.

---

Pero si la situación es la que define García quizás sería necesario plantear una modificación de la responsabilidad asignada a estos socios que ahora ejercen también como gestores. Quizás la responsabilidad por la aportación de capital que realizan es la adecuada pero, probablemente, la responsabilidad por no desplegar una gestión profesionalizada debe ser revisada. Nos parece que no todo socio está capacitado para administrar las empresas aún cuando realice esta función de buena fe. Y el perjuicio que puede causar no afecta únicamente a su propio patrimonio sino, lo que es más grave, al patrimonio de los terceros.

<sup>517</sup> Existe una corriente abrumadora que se ha multiplicado por la crisis y la tasa de desempleo pero que se habría iniciado con fuerza a partir del año 2000, y que propugna como solución a todos los males económicos, que el ciudadano se convierta en empresario. De esta corriente participa el Estado español pero también la Unión Europea así como otros organismos internacionales y, en este sentido, el Banco Mundial, entre otros propugna que España simplifique los trámites administrativos para adelantar y facilitar la creación de microempresas.

<sup>518</sup> El Capítulo III de la Ley de Sociedades de Capital es aplicable a los dos tipos de sociedades.

<sup>519</sup> Vid en SÁNCHEZ, H. (2011): “El capital social”, op. cit., pp. 300 y ss. Un mayor detalle en el tratamiento de este tema se puede consultar en esta obra.

En las sociedades abiertas el capital social está repartido entre múltiples accionistas. Los accionistas son inversores en busca de rentabilidad y dejan a los administradores la responsabilidad de tomar las decisiones de gestión. De esta manera se puede aprovechar las posibilidades de especialización de las tareas gerenciales. Sin embargo, la contrapartida es que pueden aparecer problemas de conflictos de intereses.

Por el contrario, las sociedades cerradas son de carácter personalista, con reducido número de socios muchas veces familiares, y donde la transmisión de las participaciones es mucho más restrictiva para evitar la entrada de propietarios potenciales que el resto de los socios no desean, lo que se asegura mediante el establecimiento de limitaciones en los estatutos sociales.

Por tanto, la doctrina podría debatir la propuesta de definir, desarrollar y promover diferentes grados de deberes para las diferentes clases de administradores societarios. Esto es, los que administran sociedades abiertas y los que administran sociedades cerradas y, de esta forma, proponer que la Ley de Sociedades de Capital disponga de una sección con artículos de deberes para los primeros con especial incidencia en el deber lealtad y para los segundos con especial incidencia en el deber de diligencia como un “ordenado empresario”. Este último aplicable en relación a los acreedores en períodos de preinsolvencia o, alternatively, promover que la Ley Concursal recoja en su articulado el deber especial de diligencia en relación a los acreedores como presupuesto para la calificación del concurso como fortuito.

#### **4-LA ESCASA VIRTUALIDAD DE LA UTILIZACIÓN DE LA REGULACIÓN SOCIETARIA NORTEAMERICANA PARA SOLVENTAR LOS PROBLEMAS EN ESPAÑA**

La teoría del buen gobierno corporativo surge para dar solución a un problema de las grandes empresas norteamericanas. Caracterizadas por unos gestores especializados y profesionales con amplios poderes que pueden ejercitar sus decisiones con independencia y sin contar con los propietarios. Estas empresas, con carácter general, están financiadas con capital procedente de muchos accionistas dispersos que no pueden influir en la gestión realizada. Pero incluso un gran número de empresas de tamaño pequeño también se financian con las aportaciones de pequeños inversores que invierten sus ahorros en el mercado de capitales.

La situación en España difiere sustancialmente. En la mayor parte de las sociedades españolas la propiedad se distribuye entre pocas personas, incluso aunque adopten la forma de sociedades anónimas la mayor parte son cerradas.

Los socios, en muchos casos pertenecientes a una misma familia, suelen ser reacios a vender porcentajes de participación que pueda comprometer o cuando menos dificultar la toma de decisiones. En una sociedad de capital de estructura cerrada lo más habitual es que la gestión se lleve a cabo por los propios propietarios.

La diferencia de las empresas españolas respecto de las norteamericanas, en relación a su estructura de capital, también alcanza a las sociedades cotizadas. En este sentido,

aunque éstas acudan al mercado de capitales para obtener financiación, mantienen en la mayor parte de los casos un paquete importante de las acciones en manos de unos pocos accionistas, que serán capaces de controlar directamente la gestión de la empresa y la toma de decisiones pertinentes<sup>520</sup>.

En cualquiera de los casos señalados, ya sean sociedades cerradas o cotizadas, en España, no se presenta con elevada frecuencia el problema de la separación entre los gestores y la propiedad y el posible conflicto de intereses que pudiera conllevar. Si acaso sucede este conflicto es más frecuente en relación a los minoritarios.

En este sentido, dos son los problemas principales que percibimos en el Estado español: en primer lugar el ejercicio del derecho de minorías, que no es objeto de este trabajo y, en segundo lugar la escasa profesionalización de los administradores societarios en el ejercicio de sus funciones. El primero ya ha sido objeto de preocupación para el legislador español, e incluso, más allá de lo ya regulado se puede entender que este déficit afectará principalmente a sus protagonistas, en términos de obtención de menores beneficios o incluso, en su vertiente más grave, mediante su salida de la empresa, siguiendo de algún modo la tesis contractualista de las sociedades<sup>521</sup>. Pero el segundo problema, sí nos parece que debe provocar su atención y, por ello, incidir en su regulación, siguiendo la tesis institucionalista en virtud de la cual hay otros interesados en el buen hacer empresarial, principalmente y en lo que se refiere a esta obra los acreedores que ven insatisfechos sus intereses y cercenados su derechos.

Por todo lo mencionado, cabría plantearse si la orientación de la regulación, (normativa y recomendaciones), utilizada en los Estados Unidos debe ser aplicada aquí.

También en relación al modelo de Derecho de sociedades existen diferencias importantes entre EEUU y el modelo continental. El primero confía escasamente en la capacidad del Derecho para cumplir la función de ordenación de las empresas

---

<sup>520</sup> SÁNCHEZ, H. (2011), pp. 48-49. Apunta algunas diferencias, en especial respecto al capital social, entre el Derecho societario y la estructura empresarial de EEUU y de Europa. Esta divergencia proviene, por una parte, de que la realidad empresarial se percibe de manera distinta en ambas culturas y, por otra, del funcionamiento de los mercados de capitales. En este sentido, Europa destaca la función de garantía para los acreedores que tiene el capital social; por el contrario, EEUU le atribuye una función más dinámica ya que considera que la satisfacción de las deudas no se efectúa, únicamente, con cargo a los activos empresariales sino, en mayor medida, con cargo al flujo monetario generado por la operativa del negocio.

Asimismo, hay que tener en cuenta que la financiación de las sociedades europeas y americanas siguen caminos distintos. El mayor desarrollo del mercado de capitales americano permite que sus compañías coloquen directamente sus acciones entre los inversores. Por tanto, este esquema se caracteriza por la dispersión del capital y por la preferencia que se otorga a las sucesivas ampliaciones de capital frente a la emisión de deuda. El socio es, fundamentalmente, un inversor que espera obtener un retorno en el corto plazo. En consecuencia, el entramado legal da prioridad a la retribución del socio frente a la protección de los acreedores. Por el contrario en Europa, salvo Reino Unido, el menor desarrollo del mercado de capital, otorga un papel relevante a la financiación externa, fundamentalmente bancaria, y a la autofinanciación. La estructura del capital tiende a estar concentrada, no hay propiamente un mercado de control. Por este motivo, la solución que el ordenamiento deba dar al conflicto entre socios y acreedores está condicionada por el entorno económico en el que las compañías desarrollan su actividad. Para profundizar en el conocimiento de las sociedades americanas es interesante la publicación de BALOUZIYEH, J. M. B. (2012): “Las sociedades mercantiles estadounidenses”, la *corporation*, pp. 79-139 y la *limited liability company*, pp. 151-157.

<sup>521</sup> Trata esta teoría, GONDRA, J. M. (2010): “La teoría contractual de la sociedad anónima: una aproximación a sus fundamentos teórico-económicos”, pp 1171-1233

adjudicando esta función principalmente al mercado con su eficacia selectiva. Por el contrario en el Derecho de sociedades continental hay una larga tradición de ordenación detallada y precisa a través de disposiciones normativas<sup>522</sup>. Detalle y precisión que, desde nuestro punto de vista, en España no alcanza suficientemente a la regulación del procedimiento adecuado para la toma de decisiones en el ámbito empresarial de la gestión de una sociedad, cuando ésta se acerca a escenarios de insolvencia.

En la misma línea también es cuestionable si la regla del buen juicio empresarial *Business Judgment Rule* aplicada por la jurisprudencia norteamericana puede y debe ser aplicada estrictamente en otros ordenamientos jurídicos. Y en especial en los de corte continental donde la cultura, tipología de empresas, tradición jurídica, etc, son muy distintas. A ello se añade que la regla norteamericana ha avanzado en su determinación y aplicación en base a criterios jurisprudenciales no legislativos<sup>523</sup>.

Como consecuencia de la estructura de capital de la mayor parte de las empresas españolas y por lo anteriormente dicho, a nuestro juicio, los problemas más frecuentes no tienen tanto que ver con los problemas de agencia<sup>524</sup> y la falta de alineación de los intereses de los administradores y de la propiedad y por ello la posible aparición de un

---

<sup>522</sup> RECALDE, A. (2003): “Los administradores de las sociedades anónimas en un entorno de “Buen Gobierno”, pp. 58-59. Una exposición detallada de este tema puede consultarse en este artículo. En el Derecho alemán se ha diseñado un complicado sistema de órganos para atender a las necesidades de especialización y profesionalización de la gestión, así como los múltiples intereses que confluyen en la actividad de las grandes empresas. Pero esa distribución orgánica del poder de decisión tiene en cuenta las dudas que se generan respecto de la posibilidad de que el control se desarrolle por los accionistas en la Junta General. La solución ha sido crear en el seno de la “administración” dos órganos: uno encargado de la gestión y otro de la fiscalización.

<sup>523</sup> SABOGAL, L.F. (2012): “El margen discrecional de los administradores de Colombia: ¿es aplicable la “Regla del Buen Juicio Empresarial” (*Business Judgment Rule*) en el ámbito de su deber de diligencia?”, el autor reflexiona sobre los motivos por los cuales una aplicación directa de la regla a otros países puede no resultar adecuada y llega a la conclusión de que esos motivos son los siguientes:

-En los países de cultura anglosajona priman más los criterios economicistas que en los países que se configuran como Estados Sociales de Derecho. Ambas tipologías de configuraciones de Estados darán distinta preponderancia a las partes involucradas en una insolvencia, esto es, a los administradores societarios o a los acreedores y socios minoritarios.

-El esquema anglosajón se basa en el riesgo, en contraposición al esquema continental que prioriza la responsabilidad consecuencia de su tradición romano-germánica.

-La aparición de una crisis tan intensa como la actual provoca el debate sobre cuál debe ser el límite adecuado de intervención del Derecho en la economía para evitar las consecuencias que una desregulación total puede ocasionar, especialmente a las partes más débiles del sistema económico.

- Resulta arriesgado importar figuras jurídicas que no han sido suficientemente reconocidas.

-En el tráfico jurídico existen otros mecanismos para controlar el eventual amplio margen de responsabilidad de los administradores.

-La regla podría no ser apropiada para todas las empresas.

-La incorporación de la Regla en un entorno de poca litigiosidad respecto de la responsabilidad de los administradores podría traducirse en una inmunidad absoluta por sus decisiones de empresa. Obviamente, esta regla procede de los EEUU paradigma de la litigiosidad que, por contra, no es la realidad española.

<sup>524</sup> SÁNCHEZ, S. (2004): “Evidencia empírica de la estructura financiera de la pequeña y mediana empresa familiar”, pp. 89-90. Mencionando a Chittenden, et al (1996) sí identifican en las pequeñas empresas un problema derivado de la teoría de la agencia, pero desde una perspectiva distinta a los conflictos de intereses generados entre los propietarios y los administradores. Así, los autores aplicando la teoría de la agencia, exponen que en los acuerdos contractuales entre las pequeñas empresas y los proveedores externos de capital, debido a la asimetría de la información, se acentúan los problemas de agencia en forma de riesgo moral y selección adversa. Y por ello, sostienen, los costes, derivados de estos problemas, son mayores en el caso de empresas pequeñas.

conflicto de interés, que además se regula normativamente con el deber de lealtad, como con la falta de profesionalidad en la toma de decisiones que acontece en el área de la actividad empresarial. Esto genera un grave perjuicio, más que estrictamente un conflicto de interés, a los acreedores que ven de esta manera incrementado el riesgo empresarial en el que incurren al participar en el tráfico mercantil por la toma de decisiones de administradores no preparados adecuadamente.

Y por ello, nos parece que la doctrina debiera profundizar en la investigación y en la obtención de un consenso que permitan hacer propuestas al legislador para recoger la normativa que ayude a promover un cambio sustancial de la realidad manifestada<sup>525</sup>. Este planteamiento lo solicitamos, fundamentalmente, como fórmula para tutelar los intereses de los terceros.

## **5-LA PROFESIONALIZACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL PEQUEÑAS Y MEDIANAS**

El 90 % de las empresas españolas tienen menos de seis trabajadores<sup>526</sup>. En estas empresas pequeñas confluye en la misma persona el papel de

---

<sup>525</sup> Vid FRAGUAS, R. (2003): “Patologías de los consejos de administración en España”, pp. I-III y 120 y ss. El autor realiza un estudio empírico con una base de datos de 3.563 empresas y 180 respuestas de consejos de administración encuestados y, entre otras, concluye que más del 72% de los consejos son pasivos, es decir no desarrollan su función. Además, dentro de los consejos activos, es decir, los que se reúnen con frecuencia adecuada y tratan temas de su competencia, el 18% revela un mal funcionamiento. Asimismo la investigación obtiene que las principales causas de este mal funcionamiento están relacionadas con: conocimientos poseídos por los consejeros, la razón de su nombramiento que suele coincidir con la propiedad mayoritaria, desconocimiento de las funciones del consejo, no laboriosidad y escasa dedicación.

En referencia a la primera causa el autor estima que los conocimientos exigibles a los consejeros se diferencian en dos tipos: conocimientos genéricos del campo de la empresa (estrategia de empresa, presupuestos, control, modelos de gestión, modelos de organización, normativas aplicables) y conocimientos prácticos de cada empresa en particular.

En referencia a ellos obtiene que los conocimientos genéricos son extraordinariamente bajos y en referencia a los conocimientos prácticos el 33% de los consejeros de la muestra no conoce los negocios que desarrolla su empresa y el porcentaje alcanza el 72% en materia de negocios relacionados y del marco legal. Hay que decir que la mayor parte de las empresas eran familiares, el 71%.

<sup>526</sup> MARTÍ, J. M. (2010): “Guía para la planificación de la pyme: las decisiones empresariales en la gestión de la pequeña y mediana empresa española”, pp. 17-19. El autor mediante su trabajo de investigación observa como en la pyme, propietarios y gerentes, que habitualmente son la misma persona, toman decisiones fundamentales para la vida de la empresa. Sin embargo a pesar de la importancia de prever y planificar el futuro y de tomar decisiones sobre las variables bajo control de la empresa la realidad es que la planificación, tanto anual como a medio, largo plazo, es mínima en este tipo de organizaciones.

El punto de partida de la tesis doctoral de Martí es la constatación de que existe muy poca planificación en la pyme española. “Es escasa en relación con la estimación de ventas futura, pobre respecto a los resultados económicos y casi desconocida en cuanto a necesidades financieras o de tesorería.

GALLEGO, E. (2014): “La mediación concursal”, p. 17. También constata la falta de profesionalización de las pequeñas y medianas empresas y atribuye a esta circunstancia parte de fracaso de la Ley Concursal española, por cuanto sostiene que, “la errónea percepción sobre la verdadera situación de la empresa que afecta, en particular a las pequeñas y medianas empresas, debido, por un lado, a que su sistema contable, de ordinario basado más en aspectos fiscales, que estrictamente económicos, no suele ser riguroso, además de que no es extraña la confusión entre los costes de la empresa propiamente dichos y las necesidades personales del empresario. Por otro lado, la falta de formación y asesoramiento le impide en

propietario/administrador/gestor<sup>527</sup> y trabajador. A diferencia de ellas, en las grandes empresas el papel de los administradores/directivos que ejercen como gestores está diferenciado del papel de los socios (propietarios) y del papel de los trabajadores<sup>528</sup>. Las principales actividades del administrador/gestor de empresas deben ser las siguientes:

- Decidir y aprobar la misión (actividad que va a desarrollar en función de diagnóstico empresarial realizado) y la visión, (dónde debe situarse la empresa en los próximos años).
- Analizar el entorno general y el más inmediato a la empresa.
- Analizar la situación interna de la empresa.
- Determinar en base a los dos puntos anteriores las oportunidades, amenazas, debilidades y fortalezas.
- Aprobar la estrategia coherente con la información anterior<sup>529</sup>.

---

la mayoría de las ocasiones apercibirse en tiempo de la verdadera situación económica por la que traviesa y, luego, conseguir un acuerdo con los acreedores.”

Sin embargo, también a las pequeñas y medianas empresas, que habitualmente se desarrollan bajo la fórmula jurídica de sociedad de responsabilidad limitada, el legislador les exige profesionalidad en la administración, vid CAMPUZANO, A. B. coordinadora (2008): “La sociedad de responsabilidad limitada”, p. 401, PRENDES, P. coautor defiende que La Ley de sociedades de responsabilidad limitada, hoy Ley de Sociedades de Capital, exige a los administradores sociales de este tipo de mercantiles, al igual que lo exige a las sociedades anónimas, un plus de desempeño de la administración social respecto a lo que se exige en el ámbito civil. “La diligencia con la que deben desempeñar el cargo es una diligencia profesionalizada, cual es la de un ordenado empresario”.

<sup>527</sup> MARTÍ, J. M. (2010): “Guía para la planificación...”, op. cit., p. 32. Documento apoyado en la Tesis Doctoral, establece que la gestión supone un conocimiento o saber (aptitud) que puede adquirirse y desarrollarse, supone también una voluntad (actitud) para desarrollar la empresa e implica disponer de los recursos necesarios.

<sup>528</sup> MORILLAS, M. J. (2002): “Las normas de conducta de los administradores de sociedades de capital”, p. 303. La autora trae a colación la importante cita, en nuestra opinión de DUQUE, J. F. en “El empresario, sujeto activo de la economía (1968) en Tamales, R. “propiedad, desarrollo y persona” en Editorial Sígueme p. 257, quien afirma “La disociación entre propietario y titular de la gestión efectiva de la empresa ha puesto de relieve la necesidad de que quien ejerce una actividad de empresa adquiera una formación técnica: pero no se exige jurídicamente y, por ello, se puede continuar hablando del “derecho del individuo a arruinarse” en el ejercicio de la empresa, a pesar de la importancia que tiene para toda la comunidad el útil y ordenado ejercicio de las empresas, sin embargo es observable una reacción en sentido contrario. Su causa consiste en la separación entre el poder de decisión y la propiedad. Esta separación ha recondicionado la fundamentación de aquél desde el ejercicio del derecho de propiedad al ejercicio de una competencia técnica, apoyada en la posesión de ciertos conocimientos técnicos (...) la propiedad o mejor, el control sobre la propiedad, habilita para designar las personas idóneas para gestionar la empresa, pero no para ejercitar directamente las facultades de gestión”. p. 303

Vemos como ya desde los años sesenta la profesionalización del empresario, en cuanto a capacitación para gestionar su empresa provocaba un debate doctrinal. Podemos decir, que el problema lejos de solucionarse se ha agravado, puesto que ahora las instituciones públicas pretenden que cualquier ciudadano se convierta en empresario / gestor. Se pretende paralelamente limitar su responsabilidad patrimonial, y entonces ¿quién debe soportar en la práctica los riesgos de la actividad empresarial?. También en relación con la importancia de la formación para gestionar empresas, PARRA, F. (1997): “La formación del directivo empresarial como variable estratégica del cambio”, pp. 217-245

<sup>529</sup> GONZÁLEZ, A. (2010): “Dirección estratégica de la pyme”, pp. 761-788. Comenta los datos extraídos del INE, 2009 respecto a la dimensión del tejido empresarial español. En España el 52,7 % del total de empresas no tiene asalariados y un 27,4 % tiene entre 1 y 2 empleados. El porcentaje de pymes de la economía española es del 99,8 % según los datos proporcionados en el Directorio Central de Empresas

- Fijar los objetivos estratégicos.
- Desarrollar el plan de acción anual.
- Controlar periódicamente el cumplimiento de todos los indicadores que componen el plan de acción, analizar diferencias y establecer las medidas correctoras oportunas.
- Realimentar la información.

Parte importante del tejido de las empresas españolas lo forman las empresas familiares que suponen un porcentaje muy importante del tejido empresarial del Estado que en su mayoría son de tamaño pequeño y mediano y que no despliegan altos niveles de profesionalización<sup>530</sup> en la gestión y administración<sup>531</sup>. Es decir comparten las características generales del entramado empresarial.

En este caso, los puestos en el consejo de administración suelen ser asignados entre los miembros de la familia propietaria con independencia del conocimiento o cualificación

---

de 2009 elaborado por el INE. A la vista la escasa dimensión de las empresas españolas la autora se cuestiona si necesitan las pymes desarrollar una estrategia, y al respecto entiende que la importancia de la estrategia empresarial se pone de manifiesto por cuanto exige un procedimiento de información, reflexión y decisión cuya calidad está directamente relacionada con la competitividad empresarial y, por tanto, con la continuidad y sostenibilidad societaria. Y añade que esta planificación estratégica es necesaria en toda organización que cuenta con unos recursos para obtener unos resultados. Por tanto, también lo es para la pequeña empresa que participa de las características reseñadas.

Corresponde al consejo de administración diseñar y aprobar la estrategia empresarial. De esto la doctrina no tiene duda alguna. Ver al respecto CAZORLA, L. (2012) “Aprobación de los principios de Gobierno Corporativo por la Business Roundtable el pasado 26 de julio de 2012”, pp. 673-674. El problema, a nuestro juicio, es que la doctrina no es tan severa al determinar que también es una función del administrador de una sociedad pequeña o mediana. “El pasado 26 de julio la Asociación americana Business Roundtable, que integra a los CEOs de las compañías cotizadas estadounidenses más relevantes publicó una revisión y actualización de los principios de Gobierno Corporativo. En el tercer lugar establecían que es el Consejo de Administración y equipo directivo quienes deben desarrollar e implementar un plan estratégico de la compañía, e identificar, evaluar y gestionar los riesgos inherentes a la estrategia corporativa. El Consejo de Administración debe entender el plan estratégico de la compañía, sus riesgos asociados, y los pasos adoptados por el equipo directivo con el propósito de controlar y gestionar dichos riesgos”.

Entonces nos preguntamos, ¿por qué alguna parte de la doctrina no es tan contundente al afirmar que esta responsabilidad corresponde igualmente al administrador de la pequeña y mediana empresa?

<sup>530</sup> TADEO, R. J. (2005): “Comportamientos en la dirección y gobierno de la empresa familiar: análisis empírico de la profesionalidad como garantía de continuidad”, pp. 81 y ss. “La dirección profesional está representada por una persona o conjunto de personas que poseen el conocimiento o la experiencia para dirigir una empresa y que socialmente cuentan con legitimidad para ello. Siguiendo con esta idea, se podría decir que una empresa será profesional cuando esté dirigida por una dirección profesional.”. Ser profesional entiende el autor significa “tener los conocimientos para hacer algo y hacerlo bien”.

<sup>531</sup> SÁNCHEZ, S. (2004): “Evidencia empírica de la estructura...”, op. cit., p. 13. Observa en la numerosa bibliografía consultada que entre otras características la mayor parte de los autores sostienen que, con carácter general, la mayoría de las empresas familiares no tienen diferenciado su patrimonio con el de la familia y que tienen una gestión menos profesionalizada que las no familiares.

La autora citando a Amat (2000) sitúa en datos aproximados que en España, las empresas familiares suponen entre el 65 y el 80 por ciento del total de empresas (con una media de facturación algo superior a un millón doscientos mil euros anuales). Lo que nos hace ver cómo suponen la mayor parte de las pequeñas y medianas empresas.



que en materia de administración societaria<sup>532</sup> ostenten sus miembros e incluso los puestos directivos, muchas veces están en sus manos.

Al problema anterior, entre otros, se une la confusión entre los patrimonios empresariales y familiares. Como resultado de ello la información económico-financiera que se registra y que, por tanto, se transmite a terceros con frecuencia está contaminada con registros y cargos no relacionados con el negocio, lo que distorsiona la información sobre la rentabilidad y solvencia de la sociedad<sup>533</sup>.

Un nivel inadecuado en la profesionalización<sup>534</sup> de la administración de las empresas<sup>535</sup>, más allá de los problemas de rentabilidad, costes de oportunidad, problemas patrimoniales y riesgo de fracaso que afectan a los propietarios/empresarios, administradores que en las pymes suele coincidir en las mismas personas, afecta a terceros involucrados: acreedores, prestamistas, etc. Y genera un problema de funcionamiento y vitalidad empresarial<sup>536</sup>.

---

<sup>532</sup> Y ello a pesar de que como indica TADEO, R. J. (2005): “Comportamientos en la dirección...”, op. cit., p. 16. La administración y gestión de empresas se va complicando extraordinariamente. La globalización de la economía: demanda, producción, comercialización y financiación, la información accesible para el consumidor, los ciclos de vida cada vez más cortos de los productos, así como la constante innovación tecnológica y la supresión de barreras de entrada, son algunas causas directas de esta complejidad. “Todo este marco de referencia abre nuevos retos para las empresas familiares como son la búsqueda del tamaño óptimo, la internacionalización o la necesidad de profesionalización para abordar el nuevo contexto”. Lógicamente también para el resto de sociedades no familiares.

<sup>533</sup> AMAT, J. M. (2007): “La continuidad de la empresa familiar”, el autor en numerosas publicaciones y en concreto en la reseñada, señala como en la gestión familiar de pequeña dimensión se confunden los patrimonios, se cargan gastos familiares con fines impositivos y se establecen políticas de remuneración y de distribución de dividendos, más por las necesidades familiares que por criterios empresariales. Señala asimismo el problema que tienen esta tipología de empresas, en muchas ocasiones, con la profesionalidad de la gestión, pp. 65-71

VELAYOS, C. (2012): “Los órganos de gobierno de la sociedad familiar”, p. 283, para evitar que accedan al cargo de administrador de las empresas familiares personas que no tienen adecuada capacidad y formación, recomienda la inclusión de cláusulas estatutarias que impongan a los administradores requisitos de carácter objetivo para el acceso, de esta manera, considera la autora, “se descartará el nombramiento de personas en las que no concurren los requisitos para cumplir con el deber de diligencia que la Ley de Sociedades de Capital les impone con carácter imperativo”.

<sup>534</sup> TADEO, R. J. (2005): “Comportamientos en la dirección...”, op. cit., pp. 81-82. En referencia a la empresa familiar, sitúa los primeros artículos publicados de la empresa familiar a finales de los sesenta y durante la década de los setenta (Donnelley, 1964; Levinson, 1971; Barnes y Hershon, 1976) expresan como elemento negativo de la empresa familiar la utilización de gerentes no profesionales. “Esta interpretación temprana surgida de la visión sistémica sigue presente hoy en día, en gran parte”. También trata los problemas de gestión de la empresa familiar, entre otros, ALCORN, P. (1982): “Success and survival in the family-owned firm”; ALONSO, F. J. (2012): “La empresa familiar como problema”, pp. 33-76 y DÍAZ, M. A. (2012): “La sociedad familiar: reflexiones sobre su organización y la incidencia del concurso de acreedores”, pp. 199-224 y GOODMAN, J. (1998): “Defining the new professional: the family business counselor”, pp. 349-354, establece una nueva figura que pretende solventar la falta de la profesionalidad de los gestores de esta tipología de empresas.

<sup>535</sup> El Código de Comercio en vigor no contiene requisito profesional alguno para ejercer el cargo de administrador societario. Tampoco lo hace el nuevo proyecto de Código de Comercio presentado en 2013 que en la redacción que propone en su art. 215-1 sobre la capacidad para ser administrador no hace referencia alguna a la cualificación profesional necesaria.

<sup>536</sup> MORILLAS, M.J. (2002): “Las normas de conducta...”, op. cit., p. 367. Entiende que el legislador ha exigido un modelo de administración y gestión de empresas profesional al exigir al empresario y haciendo extensión al administrador societario un estándar de conducta como diligencia del ordenado empresario. En esa línea la autora manifiesta que el grado de diligencia que corresponde a un ordenado empresario comprende cualidades como: prudencia, capacidad de iniciativa, de previsión y de análisis de

Los prestamistas y acreedores, cada vez con más frecuencia, desconfían del proyecto empresarial<sup>537</sup> y de la gestión del administrador y ello supone que la financiación de la pyme, tanto la institucional como la comercial, vienen siendo aprobadas sólo cuando son acompañadas de suficientes garantías. Los financiadores valoran escasamente la rentabilidad y viabilidad financiera del proyecto objeto de financiación.

La cuestión, como ya hemos puesto de relieve, no es baladí porque, por una parte, proyectos muy interesantes no obtienen financiación (sus promotores no tienen capacidad de endeudamiento) y, por otra parte, al emprendedor se le obliga a comprometer su patrimonio personal con el riesgo empresarial<sup>538</sup> lo que supone que la limitación de la responsabilidad del empresario/administrador de la pequeña y mediana empresa es más virtual que real<sup>539</sup>. Por ambas circunstancias no se promueve un tejido empresarial dinámico, competitivo y suficientemente amplio.

Sin embargo, en el tema de la profesionalización de los gestores de empresas o administradores, en muchos casos también empresarios, debemos enfrentarnos a otros problemas: el ordenamiento no exige unos conocimientos y experiencias concretos para ejercer esa función y tampoco el *management* empresarial se encuentra definido como otras profesiones, ni en España ni en ordenamientos de otros países<sup>540</sup>.

---

los riesgos de las operaciones; así como planificación adecuada de la actividad con criterios de previsión y rentabilidad.

<sup>537</sup> La desconfianza tiene varios orígenes: la escasa fiabilidad de los proyectos de empresa que se presentan, no sólo por el riesgo inherente a la actividad empresarial sino, fundamentalmente, por la insuficiente calidad del contenido de los documentos elaborados y, por tanto, de las estimaciones realizadas. Viene explicada también por los bajos niveles de cualificación como administrador profesional que suele presentar el empresario y finalmente, por la insuficiente fiabilidad de la información contable que se presenta y se registra. En este sentido, SÁNCHEZ, S. (2004): “Evidencia empírica de la estructura...”, op. cit., p. 132. Observa cómo otra limitación importante (del estudio empírico que realiza), surge al analizar datos recogidos en los balances y cuentas de resultados que presentan las empresas en el registro mercantil. Y ello porque a través de esta información, resulta prácticamente imposible estudiar determinadas características sobre el comportamiento financiero de las empresas; entre otras razones, por el solapamiento que existe entre las finanzas de la familia y de la empresa, uno de los aspectos más relevantes que define a la empresa familiar.

<sup>538</sup> SÁNCHEZ, S. (2004), p. 86, citando a Avery et al.(1998) recoge la evidencia que estos investigadores encuentran de la relación existente entre el compromiso personal y la asignación de crédito a la pequeña empresa. Los proveedores de fondos basan sus decisiones cada vez más sobre la capacidad de endeudamiento de los propietarios de las pequeñas empresas, que sobre la de las empresas en sí. Incluso los autores llegan a afirmar que los negocios, cuyos propietarios carezcan de recursos para ofrecer como compromiso personal, pueden ser apartados del mercado de préstamos.

<sup>539</sup> Es verdad que en otras partes de este trabajo sostenemos que el empresario/administrador no profesional de la pyme traslada un mayor riesgo derivado de la gestión no profesional de empresa a los acreedores porque él tiene limitada la responsabilidad. Pero lo que aquí apuntamos es más cierto para los financiadores profesionales, es decir, instituciones financieras, que pueden pedir garantías. No así para los acreedores comerciales u ordinarios que en caso de existencia de concurso sus créditos se estimarán ordinarios.

<sup>540</sup> EDELBERG, G. (2012): “Administración de empresas una profesión”, p. 2, cita a Austin R.W. según el cual quien ejerce una profesión asume unas obligaciones que debe cumplir. Enumera tres características comunes a toda profesión: la exigencia de que los miembros puedan demostrar los conocimientos necesarios para su ejercicio, la existencia de un código de conducta desarrollado en el seno de la profesión y al que todos se deben adherir y, por último, la aceptación y compromiso por cada miembro en virtud de los cuales anteponen los intereses de la sociedad a los suyos personales. (*Code of conduct for executives. Harvard Business review* Boston 1961).

Sostiene Edelberg que no se ha llegado a constituir la administración de empresas como una profesión. Y, en este sentido, trae a colación a Khurana, R. y Noria, N. (2008) *Harvard Business Review* según los cuales, la afirmación que los gerentes son profesionales no aprueba un examen riguroso cuando se

Pero a pesar de lo que consideramos tibieza del legislador, que para algunos autores se muestra como elevada exigencia, o mejor dicho la falta de concreción de las Leyes y su titubeante aplicación no deja de resultar cierto que a partir de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 se produce un giro copernicano en materia de diligencia del administrador anudada a cierta exigencia de responsabilidad<sup>541</sup>. Así lo reconoce, Prades<sup>542</sup> quien sostiene, “al amparo de la expresión *sin la diligencia con la que debe desempeñar el cargo* contenida en la redacción dada al artículo 133.1 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, junto con cierta demonización cultural y social, que no

---

compara *management* con una profesión verdadera como medicina o derecho. “Contrariamente a los médicos y abogados, los gerentes no necesitan una educación formal, y mucho menos una licencia, para ejercer su actividad. Tampoco se adhieren a un código de conducta universal y obligatorio. Las empresas pueden redactar y poner en práctica códigos corporativos o declaraciones de valores; pero no existe un conjunto de valores profesionales universalmente aceptados y respaldados por alguna autoridad (...) muchos creen, tanto en el mundo académico como en las empresas que la gerencia es tanto un arte como una ciencia, que se aprende a dominar a través de la experiencia más que a través de la educación formal”.

SÁNCHEZ-CALERO, F. (2007): “Los administradores en las sociedades de capital”, pp. 181 y ss. También se muestra renuente a considerar como necesaria la profesionalidad de los administradores societarios y afirma que el deber de diligencia no comprende, en principio, que el administrador tenga los conocimientos técnicos más convenientes para la mejor gestión de la sociedad, en cuanto se exige que el administrador sea diligente y no necesariamente experto. Bien es verdad que, a pesar de ello, el autor confiere posteriormente algunos rasgos de profesionalidad a la actividad de los administradores. Así, “La consideración del administrador como si fuera empresario-aún cuando lo sea por cuenta ajena- nos descubre la nota de profesionalidad que la Ley le pide, con matices que dependerán no sólo de la estructura del órgano de administración, sino también de la naturaleza de la actividad de la sociedad”.

Lógicamente y por lo ya avanzado hasta este momento, no podemos compartir estos puntos de vista.

Existen conocimientos, técnicas y herramientas para aplicar en una gestión profesional. Esta aplicación conseguirá llevar la empresa a buen puerto a medio y largo plazo con una probabilidad superior a la que le correspondería a una gestión únicamente intuitiva.

La intuición cada vez garantiza menos unos buenos resultados sostenibles durante tiempo, si perjuicio que ésta pueda alcanzarlos en momentos puntuales.

Así parece también compartir nuestra opinión PRADES, D. (2011): “La responsabilidad del gestor...”, op. cit., p. 40. Cuando mantiene, “ciertamente, y así debe ser, la ley encomienda en muchas ocasiones al administrador social funciones que le convierten en un profesional garante de la legalidad en las relaciones internas y externas de la entidad. Sin embargo, no se ocupa de exigir una mínima formación profesional a quienes hayan de ejercer el cargo. La profesión de empresario o de administrador o de gestor de empresa es la única que hoy se puede ejercer por simple decisión personal, sin necesidad de una formación académica o técnica previa, cosa que no sucede con los abogados, médicos, arquitectos, ingenieros, etc”.

Y en el mismo sentido se pronuncia GARRETA, J. M. (2014): “La diligencia y responsabilidad de los administradores y la contabilidad”, que en el prólogo de su libro hace referencia a la profesionalidad que se espera de los administradores de la sociedad y que legalmente se recoge en el deber de actuar diligentemente para lo cual no es suficiente con un conocimiento de la situación económica y financiera de la organización que administra. “Existe un desencuentro entre lo que se espera hoy de la diligencia del empresario y lo que realmente se obtiene de él y una constante sorpresa en nuestra comunidad por las noticias que periódicamente se ofrecen”, prólogo del libro.

<sup>541</sup> RODRÍGUEZ, D.; HUERTA, M. I. (2008): “La responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital”, pp. 413 y ss. Expresan como ser administrador dejó en 1990 de ser un cuasi-imputable para convertirse en una profesión delicada y profesionalizada, sobre todo cuando aquél que lo sea tenga un importante patrimonio personal. Y que como contrapartida ha supuesto que los administradores exijan una mayor contraprestación por sus tareas y en muchos casos la contratación de un seguro de responsabilidad. A este respecto los autores atribuyen a los seguros un apoyo para la mejora de la profesionalidad de los administradores, puesto que las compañías aseguradoras estarán interesadas en analizar los conocimientos técnicos del administrador de que se trate en relación con el abanico de las actividades integradas en el objeto social de la sociedad a administrar, antes de asegurarlo. Citan a Antonio Fernández\_Golfin, ABC p 28 “Un administrador, hoy, no lo es, (no lo debería ser añadimos nosotros) por ser dueño de la empresa sino por ser un profesional competente en la gerencia”.

<sup>542</sup> PRADES, D. (2011): “La responsabilidad del gestor...”, op. cit., p. 34

legal, del empresario, que es preciso desterrar, han venido tomando carta de naturaleza las interpretaciones excesivas y exageradas” sostiene el autor, en relación con la responsabilidad del administrador societario.

En efecto, la responsabilidad de los administradores experimentó un profundo agravamiento con motivo de la entrada de España en la Comunidad Económica Europea, y por ello, la entrada en vigor de la Ley de 1989 supuso la derogación de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 que requería para poder exigir la responsabilidad de los administradores que hubieran actuado con malicia, abuso de facultades o negligencia grave al mismo tiempo que se endurecía la normativa sustancialmente ampliando a la culpa leve y levísima la responsabilidad de los mismos, además de introducir un severo régimen de responsabilidades para el caso de incumplimiento legal, si de una situación de insolvencia societaria o de disolución obligatoria se trataba<sup>543</sup>.

Esta responsabilidad por culpa leve o levísima, a nuestro juicio, está directamente relacionada con el deber de diligencia del administrador, sin perjuicio que en algún caso pueda estarlo también con el deber de fidelidad. La pregunta que surge es, ¿existe una *lex artis* para la actividad del administrador social?

El ordenamiento jurídico, Código de Comercio y la Ley de Sociedades de Capital no exigen expresamente una titulación académica, conocimientos determinados, o concretas capacidades para ejercitar la profesión de empresario o de administrador de empresas. Sólo exige habitualidad en la actividad<sup>544</sup>.

Prades<sup>545</sup> enumera seis razones para exigir cualificación específica a la profesión de administrador social:

En primer lugar, porque al tener limitada la responsabilidad los socios de la sociedad de capital, sería deseable, que el administrador también tuviera esta limitación, cuando en

---

<sup>543</sup> PRENDES, P. (2012): “La responsabilidad civil de los administradores de sociedades capitalistas. Armonización con el sistema de responsabilidad concursal”, pp. 344-349. “El nuevo régimen de responsabilidad ha dado paso a la denominada *falta de gestión* como fuente de responsabilidad, frente a la negligencia grave que con anterioridad a la reforma de 1989 se exigía al respecto (...) En definitiva, puede decirse que se pone término a la cultura de la irresponsabilidad de los gestores de las sociedades capitalistas por los daños causados a la sociedad y, sobre todo a los terceros, con un plus de agravamiento cuando de situaciones de insolvencia o de disolución obligatoria se trata”.

<sup>544</sup> El criterio de habitualidad junto con otros son los que dotan de contenido a la cláusula general de diligencia. En GUERRA, G.coord. (2011): “La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital”, p. 58. Se pone de manifiesto como alguno sectores de la doctrina integran como criterios que conforman la noción de profesionalidad o de competencia profesional los siguientes: habitualidad, experiencia, especialización técnica, pericia o competencia propia de los empresarios. Utilizan la Sentencia de la AP de Pontevedra de 31 de julio de 2009 como apoyatura de su tesis. Por cuanto en ella el Tribunal indicaba, “en nuestro ordenamiento jurídico el canon de diligencia que se exige a los administradores en el ámbito de las sociedades capitalistas es una diligencia profesionalizada, que la doctrina científica califica como diligencia de medios y no diligencia de resultados”.

Pero se concluye negando que la profesionalidad y la experiencia puedan constituir requisitos legales para ser administrador, por cuanto el ordenamiento no exige poseer determinados conocimientos profesionales sobre la materia o una competencia de carácter técnico (SAP Pontevedra de 31 de julio de 2009). “La profesionalidad y experiencia no deben entenderse como elementos de valoración objetiva de la conducta de los administradores y ni como requisitos legales para ser administrador ya que no se exige para ser administrador poseer determinados conocimientos profesionales sobre la materia o una competencia de carácter técnico”. p. 58

<sup>545</sup> PRADES, D. (2011): “la responsabilidad del gestor...”, op. cit., p. 108

ausencia de patrimonio social suficiente para indemnizar los daños producidos a terceros, éstos se podrían haber evitado con un ejercicio del cargo responsable.

En segundo lugar, porque el administrador no está gestionando bienes propios sino los de terceros que le han contratado. A nuestro juicio, esta contratación de los servicios de gestión es poco frecuente en las empresas pequeñas y medianas. Sin embargo, sostenemos que en este caso aunque el administrador gestione bienes propios y, en algunos casos incluso de socios minoritarios, también debe desplegar una actuación profesional puesto que en caso contrario traslada un riesgo excesivo a otros terceros, en este caso, a los acreedores.

En tercer lugar, continúa el autor, porque esta exigencia eliminaría del mercado prácticas perniciosas como la figura del testaferro o del administrador de hecho.

En relación al cuarto punto, porque si cabe imponer requisitos para conceder la autorización para realizar actividades peligrosas, precisamente para evitar perjuicios a terceros, parece lógico que se impongan a quien puede hacer peligrar el patrimonio de esos terceros desempeñando funciones para las que no ha obtenido cualificación. En este punto, el autor se refiere, nos parece, esencialmente a los socios que le han contratado. Opinamos, que en cualquier caso, estos tienen una responsabilidad por contratación. Aún cuando estamos de acuerdo con esta protección del ordenamiento jurídico al patrimonio de la propiedad nos parece muy razonable que se extienda en relación con los acreedores.

En quinto lugar, manifiesta el autor porque encuentra antecedentes, como la exigencia de un letrado asesor de los consejos de administración en las sociedades de mayor volumen patrimonial.

Y finalmente, porque el ejercicio de la función gestora requiere, en su opinión, del aprendizaje previo de técnicas concretas, habilidades, capacidades y destrezas propias de la profesión, de la existencia de la *lex artis* propia.

Sin embargo, parece que esta exigencia está implícitamente recogida en las Leyes que lo conforman, a pesar de que la ausencia de concreción en la redacción ocasiona no pocos problemas de interpretación y provoca no pocos debates encendidos así como una indudable inseguridad jurídica por vía de interpretación judicial<sup>546</sup>.

Y desde luego, muchos encuentran que la intención del legislador ha sido reconocer que la administración de sociedades exige un comportamiento profesional.

En esta misma línea de intención legislativa para requerir una capacitación profesional y unos conocimientos acordes con sus funciones se hace eco Díaz de las palabras emitidas en los debates que se mantuvieron en el Congreso y en concreto se hace eco de la alocución de Berenguer, para quien “el administrador no es un señor que circula por la

---

<sup>546</sup> En relación a esta materia observamos como en el texto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2014 examinando un recurso de casación ninguno de los Tribunales anteriores ni él mismo, cuestionan suficientemente el hecho de no calificar como negligente la conducta de unos administradores de una concursada que tuvieron que esperar a la emisión del informe de auditoría para conocer la situación económica de la empresa justificándolo por el tamaño de la misma, lo que a nuestro juicio, no tiene justificación. En efecto, ésta información es relevante y necesaria para poder gestionar la empresa con rigor y profesionalidad y, por ello, es responsabilidad de los administradores.

calle sin ninguna otra responsabilidad y que incurre en una culpa por descuido, el administrador tiene obligaciones profesionales en la sociedad y, en consecuencia, una de las más importantes innovaciones de este proyecto de Ley es introducir el concepto de negligencia profesional, y exigir responsabilidades a los administradores que incurran en dicha responsabilidad, sea por activa o por pasiva, es decir, sea por acción u omisión. Estamos convencidos en que esto, lejos de producir como efecto lo que se manifiesta en determinado momento de que nadie iba a querer ser administrador de las sociedades anónimas, va a ser al revés, porque lo que se va a producir es una profesionalización de los administradores de las sociedades anónimas, lo que redundará, sin lugar a dudas, en beneficio de las empresas españolas”<sup>547</sup>.

Nosotros proponemos aplicar las consideraciones anteriores también a las Sociedades de Responsabilidad Limitada porque el ordenamiento así lo contempla, y en base a esa apreciación podemos decir que el beneficio redundará también en los intereses de los acreedores y, por tanto, en el tráfico empresarial y finalmente en el interés general.

Otra referencia importante acerca de la profesionalización de la actividad de administración de empresas la encontramos en Espinós<sup>548</sup> cuando mantiene que la Ley introduce dos parámetros de conducta diligente exigibles al administrador: la de ordenado empresario y la de representante leal. Para ambas se determinan grados superiores a los que se podría esperar de los que se entienden como “*reasonable men*” de la doctrina anglosajona o del “buen padre de familia” del art. 1104 del Código Civil, proveniente del originario “*pater familia*” romano. No obstante, existen diferencias entre ambos:

a) El parámetro de representante leal tiene, a nuestro juicio, más virtualidad cuando el administrador no resulta ser a su vez propietario de la empresa y, por ello, el ordenamiento debe tutelar el interés de los socios ajenos a la gestión. Tendrá más sentido en las sociedades abiertas o en las cerradas cuando se refiere a los socios minoritarios.

b) Sin embargo, el parámetro de “ordenado empresario” mantiene una estrecha relación con la competencia profesional. Así lo han entendido algunos tribunales en sus sentencias, entre ellas, la Sentencia de la AP de Valencia de 12 de abril de 2000, que define al ordenado empresario como “aquella capacitación profesional que exige una preparación técnica y dedicación, constituyendo un acto negligente la mera aceptación del cargo sin tener capacidad profesional adecuada”<sup>549</sup>. También la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2013 alude, si bien más indirectamente, a la profesionalización y al parámetro de “ordenado empresario” que debe presidir la conducta del administrador societario e indica que no elaborar presupuestos y previsiones de gastos e ingresos no se corresponde con ella<sup>550</sup>.

---

<sup>547</sup> DÍAZ, J. L. (2004): “Deberes y responsabilidades de los administradores de sociedades de capital conforme a la ley 26/2003 de 17 de julio”, p. 108. Así transcribe las palabras pronunciadas al respecto por el representante socialista, Sr. Berenguer Fuste en la sesión de la Comisión de Justicia e Interior celebrada el 14 de marzo de 1989 al proponer la redacción del art. 79 que resultó definitivo.

<sup>548</sup> ESPINÓS, A. (2005): “La responsabilidad civil en las sociedades mercantiles”, pp. 38-40

<sup>549</sup> Vid POLO en ESPINÓS, A. (2005), p. 38

<sup>550</sup> Establece la Sentencia, “dada la significación que en las sociedades cumple el presupuesto, como previsión de ingresos y gastos para un tiempo determinado, el que los administradores prescindan de tal previsión (...) da vida al supuesto descrito en la norma del apartado 1 del artículo 164 de la Ley 22/2003, de 9 de julio”.

Aunque debemos reconocer que esta manifestación sobre necesidad de profesionalizar la actividad del administrador es mucho menos nítida en otros autores<sup>551</sup>. Por otra parte tampoco existen protocolos técnicos, como sucede en otras profesiones (médicos, abogados, auditores), que faciliten un examen posterior y permitan al juez valorar si ha habido una conducta diligente o no apoyándose sin una elevada complejidad en la pericia de los técnicos nombrados.

A pesar de ello, no se puede desconocer que existen suficientes conocimientos para determinar cuándo la administración de una sociedad se ha mantenido dentro de los parámetros de la gestión adecuada. Sin perjuicio de reconocer que ante una situación concreta una empresa pueda tener distintas alternativas de elección y que el resultado de cualquiera de ellas no es nunca cierto sino que se asocia a una probabilidad, será posible determinar si la decisión fue o no razonable, si se actuó o no diligentemente en su aprobación<sup>552</sup>.

El Instituto de Consejeros y Administradores dispone desde 2004 de un programa formativo, en colaboración con otras organizaciones similares de Reino Unido, por el que se oferta una formación conducente a la certificación ICA que consta de cuatro cursos para el estudio de las siguientes materias:

-Funciones del Consejo y del consejero.

-El Consejero y la Ley.

---

A nuestro juicio, la elaboración y utilización de documentos previsionales que solicita el alto Tribunal, apunta a la exigencia de profesionalización por cuanto no se puede efectuar previsiones útiles si previamente no se tiene un profundo conocimiento de la realidad de la empresa, de su entorno y del futuro próximo.

<sup>551</sup> RIBAS, V. (2012): “Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital”, pp. 88-89. En primer lugar únicamente considera el deber de diligencia, como plasmación legal del deber general de cuidado dentro de los deberes de fidelidad. Y en este contexto considera que el deber de cuidado tiene como contenido: el deber de actuación, es decir, prestar interés suficiente al desarrollo de su actividad y el deber de profesionalidad. En cuanto a éste último, para el autor el administrador no está sujeto al cumplimiento de requisitos generales que comportan la exigencia de una cualificación profesional que demande disponer de conocimientos técnicos y experiencia en la concreta actividad empresarial. Esta regla encuentra su excepción en algunos sectores regulados.

Pero matiza, “a pesar de que el ejercicio del cargo de administrador, por lo general, no requiere de una cualificación profesional, el administrador está sujeto a determinadas obligaciones que traen consigo un deber de comportarse con la competencia y profesionalidad necesaria para el cumplimiento de sus tareas. Dicho en otros términos, las exigencias propias de un administrador que cumple sus funciones con diligencia no son las de un hombre medio (...) Con todo al administrador no le es exigible tener una titulación profesional que le capacite para el desempeño del cargo. El conocimiento técnico especializado, científico o no, cuando sea necesario puede obtenerse a través de las prestaciones de servicios por terceras personas que auxilien a los administradores”.

A nuestro juicio, de acuerdo con esta información el administrador será responsable de realizar sus funciones con la profesionalidad, (conocimiento, experiencia y dedicación), adecuada. Desde esta perspectiva, o bien los tiene, o bien contrata a terceros que los dispongan.

<sup>552</sup> A este respecto el Instituto de Consejeros y Administradores de España tiene, entre otras funciones, la profesionalización de éstos y colabora con otras instituciones europeas dedicadas a la misma misión desde hace mucho tiempo. En este sentido, CORELLA, A. (2004): “Los administradores vuelven a las aulas” Artículo publicado en Cinco Días señala como los socios del instituto consideran que la promoción de la formación es fundamental para lograr la profesionalización de la función de consejeros: la profesionalización del consejo se ha convertido en un asunto relevante, en la medida que el buen gobierno corporativo requiere consejeros y administradores conscientes de sus responsabilidades.

-Finanzas para consejeros no financieros.

-El Consejo y la Estrategia.

Digamos, por tanto, que a partir de 1990, consecuencia del cambio de legislación, y en años posteriores, consecuencia de los desmanes acontecidos, han surgido dos visiones de la realidad bastantes diferenciadas: por una parte, los que opinan que hay que poner coto a la gestión de empresas sin conocimiento alguno de la misma porque eso crea importantes perjuicios a la propia sociedad y a los intereses generales. Por otra parte, los que creen que la gestión empresarial es una suerte de arte en la que no existen unos conocimientos consolidados que garanticen los resultados, entienden también que el acotamiento de esta actividad iría en contra de la esencia empresarial que es la innovación y asunción de riesgos. En verdad, estos dos elementos son característicos de la esencia empresarial pero de ésta también forman parte la evaluación, la planificación y la implementación.

Cierto es que de esta manera no se asegura el éxito, no puede asegurarse dada la multitud de variables que influyen en una economía globalizada, pero lo que sí puede garantizarse es que se mitigará el riesgo y sobre todo el impacto negativo de su materialización. En caso contrario, estaríamos abogando porque las empresas funcionaran al azar con las inmensas repercusiones que esto tendría para su sostenimiento y competitividad y que minaría finalmente el bienestar general.

No muy diferente de esta idea parece que se posicionan algunas reformas del legislador en su redacción normativa cuando alude al “ordenado empresario”, lo que, para algunos autores, está llevando a una creciente profesionalización en España y también en otros países como en los anglosajones. En estos últimos se ha planteado la necesidad de que los administradores societarios adquieran y demuestren unos conocimientos mediante la realización de formación específica. Esta formación les habilitará para ejercer sus funciones y se acreditarán a través de un título profesional.

Alguna iniciativa ya se ha traspasado al Derecho continental mediante los Códigos de conducta. En España como significativos están el Código Olivencia y el informe Aldama dirigidos a las empresas cotizadas.

Y al hilo de sus recomendaciones, ya existe en nuestro país oferta de formación para los administradores al objeto de que “los consejeros sean efectivamente profesionales con conocimientos en materias tales como su propio régimen legal de funciones y responsabilidades, auditoría de cuentas, finanzas y dirección estratégica del negocio”<sup>553</sup>.

Un problema añadido es que la tarea del administrador societario obliga a la toma de decisiones empresariales, pero éstas están afectadas por multitud de variables y por un alto grado de incertidumbre, “como consecuencia de ello hay que ser extremadamente cautelosos para no exigir a los administradores responsabilidad por los daños que causen al patrimonio social sus decisiones”<sup>554</sup>. Añadimos nosotros, siempre que éstas se

---

<sup>553</sup> Vid, RODRÍGUEZ, D.; HUERTA, M. I. (2008): “La responsabilidad de los administradores por las deudas...”, op. cit., pp. 400 y ss para ampliación de esta materia.

<sup>554</sup> Vid ORIOL, J. (2011): “Los deberes y la responsabilidad de los administradores” en “La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles”, pp. 26-30



ajusten a la Ley, estatutos, etc. Y dentro de la primera, a una actuación diligente como un ordenado empresario.

Como decíamos, la doctrina mantiene un encontrado debate en relación a esta profesionalidad. Las posiciones son contrapuestas entre los diferentes autores. Por una parte están los que sostienen el carácter profesional de la figura del administrador; y por otra, los que niegan tal circunstancia o la circunscriben al cumplimiento legal y estatutario pero nunca al ámbito de la gestión empresarial y por ello prescriben un nivel laxo de exigencia de responsabilidad por las decisiones empresariales.

Como un exponente de la primera idea merece traerse a colación, entre otros, a Ferrán<sup>555</sup>. Considera que con las reformas de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 y la Ley de Responsabilidad Limitada de 1995 el legislador exige un administrador adecuado a la actividad de la empresa, es decir, profesionaliza la actividad del administrador societario. Y, consecuentemente, el legislador entiende que debe ser un conocedor de la actividad que desarrolla la empresa, es decir, conducirse como un ordenado empresario y, por ende, especialista en la actividad en que se desarrolla la actividad social<sup>556</sup>.

El Derecho societario ha venido incrementando el nivel en cuanto a exigencia de responsabilidad por la actuación del administrador. Ya no es necesario acreditar negligencia grave, y muchos autores entienden que en algunos supuestos cabe hablar de responsabilidad objetiva<sup>557</sup> y, por tanto, sin exigencia de nexo causal entre la acción u omisión y el daño sufrido.

Sin embargo los tribunales, junto con parte de la doctrina<sup>558</sup>, son reacios a enjuiciar las acciones u omisiones que despliegan las conductas del administrador societario con objeto de la gestión que tiene encomendada.

Lo son, entre otros motivos, porque la actividad empresarial tiene un riesgo inherente que no se puede eliminar; porque es difícil enjuiciar, de forma justa, decisiones tomadas en otros contextos y en base a estimaciones y porque las consecuencias no corresponderán a una única causa sino a un conjunto de ellas. Por tanto, no es posible aislarlas, lo que hace necesario un determinado nivel de discrecionalidad, que no arbitrariedad, de las decisiones empresariales. Y finalmente lo son porque muchos problemas empresariales no tienen solución única, dependerá de la posición económico-

---

<sup>555</sup> FERRÁN, J. (2004): “La responsabilidad de los administradores en la administración societaria”, p. 30

<sup>556</sup> FERRÁN, J. (2004): “La responsabilidad de los administradores...”, op. cit., p. 32. El autor sostiene, “por mi parte estimo que el administrador societario debe ser un especialista, es decir, un perito en la actividad de la empresa en la que ejerce su cargo, si bien esta especialización se puede conseguir con la ayuda de colaboradores que auxilien al administrador en su labor profesional” y finaliza preguntándose respecto a la afirmación de Valentín Cortés Domínguez (revista gen, *legis*, y jurisprudencia, 1999) que, en definitiva ser un buen administrador requiere tener los conocimientos necesarios mínimos para decidir en cada caso qué es lo que se debe hacer, “¿es que se puede saber en cada caso lo que hay que hacer, sin ser especialista en la materia?”.

Exigencia de actividad profesional también para IRIBARREN, M. (2005): “El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital”, p. 107

<sup>557</sup> SIERRA, I. (2008): “Tratado de responsabilidad civil”, p. 128. el coautor de esta obra, YÁGÜEZ, A. en relación a la responsabilidad objetiva la enmarca en la aparición de nuevas leyes orientadas a resarcir a quien soporta el daño con independencia de si ha habido culpa o no por parte del agente.

<sup>558</sup> Véase a PAZ-ARES, entre otros que se analiza en otros epígrafes de este trabajo.

financiera de la empresa, de su situación interna, del entorno, de las características de los propietarios, de los administradores, etc. Lo que sí puede ser enjuiciado es si en presencia de una crisis societaria (insolvencia), que termina en liquidación y, por tanto, sin satisfacer las obligaciones contraídas, el administrador efectuó su gestión con la diligencia exigible, por ejemplo, durante los doce meses previos a la aparición de ésta<sup>559</sup>.

Pero no podemos desconocer que una parte sustancial de los administradores sociales no actúan con la diligencia de un ordenado empresario, y cuando esta conducta infringe una perjuicio a terceros acreedores, desde nuestro punto de vista, merece la pena realizar un esfuerzo juzgador de la culpa en la actividad, por acción u omisión y, en consecuencia, un esfuerzo de imputación. Si el administrador utiliza los beneficios que el legislador le ofrece para limitar el riesgo patrimonial, nos referimos en especial a las empresas donde coincide la figura propietario/mayoritario/administrador, que asume con su actividad empresarial, cuando menos debe desplegar un comportamiento diligente, profesional, en la actividad jurídicamente amparada<sup>560</sup>.

---

<sup>559</sup> SÁNCHEZ-CALERO (2011): “Sobre la diligencia de los administradores”, a su juicio cuando se trata de enjuiciar el grado de diligencia desplegado por un administrador societario en el desarrollo de sus funciones o en la toma de sus decisiones, el juez tendrá que realizar una valoración jurídica pero, además, tendrá que recurrir y apoyarse en criterios metajurídicos o económicos a la hora de la valoración en cada caso y, como consecuencia de la variedad de materias y de contenidos de los acuerdos, su análisis jurídico, entiende, reclama un examen de tales decisiones aplicando lo que son criterios de gestión conforme a las teorías generales de la administración de empresas a las ciencias financieras comparando con lo que han podido hacer otras empresas de idéntica dimensión y actividad que la implicada. En definitiva, “medir la diligencia de los administradores es algo que resulta difícil y que explica que el legislador no pueda ir más allá de lo que ha hecho a la hora de establecer una serie de criterios generales poco precisos, como punto de partida para la aplicación jurisprudencial de la norma”.

En el citado artículo Sánchez-Calero trae a colación a la empresa Apple que tenía una elevada cantidad de tesorería por lo que algunos accionistas consideraban que era excesiva para los intereses y rentabilidad de los socios proponiendo entonces reparto de dividendos y mayor endeudamiento empresarial. Frente a los administradores que deseaban crecimiento empresarial autofinanciado.

Desde nuestra perspectiva, cualquiera de las dos soluciones planteadas, endeudamiento *versus* autofinanciación puede ser razonable y la diligencia de los administradores quedaría a salvo documentando la decisión de disponer de una elevada tesorería en base a proyectos futuros de crecimiento que se puedan estar valorando y justificado por la independencia, menor riesgo y otras ventajas que aporta este sistema de financiación frente a los alternativos. Justificando también la colocación transitoria de los fondos en productos con liquidez suficiente y bajo nivel de riesgo. Como decimos, ésta puede ser una forma de demostrar diligencia de gestión (conocimientos técnicos, información, decisión razonada), sin perjuicio de que otros administradores hubieran adoptado decisiones diferentes ante iguales circunstancias.

<sup>560</sup> MARTÍ, J. (2005) “El ejercicio de la acción de responsabilidad del administrador societario”, desde el punto de vista del autor, los juzgados de lo mercantil van a tener que enjuiciar y resolver las acciones de responsabilidad atendiendo a los criterios mercantiles y de derecho societario aplicables mejorando los criterios jurisprudenciales de las Sentencias del Tribunal Supremo en el orden civil hasta ahora dictadas.

“Nos encontramos con que este “tercer estadio” en la exigencia de diligencia del administrador societario coincide con el primero que deben aplicar los juzgados de lo mercantil, por lo que estamos ante una ocasión inmejorable para asentar una doctrina propia en la exigencia de celo y profesionalidad mercantil y empresarial en la conducta de los administradores que sirva de una vez por todas para eliminar de nuestra conciencia popular el criterio que el velo societario sirve de muro infranqueable ante el que nada se puede hacer por parte del accionista, acreedor o tercero que sufre un resultado dañoso.

Es una oportunidad única, pues, de conseguir un logro jurisprudencial similar al de la doctrina del “levantamiento del velo” de la STS de 28 de mayo de 1984 que recogió por primera vez en nuestro ordenamiento la expresión “levantamiento del velo”. Intentemos, pues, y con ello incluyo a los jueces de lo mercantil, implantar ahora la expresión “diligente actuación del administrador” como la forma normal de desempeñar el cargo de mayor responsabilidad societaria.”

## 6-RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR SOCIETARIO

### 6.1 El concepto de sociedad y la naturaleza de la relación con el administrador social

En relación a la noción jurídica de sociedad, dos son las corrientes principales que encontramos: la contractualista para la que la sociedad es un conjunto de contratos el primero de ellos tiene lugar entre los socios que aportan un capital para financiar una actividad empresarial y posteriormente otros en el marco de la actividad, y la institucional para la que la sociedad es una entidad independiente de los socios con un interés autónomo y superior<sup>561</sup>. Asimismo, recientemente habría aparecido otra que se corresponde con la figura empresario-emprendedor que pone en marcha el proyecto de empresa al detectar oportunidades de negocio y/ o como alternativa laboral en coyunturas de crisis<sup>562</sup>.

Por otra parte, en referencia a la naturaleza de la relación que une a los administradores con la sociedad, de la que posteriormente derivará la norma de conducta que ha de presidir el ejercicio de las funciones de éstos y consecuentemente la responsabilidad por las desviaciones acontecidas, la doctrina más amplia atribuye dos tipos de relaciones. Por una parte, un origen contractual entre el administrador y la sociedad pero por otra un carácter orgánico en el ejercicio de sus funciones al que muchos autores le atribuyen un deber de fiducia<sup>563</sup>. Por tanto de acuerdo a este criterio, la posición del administrador tiene un carácter funcional, orgánico y fiduciario. Y en relación a estas tres dimensiones hay que enmarcar los deberes del órgano de administración, estableciendo un correcto equilibrio entre el necesario nivel de discrecionalidad que exige la toma de decisiones empresariales en cada momento y la exigencia de responsabilidad por el incumplimiento o cumplimiento deficiente de sus funciones<sup>564</sup>.

En los sistemas de *Common Law* utilizan la “Regla del buen juicio empresarial” para determinar en qué casos el juez puede entrar a valorar *ex post* una decisión empresarial tomada en otro tiempo y circunstancias a los que corresponde en el momento de enjuiciarla, y en este sentido establecen un perímetro de seguridad o zona de seguridad dentro de la cual el juez no puede entrar a valorarla. La zona viene limitada por el deber de información diligente como instrumento para presuponer una gestión y unas decisiones razonables.

---

No podemos estar más de acuerdo con el planteamiento que Martí hace en su artículo.

<sup>561</sup> PRADES, D. (2011): “La responsabilidad del gestor...”, op. cit., pp. 100-101. Sitúa el autor la base de las tesis contractualistas en el carácter de mandatario que se le asignaba al administrador social y en este sentido, lo sitúa en el artículo 31 del Código de Comercio francés de 1807, en el artículo 265.3 del Código de Comercio español de 1829, que pasó posteriormente a los artículos 122 y 156 del Código de Comercio de 1885. La tesis institucionalista comenzaría con la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 donde expresamente se atribuye a la administración el carácter de órgano de la sociedad.

<sup>562</sup> CASANOVA, M. J. (2012): “La fundamentación de los fiduciary duties de los administradores sociales y sus consecuencias en la acción de responsabilidad”, pp. 19 -28 y ss

<sup>563</sup> Vid HERNANDO, L. (2009): “El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales. (La regla del buen juicio empresarial)”, pp. 23 y ss

<sup>564</sup> Para HERNANDO, L. (2009), pp. 23 y ss. “En este difícil equilibrio, que dentro de la literatura angloamericana se traduce en el dilema entre la authority- accountancy, se han de enmarcar los deberes de los administradores”.

## **6.2 Evolución histórica de la relación administrador/sociedad en el ordenamiento español y los deberes impuestos**

El art 156 del Código de Comercio de 1885 establecía que “los administradores de las compañías anónimas son sus mandatarios”. Por tanto, su comportamiento se remitía a las reglas del mandato del Código Civil (art. 1.714 y 1.719) en el que el modelo de conducta establecido por el legislador corresponde al de “un buen padre de familia”<sup>565</sup>.

En la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 se producen dos variaciones relevantes: se ahonda en la especialización mercantil modificándose el modelo de conducta desde el “buen padre de familia” al “ordenado comerciante y representante” elevando, por tanto la profesionalización del cargo y se establece un deber genérico de diligencia en el que se encuadra un deber de lealtad en la representación orgánica que funcionalmente le corresponde. Sin embargo, esta especialización técnica del cargo no lleva aparejada una mayor diligencia exigible en la responsabilidad por su desempeño<sup>566</sup>.

La Ley de Sociedades Anónimas de 1951 establece la nueva concepción orgánica de la administración social lo que supone un avance sustancial en el desarrollo de la responsabilidad principalmente en cinco puntos<sup>567</sup>: la diligencia propia con la que los gestores debían actuar en el ejercicio de su cargo, el nivel de culpa generador de responsabilidad, el incremento de sujetos legitimados para ejercitar la acción contra los administradores, la clase de responsabilidad cuando el órgano fuera colegiado y el daño directo a los socios o a terceros<sup>568</sup>.

---

<sup>565</sup> En este sentido HERNANDO, L. (2009), p. 32. ÁLVAREZ, J. A. (1997): “El mandato y la comisión mercantil”, trata en profundidad la figura jurídica de mandato.

<sup>566</sup> Vid HERNANDO, L. (2009), p. 33. En el mismo sentido, vid CASANOVA, M.J. (2012): “La fundamentación...”, op. cit., p. 72

<sup>567</sup> VILLANUEVA, B. A. (2013): “El ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima”, p. 39

<sup>568</sup> Vid VILLANUEVA; B. A. (2013), pp. 39-40. En referencia a la diligencia, considera que abandonada la tesis del mandato y por tanto la diligencia del buen padre de familia, el artículo 79 Ley de Sociedades Anónimas de 1951 acogió la fórmula prevista en el artículo 144 del Código de Comercio de 1885 referida a la responsabilidad de los socios de la compañía colectiva. Bajo la LSA de 1951, el administrador debía comportarse como un ordenado empresario y representante leal. “El primer criterio era confuso pues los administradores no eran comerciantes, lo era la sociedad. Pero debido a su gran poder en la sociedad podía afirmarse que actuaban como gestores de un negocio. Por otra parte, al gestionar intereses ajenos y no propios, la LSA de 1951 les impuso un especial deber: la lealtad al interés social. En todo caso, la conducta exigible era difícil de objetivar, pues la LSA de 1951 se aplicaba a muy distintos tipos de sociedades y por ello el legislador optó por fórmulas amplias. La labor de los jueces consistía en adaptar aquellas máximas a las circunstancias concretas de cada sociedad. En cualquier caso, la mayor exigencia exigida por la norma tendría como consecuencia una mayor profesionalización de los gestores, lo que repercutió en la disgregación entre la condición de accionista y administrador”.

Y en referencia al nivel de culpa generador de responsabilidad, establece como el artículo 79 de la LSA de 1951 declaraba que los administradores respondían por “malicia, abuso de facultades o negligencia grave”. Estima, en cierto modo, que era contradictoria la exigencia de una diligencia propia al administrador y sólo sancionar los niveles más graves de culpa.

Al respecto, desde nuestro punto de vista, esta contradicción se manifiesta actualmente para el nivel de diligencia exigible del “ordenado empresario”. Junto al nivel de simple culpa exigible en la Ley de Sociedades de Capital se produce la elevación de nivel a culpa grave de la Ley Concursal, máxime cuando además la empresa se encuentra en una situación de insolvencia y por tanto no puede satisfacer la totalidad de las obligaciones contraídas.

Para Díaz<sup>569</sup> el art. 79 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 abandona la referencia al mandato cuando configura el papel del administrador y, de esta manera, ya no resulta aplicable el modelo de diligencia del “buen padre de familia” que el Código civil señala para el mandatario. Y pasa a concretar un modelo de diligencia de “ordenado empresario” con el que los administradores desempeñarán su cargo.

Pero cree detectar una contradicción o, al menos, una vuelta atrás hacia la figura del mandatario cuando el Derecho societario exige que el administrador social actúe como un “representante leal”<sup>570</sup>. Y así, siguiendo a Polo<sup>571</sup> éste considera “mientras la referencia al ordenado empresario nos sitúa sin duda en el campo del ejercicio del comercio y su competencia profesional, la referencia al representante leal nos traslada de nuevo al campo del mandato mercantil contenido en el art. 255 del Código de Comercio que obliga a cuidar del negocio como propio”<sup>572</sup>.

Esta doble característica vendrá a incrementar la dificultad de la materia relativa a la responsabilidad de los administradores.

En el Texto Refundido de 1989, el legislador reduce el nivel de conducta exigible a la diligencia propia del cargo como ordenado empresario y representante leal, con ello impone una responsabilidad por daños basada en la culpa y negligencia simples<sup>573</sup>.

---

En el mismo sentido Vid, GUERRA, G.: (2011): “La responsabilidad de los administradores...”, coord. p. 53 y VALENZUELA, J. (2007): “La responsabilidad de los administradores en la disolución y el concurso de las sociedades capitalistas”, p. 26.

<sup>569</sup> DÍAZ, J. L. (1995): “La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima”, pp. 66-61 y 240-241.

<sup>570</sup> En el mismo sentido de esta doble consideración por una parte abandono de la figura de mandatario por cuanto la Ley considera que debe actuar como un “ordenado empresario”, pero por otro lado vuelve a considerarla por cuanto le exige actuar como un “representante leal” se posiciona la mayor parte de la doctrina, entre otros, MARTÍNEZ-CALCERRADA, L. (2004): “La responsabilidad civil: de los informáticos, auditores de cuentas,, periodistas, arquitectos, peritos, médicos, peritos-médicos, y peritos judiciales en general, administradores/ consejeros de las sociedades mercantiles y de los abogados”, pp. 377-378. En su opinión el órgano es totalmente incardinado dentro del ente social. La organización funciona por mano del consejero y, por este motivo, las consecuencias son diferentes de cuando era considerado un mandatario. Ahora lo que hace el consejero/administrador es atribuible a la sociedad, y la sociedad no podrá quedar al margen en el caso de que un consejero incurra en responsabilidad, pues es la misma sociedad la que está actuando. Es la tesis que parece ser más encaja con la LSA, “Sin embargo, en un tema tan importante como cuando contempla una de las causas determinantes de la responsabilidad, sanciona la de no haber actuado con la diligencia debida en su actuación requerida en su artículo 127, que expresa, que los administradores o consejeros, ejercerán su cargo con la diligencia de un ordenado comerciante, y un representante leal; ¿saben los mercantilistas lo que se ha querido decir con esto?; porque, sin más, al contemplar al consejero/ administrador, como representante de la sociedad, es todavía una posición más alejada del ente, como sería la del mandatario, y considerarlo como tal órgano, sin embargo, aquí han cometido un desliz, de confundirlo con un representante leal”.

<sup>571</sup> POLO, E. (1992): “Comentario al Régimen legal de las sociedades mercantiles”, T. IV Cívitas p. 131 en DÍAZ, J. L. (1995): “La responsabilidad civil de los administradores...”, op. cit., p. 240.

<sup>572</sup> DÍAZ, J. L. (1995), p. 248. Sigue nuevamente a POLO en la obra citada e indica que al administrador se le exige además una competencia más acorde con su función, “más aún como señala POLO, ahora que, eliminada del art. 133 la necesidad de negligencia grave que exigía la legislación anterior para que surja la responsabilidad, el administrador va a responder de las llamadas faltas de gestión. Esta competencia se exige a todos los administradores de sociedades anónimas, sean cuales fueran las características de éstas, pero el nivel de exigencia difiere de unas a otras, de unos consejos de administración a otros”. pp. 248-249

<sup>573</sup> HERNANDO, L. (2009): “El deber de diligente administración...”, op. cit., p. 35. “De este modo el administrador pierde autoridad y se somete a mayor control judicial. Su máxima expresión es la

Posteriormente se aprueba la Ley de Transparencia en la que se establecen de forma separada los deberes de los administradores como deber de diligencia, fidelidad, lealtad y secreto y se incorpora el deber de información<sup>574</sup>.

### **6.3 Los deberes del administrador societario**

El Derecho de Sociedades establece unas normas de conducta que integran unas pautas de comportamiento y anudados a ellas unos deberes de quienes administran la sociedades de capital. Estas normas de conducta están orientadas a la consecución del interés social a la vez que deben respetar y cumplir las obligaciones contraídas con terceros en el desarrollo de la actividad.

El Derecho de Sociedades ejerce una función reguladora y equilibradora tanto de los distintos intereses que se pueden presentar entre las diferentes partes (intrasocietarias) configuradoras de la sociedad, cómo entre éstas y los intereses de terceros (extrasocietarios).

Dentro de los primeros preocupa, especialmente, cómo conseguir que en las relaciones basadas en la confianza, el sujeto (fiduciario, agente o administrador), realice lo que es mejor para el otro, (beneficiario, principal, o sociedad)<sup>575</sup>.

A este respecto, en la *Common Law*, ha sido el desarrollo jurisprudencial el que ha dado tratamiento a la cuestión.

El ordenamiento jurídico fija en el estatuto jurídico del administrador los deberes de diligencia, fidelidad, lealtad, secreto y de información<sup>576</sup>.

---

atribución de una responsabilidad objetiva ante la falta de instancia de disolución empresarial según art 265”.

En el mismo sentido VILLANUEVA, B.A. (2013): “El ejercicio de la acción social...”, op. cit., p. 46. Pone de relieve como frente al criterio protector del órgano de administración recogido por la LSA de 1951, la nueva LSA de 1989 aumentó los supuestos generadores de responsabilidad, lo cual implicaba la exigencia de una diligencia superior. Aunque en su opinión, no se definía de forma clara cuál era el parámetro con que debía valorarse aquella diligencia. Y hubo que esperar para ello a la aprobación de la Ley 26/2003 de 17 de julio, que buscando reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas, dio carta de naturaleza a los deberes inherentes al cargo del administrador de la sociedad anónima.

Vemos como este parámetro no puede servir de referencia en modo alguno para establecer la responsabilidad civil de los administradores de sociedades cerradas, puesto que no padecen las patologías que la Ley pretende prevenir, y contrariamente padecen patologías propias que no afectan, o al menos no principalmente, al ámbito de las sociedades abiertas.

<sup>574</sup> Sin embargo para HERNANDO, L. (2009): “El deber de diligente administración...”, op. cit., pp. 36 y ss. No se definen las conductas en las que se traducen los deberes generales, en especial el de la diligencia exigible. “Se conforma así un sistema etéreo de deberes y responsabilidades”.

<sup>575</sup> ORIOL, J. (2011): “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”, p. 25. Indica que el deber fiduciario de los administradores de las sociedades se refiere al deber de fidelidad que ha de atender en el desempeño de sus funciones frente a la sociedad y que consiste en anteponer, en todas las circunstancias, el interés de la organización al suyo propio.

<sup>576</sup> CASANOVA, M. J. (2012): “La fundamentación de los fiduciary...”, op. cit., p. 77. Indica cómo además de en el ordenamiento jurídico, los deberes de los administradores, especialmente los que tienen que ver más con las funciones empresariales que con las orgánicas jurídicas se definen en el marco del

La lealtad tiene su principal ámbito de actuación en la representación de la sociedad y la Ley establece criterios de conducta especialmente cuando se produce conflictos entre los intereses del administrador y de la sociedad y/o de los socios. Estos conflictos de intereses se producirán con mayor frecuencia cuando existe una separación entre la administración y la propiedad en las sociedades de capital, lo que implicaría una relación de agencia<sup>577</sup>. Problema especialmente presente en las sociedades de capital abiertas.

Por su parte, el deber de diligencia se manifiesta especialmente en el ámbito de la gestión empresarial<sup>578</sup>, de la racionalidad de las decisiones tomadas en cada momento a la luz de la información necesaria y utilizando las técnicas reconocidas por los profesionales de la gestión de empresas<sup>579</sup>. Asimismo, el deber de información, desde nuestro punto de vista, tiene un mayor carácter instrumental, en cuanto que su cumplimiento es condición necesaria para el cumplimiento del deber de diligencia. El deber de diligencia podría responder a dos aspectos: el esfuerzo dedicado a las funciones de administración y gestión y el grado de competencia profesional con el que éstas se realizan. Probablemente, en las empresas abiertas el primero de ellos generará problemas con mayor frecuencia y en las cerradas puesto que no se produce, con carácter general, una contratación de profesionales externa será el aspecto de la

---

*Corporate Governance*. Citando a BERLE, A. y MEANS, G. en “*the modern corporation and private property* (1933)”, sitúa el origen del movimiento de buen gobierno corporativo en el ámbito del Derecho Societario norteamericano en los primeros años del pasado siglo XX, como respuesta a la preocupación por los escándalos que protagonizaron los administradores de algunas sociedades cotizadas y las dificultades existentes para prevenir y controlar su actuación perjudicial provocada por la diseminación de la propiedad con pequeñas participaciones en el capital. Y, en referencia al desarrollo del Gobierno Corporativo español (*soft law*) estima su origen en el primer documento que publicó el Círculo de Empresarios en 1996 “una propuesta de normas para un mejor funcionamiento de los Consejos de Administración”, seguidos de los Informes Olivencia en 1998, Aldama en 2003 que derivaron en la aprobación de la Ley de Transparencia de 2003 que introdujo modificaciones en la Ley de Sociedades Anónimas y en la Ley de Mercado de Valores principalmente la regulación del concepto de interés social, de los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad. p. 142. Vid también el artículo de ACERO, I; ALCALDE, N. (2012): “Gobierno corporativo y rendición de cuentas: ¿existe algún efecto sobre la performance empresarial?”, pp. 143-178

<sup>577</sup> CASANOVA, M.J. (2012), p. 41

<sup>578</sup> RAMOS, I. (2006): “El estándar mercantil...”, op. cit., p. 213. Mantiene que la diligencia exigible a un administrador como encargado de la gestión de la empresa coincidirá con la que ha de exigirse a un empresario, atendiendo a que la diligencia de un ordenado empresario consistirá, en última instancia, en ser un adecuado administrador mercantil.

<sup>579</sup> VILLANUEVA, B. A. (2013): “El ejercicio de la acción social...”, op. cit., p. 78. Se hace eco de la corriente de la doctrina que opina que el grado de exigibilidad de cumplimiento de los deberes establecidos para los administradores no debe ser el mismo. La lealtad debe ser exigida con especial rigor por cuanto da respuesta al conflicto de intereses entre la sociedad y sus socios y el administrador. Sin embargo, la evaluación del deber de diligencia admite cotas superiores de flexibilidad, e incluso se habla de una política de indulgencia por la infracción de tal deber ya que la actividad gestora precisa de altos niveles de discrecionalidad. “Esta necesaria discrecionalidad en la toma de decisiones debe analizarse con cautela ya que no puede confundirse el riesgo de empresa que toda sociedad debe admitir con una administración negligente. Tan solo la segunda podría generar responsabilidad de los gestores”.

Un exponente principal de esta tesis es PAZ-ARES. Más adelante se profundizará en su planteamiento. Nosotros nos mostramos en este trabajo en desacuerdo con esta idea. Todos los deberes, en nuestra opinión deben ser exigibles con el mismo grado. Otra cosa es la determinación de los parámetros y criterios de valoración de conductas que deben ser aplicados y que para los distintos deberes serán diferentes. Vid entre otras publicaciones de PAZ-ARES, (2007): “Responsabilidad de los administradores y Gobierno Corporativo”

De hecho, el deber de lealtad desplegará su máxima virtualidad en las sociedades abiertas pero el deber de diligencia lo hará en las sociedades cerradas que cuantitativamente son las más numerosas.

capacitación el más preocupante. Y ello porque el problema de la profesionalización de los administradores se presenta fundamentalmente en sociedades de capitales pequeñas o medianas en las que el cargo de administrador recae en alguno de los principales socios o familiares. Son en ellas donde el capital social ejerce más como un elemento de limitación de la responsabilidad patrimonial de los empresarios que como un mecanismo de captación de capital ajeno para financiar el desarrollo de la actividad<sup>580</sup>, lo que ya hemos puesto de relieve en el epígrafe anterior.

En cuanto al nivel de diligencia que debe ser exigible para valorar el cumplimiento de los deberes de los administradores, comentado en las líneas anteriores, nos podemos preguntar, ¿qué interés tiene aplicar un elevado nivel de exigencia en cuanto al deber de fidelidad y lealtad respecto al interés social cuando los administradores son los propietarios de la empresa, circunstancia habitual en las sociedades cerradas?. ¿No tendría más sentido aplicar una exigibilidad severa en el deber de diligencia en cuanto a la actividad de gestión desarrollada, especialmente en sede concursal?. Ciertamente que hay que proteger la discrecionalidad inherente a la actividad de administración de las sociedades y que hay que proteger el ámbito de riesgo inherente a esta actividad, pero en ningún caso, creemos, debe admitirse la arbitrariedad o la no gestión. Además con los primeros (lealtad y fidelidad) se protege el interés de los propietarios pero con el deber de diligencia se protege también el de terceros<sup>581</sup>.

Casanova<sup>582</sup> expone cómo la jurisprudencia anglosajona identificó dos formas de incumplir las obligaciones derivadas de la relación de confianza (fiducia, agencia): la deslealtad y la negligencia. Pero así como la primera acarrearía un beneficio para el administrador a costa de perjudicar los intereses de los socios, en el caso de la negligencia sólo habría un perjuicio para la sociedad sin suponer a la vez un beneficio para él. Por este motivo proponía un nivel de diligencia exigible mínimo y un nivel de lealtad exigible máximo.

Por otra parte, la doctrina y jurisprudencia norteamericana han dado un paso más y han identificado la necesidad de modificar los deberes fiduciarios de los administradores desde los accionistas hasta los acreedores en situaciones de crisis empresarial.

Consideran algunos autores que en estados de insolvencia, procedimiento concursal iniciado en algunas opiniones o inminentes según otras, la posición más vulnerable

---

<sup>580</sup> BELTRÁN, E. (2011): "La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles", pp. 35 y ss, para quien la base fundamental de la exigencia de diligencia del administrador societario sería la protección de los terceros.

<sup>581</sup> También en los tribunales norteamericanos, al igual que acontece en España, se produce una escasa estimación de las pretensiones basadas en la infracción del deber de diligencia, salvo cuando ésta se funda en una infracción de contenido legal, y se produce una amplia estimación para pretensiones basadas en incumplimientos de deberes de lealtad, pero hay que tener en cuenta la distinta tipología de las empresas norteamericanas respecto de las españolas.

<sup>582</sup> CASANOVA, M.J. (2012): "La fundamentación de los fiduciary...", op. cit., pp. 252 y ss. "Posteriormente, el desarrollo de la teoría llevó a la imposición de deberes específicos derivados de los estándares generales. Así, del deber general de diligencia (relativo a los conflictos entre el interés social y el tiempo y esfuerzo dedicados por el administrador a la sociedad) surgió el deber de ejercer el cargo, el deber de informarse y el deber de imparcialidad; y del deber general de lealtad (dirigido a evitar los conflictos que supongan ventajas para el administrador o terceros en perjuicio del interés social) se desprendieron las prohibiciones de realizar transacciones con la sociedad, de explotar la posición de administrador, de aprovechar las oportunidades de negocios y de competir con la sociedad". Podemos observar que el problema de la capacitación profesional de los administradores ni se menciona.



corresponde a ellos y por este motivo son merecedores de una protección superior a la que se otorga en condiciones normales<sup>583</sup>.

El deber de fidelidad tiene su fundamento en el interés social identificado como el interés de la sociedad y orienta las decisiones en el medio y largo plazo. Pero además el interés social hay que realizarlo sin contravenir las Leyes, ni desatender los intereses y derechos de los terceros relacionados con la sociedad aparece aquí otro deber del administrador que integra los demás, el deber de buena fe<sup>584</sup>.

En definitiva unos deberes encuentran mayor acomodo en las exigencias normativas recogidas en la ley, estatutos y normativa interna (deberes organizativos o societarios), y otros en las decisiones empresariales (deberes socio empresariales) que resultan de la gestión. Para Hernando<sup>585</sup>, con carácter general “la regulación positiva se ocupa de los primeros. Los segundos se encuadran en el movimiento de *Corporate Governance* a través del desarrollo de los deberes de diligencia, fidelidad, y en menor medida de lealtad y secreto, y encuentran acomodo mediante la difusión de los llamados Códigos de Conducta.”

Estas diferencias de regulaciones, entre imperativas y recomendatorias, unidas a la dificultad de enjuiciar decisiones empresariales a *posteriori* pueden explicar la situación actual en esta materia.

Y al hilo de esta situación traemos a colación, con cierto grado de detalle, la posición del autor Paz-Ares<sup>586</sup> seguida por gran parte de la doctrina española y que desde el punto de vista de este trabajo, pretendemos matizar. En referencia a la responsabilidad de los administradores sociales, atribuye buena parte de los males al tratamiento unitario de esta responsabilidad que ha presidido la normativa y su interpretación. Así, detecta la necesidad de diferenciar el régimen de responsabilidad en función de la distinta naturaleza de los bienes objeto de infracción.

En base a estas consideraciones para Paz-Ares no cabe regular igual los “actos de gestión indebida” y los “actos de apropiación indebida”. Y a partir de aquí habría que distinguir entre el deber de cuidado (diligencia) y el deber de lealtad. El primero supone una inversión de recursos en términos de tiempo y dedicación necesarios a la vez que el despliegue de un “cierto nivel de pericia en la gestión o supervisión de la empresa a fin

---

<sup>583</sup> RECAMÁN, E. (2012): “responsabilidad de administradores de sociedades en crisis en EEUU (*Directors liability in a crisis context in american law*)”, al respecto indica que la insatisfacción por la postura tradicional de los deberes fiduciarios hacia los acreedores se materializa con el nacimiento de la *trust fund doctrine*. Y se estableció que la insolvencia era una circunstancia singular que justificaba la desviación del modelo tradicional debido a la especial situación de vulnerabilidad en que se sitúan los acreedores sociales.

<sup>584</sup> Para CASANOVA, M. J. (2012): “La fundamentación de los fiduciary...”, op. cit., p. 41 y ss. El legislador ha superado las dos tesis tradicionales, contractualista versus institucionalista, para los primeros el interés prioritario es la creación de valor para repartir entre los accionistas y para los institucionalistas es el interés público por su función de mercado, como centro de imputación en el que convergen numerosos intereses: trabajadores, acreedores, instituciones públicas.

<sup>585</sup> HERNANDO, L. (2009): “El deber de diligente administración...”, op. cit., p. 60. “Sin embargo, los códigos de conducta están dirigidos especialmente a las empresas abiertas o cotizadas”.

<sup>586</sup> PAZ-ARES, C. (2007): “Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo”, pp. 14-79

de maximizar la producción de valor”. Por el contrario, el deber de lealtad<sup>587</sup> consiste en anteponer los intereses de la sociedad a los suyos propios.

A partir de esta distinción, surge el criterio que, a juicio del autor, debería guiar la normativa de la materia. Configurando un modo de régimen de responsabilidad de los administradores ante infracciones del deber de lealtad más severo y, de modo más laxo, “indulgencia” dice él, ante infracciones del deber de diligencia.

Desde nuestro punto de vista, el autor se está posicionando en unos administradores que pertenecen a sociedades de cierto tamaño. Considera la existencia de separación entre socios y administradores y por ello pretende una tutela eficaz de los intereses de los primeros. Pero la Ley de Sociedades de Capital no diferencia entre sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada, o entre sociedades abiertas y sociedades cerradas a efectos de responsabilidad de los administradores aún cuando los problemas que se manifiestan pueden ser muy diferentes.

Así en las sociedades cerradas, como venimos sosteniendo, no es frecuente la aparición de conflicto de intereses entre los administradores y los socios, si acaso con los minoritarios, y por ello el deber de lealtad pierde parte de su virtualidad. Por el contrario, el problema de diligencia en términos, quizás, no subjetivos de esfuerzo pero sí objetivos de pericia, suele manifestarse con demasiada habitualidad.

Y si bien es cierto que como este problema afecta principalmente a los interesados (socios/administradores) puesto que dejarán de beneficiarse de todo el éxito empresarial factible puede no ser un problema jurídico, la situación se modifica radicalmente cuando la sociedad se encuentra en zona de preinsolvencia. En esta zona que los administradores desplieguen su conducta con la diligencia de un “ordenado empresario” como es preceptivo por la legislación mercantil puede ser vital para que la empresa finalmente no tenga que liquidarse o al menos para que los efectos de la liquidación no sean tan devastadores para los intereses de los acreedores, especialmente de los comerciales. Y aquí, sí, nos parece que puede surgir un problema jurídico de tutela de los intereses de terceros así como de confianza de los operadores del mercado, bienes ambos dignos de tutela<sup>588</sup>.

---

<sup>587</sup> COUTINHO, J.A. (2002): “Interés social y lealtad de los socios”, pp. 39-56 y también EMPARANZA, A. (2011): “Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital”, pp. 13-45

<sup>588</sup> Para algunos autores, en base a la tesis de la autoprotección de los acreedores, no es necesario una protección legal y así, PRADES, D. (2011): “La responsabilidad del gestor...”, op. cit., p. 40. Define al buen empresario y buen administrador, como aquél capaz de identificar y controlar el elemento riesgo para reducirlo al mínimo posible en su actividad, pero que también es capaz de seleccionar adecuadamente “con quién” concierta sus operaciones. “Un mal empresario será el que se aventure sin cuantificar ni conocer el riesgo (...) No puede ser de recibo favorecer al mal gestor con una interpretación de la ley que descargue la responsabilidad del propio error o fracaso sobre el patrimonio de un tercero, cuando la normal diligencia exigible al aparente perjudicado hubiera bastado para evitarle el perjuicio”.

Por el contrario, OTXOA-ERRARTE, R. (2010): “La responsabilidad de los socios...”, op. cit., pp. 42-43. En relación a la traslación del riesgo de insolvencia a terceros sostiene que cualquiera de las dos posibilidades que se le presenta al acreedor como son la renuncia a mantener relaciones comerciales que le resulten demasiado arriesgadas o exigir garantías adicionales no siempre existen, además de que suponen un coste por lo que, en su opinión, tiene sentido “establecer una normativa de corrección de la traslación del riesgo en determinados supuestos”.

Finalmente, en relación al deber de autotutela de los acreedores el Tribunal Supremo adopta una posición intermedia en la Sentencia de 26 de febrero de 2013, pero más que a la diligencia del tercero la refiere a la buena fe en las relaciones, “no cabe exigir responsabilidad a los administradores cuando la pretensión

Paz-Ares<sup>589</sup> identifica mediante tres circunstancias las razones que justifican un régimen jurídico indulgente con la responsabilidad por “*mismanagement*”.

- i) La existencia de un cierto alineamiento natural de los incentivos de los administradores y los intereses de los accionistas en este ámbito, lo cual permite presumir que las conductas negligentes representan para la compañía sólo un riesgo moderado.
- ii) La existencia de mecanismos disciplinarios o de “*enforcement*” alternativos previstos por la fuerza de mercado, que determinan que no haya una especial necesidad de contar con instrumentos legales de protección.
- iii) La existencia de una enorme incertidumbre sobre el juicio de negligencia de la cual se derivan notables costes para la sociedad (retribuciones, dificultades de reclutamiento de consejos de calidad).

Los dos puntos primeros que justifican su posición no encajan bien en las sociedades cerradas. En el primero, el desajuste no es grande porque efectivamente hay una alineación de intereses, pero no porque coincidan entre los dos tipos de figuras sino básicamente porque, con carácter general, hay sólo un tipo.

El segundo punto, no aplica en su totalidad. Dado que estas fuerzas de mercado no afectan directamente a la valoración de la profesionalidad o diligencia de los administradores de sociedades cerradas como sí lo pueden hacer, aunque con restricciones, de los administradores de sociedades abiertas.

El tercer punto, nuevamente, no aplica al coincidir la actividad de administración en los socios de las sociedades cerradas.

Pero no toda negligencia debe quedar al margen de la imputación de la responsabilidad para el autor. Por el contrario, el alcance de la inmunidad ha de estar debidamente acotado.

Con la finalidad de establecer las adecuadas líneas divisorias considera<sup>590</sup> cinco grandes casos de negligencia que ordena en función de su gravedad de menor a mayor, y que a continuación reproducimos:

- i) Casos de deficiencia de juicio, caracterizados por valoraciones incorrectas y equivocaciones técnicas.
- ii) Casos de deficiencia informativa, en los que el reproche radica en no haberse informado adecuadamente.

---

se deduce en términos que rebasan los límites de la buena fe, si bien, para apreciar la mala fe no es suficiente constatar que el acreedor tuvo conocimiento de la situación en que se hallaba la sociedad, sino que se exige “que las excepcionales circunstancias concurrentes en el caso permitan excluir la aplicación de la norma que impone el deber de responder sin asociar la responsabilidad a engaño o error inducido”.

<sup>589</sup> PAZ-ARES, C. (2007): “Responsabilidad de los administradores y gobierno...”, op. cit., p. 69

<sup>590</sup> PAZ-ARES, C. (2007), p. 78

- iii) Casos de deficiencia procedimental, que tienen lugar cuando no se siguen los protocolos establecidos para la adopción de decisiones y presentan una notable relevancia debido a la creciente “procedimentación del Derecho de Sociedades”
- iv) Casos de deficiencia en la implicación producidos por la actitud perezosa e indolente y, en general, por la escasa involucración del administrador, en las tareas que le son encomendadas.
- v) Y casos de deficiencia e imparcialidad que se produce cuando el administrador tiene algún interés personal en las decisiones.

Asimismo realiza una propuesta de legislación, interpretación y aplicación que oscila desde la indulgencia hasta la severidad iniciando la primera en el primer problema enumerado y llegando hasta la última para el último problema expuesto.

Desde nuestro punto de vista, a los efectos de los problemas que preocupan en este trabajo, encontramos que los dos supuestos primeros, justo para los que Paz-Ares solicita mayor indulgencia, son los que con mayor frecuencia y relevancia afectan a las sociedades cerradas. Éstos, además de suponer un perjuicio para la propia sociedad y sus socios, por lo que a este trabajo interesa, lo supone para los acreedores cuando nos acercamos a una insolvencia.

Y contrariamente los dos últimos, para los que Paz-Ares solicita mayor severidad, son los supuestos que prácticamente no tienen relevancia en las sociedades cerradas donde se solapan las figuras del administrador y del socio y, en consecuencia, no afectan a los intereses de los acreedores de una sociedad preinsolvente.

Sin embargo sucede que la doctrina y la jurisprudencia no diferencian entre ambas realidades y ello es así porque tampoco lo hace el legislador. Y por este motivo, creemos, que se produce la circunstancia de que se elaboran teorías y tratamientos iguales para prevenir y en su caso solventar realidades y necesidades muy diferentes.

#### **6.4 El deber de lealtad y la buena fe**

El deber de lealtad es uno de los deberes establecidos por el legislador en la labor gestora realizada por el administrador societario. Pero frente al carácter general que ostenta el deber de diligencia, aquél despliega su virtualidad ante la existencia de conflicto de intereses entre la sociedad y su administrador<sup>591</sup>.

---

<sup>591</sup> RIBAS, V. (2004): “Aproximación al estudio del deber...”, op. cit., punto 23 de la introducción de su trabajo de investigación. En referencia a la relación entre los deberes del administrador considera que la relación entre diligencia y lealtad propia de los enunciados legales que exigen al administrador que se comporte con la diligencia de un representante leal deja múltiples preguntas sin respuesta. Entre otras, ve como factibles hacer las siguientes propuestas: la lealtad es una especie de la diligencia, en la cual reside el género; la diligencia puede adoptar varios sentidos, uno general, similar al de la fidelidad, que engloba dos deberes especiales: el deber de diligencia en sentido propio y el deber de lealtad. “Siendo la lealtad un concepto relativamente nuevo en nuestro ordenamiento, el deber de diligencia precisa de una adecuación a este momento histórico”.

En el trabajo de Ribas <sup>592</sup> el deber de lealtad es un principio o subprincipio que proviene del deber general de buena fe <sup>593</sup> aplicable a las relaciones de gestión. Y, por ello, no es sino una particularización de la buena fe, es decir, suponer que no se causa daño a terceros, en cada caso concreto. Por ello, ante una eventual laguna de regulación del deber de lealtad la labor interpretativa de la Ley se puede apoyar en el genérico deber de buena fe que debe presidir todas las relaciones entre partes, también la del gestor y el principal.

La buena fe, en cuanto principio jurídico, no puede definirse y se manifiesta como cláusula general, de carácter indeterminado, y que debe concretarse en cada caso. La buena fe tiene una doble función: primera, a través de la diligencia sirve a la función de la integración de la obligación general. Segunda, a través de la lealtad del gestor despliega una función integradora de la obligación en aquellos aspectos del contenido del deber relativos al conflicto de intereses que pueden ser negociables por las partes y no han sido previstos en el contrato <sup>594</sup>.

El deber de lealtad y el deber de diligencia, constituyen deberes fiduciarios generales de los administradores y expresan distintos tipos de potenciales conflictos entre los socios o el interés social y los administradores.

Para Font <sup>595</sup> el deber de cuidado del administrador consiste en el conjunto de normas de conducta que, como parte de los deberes de fidelidad del administrador, orientan la función promotora de la actividad de administrar. Relaciona la cláusula general de diligencia del “ordenado empresario” que establece el legislador con una forma más precisa de exigir que los administradores estén más sujetos a los deberes de fidelidad que les son exigibles cuando se están gestionando intereses ajenos.

Por eso para Font, el interés social se convierte en “paradigma de conducta del “ordenado empresario” y puede ser utilizado como elemento interpretativo del deber de diligencia. El “ordenado empresario” es fiel en sentido positivo, al interés de su empresa, al que protege y promueve: en este sentido, el administrador fiel es, por ello, diligente. La cláusula de fidelidad al interés social integra y tensiona el modelo de conducta del “ordenado empresario” explicitando su función y compromiso de ariete defensor y promotor del interés social” <sup>596</sup>.

---

<sup>592</sup> Vid RIBAS, V. (2004), pp. 87-91

<sup>593</sup> Para profundizar en este principio vid el tratado de DE LOS MOZOS, J. L. (1965): “El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español”

RIBAS, V. (2010): “El deber de lealtad del administrador de sociedades”, p. 159, plantea las relaciones entre los distintos tipos de deberes como círculos concéntricos a través de los que se establecen conexiones de jerarquía y especialidad, “el círculo más amplio está presidido por el deber de buena fe, que rige en el ordenamiento de forma general. En un círculo más reducido aparece el deber de diligencia, que gobierna la contratación en general. El siguiente corresponde a la relaciones de colaboración respecto de las cuales son exigibles un deber de fidelidad genérico que se desdobra en el deber de cuidado y el deber de lealtad”. Observamos que desde esta perspectiva el autor no considera el deber de diligencia desde otra dimensión, es decir fuera de la contratación, como también lo hacen otros autores, por ejemplo PRADES, D. (2011): “La responsabilidad del gestor...”, op. cit. en otros epígrafes.

<sup>594</sup> Vid RIBAS, V. (2004), pp. 297-298. Se puede acceder al tratamiento de este tema y a una ampliación del mismo en esta obra.

<sup>595</sup> FONT, J. I. (2005): “El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores”, pp. 71-107

<sup>596</sup> FONT, J. I. (2005), p. 96

Sin perjuicio de las consideraciones que el autor pone de manifiesto, nosotros encontramos una dimensión adicional a la cláusula de diligencia. Para nosotros, la más importante, ésta es, la dimensión de salvaguarda de los intereses de terceros en empresas cerradas cuando el deber de lealtad hacia la sociedad o hacia sus socios pierde su virtualidad. Esta dimensión, a nuestro juicio, no está suficientemente tratada por la doctrina y tampoco por los tribunales a pesar de que la legislación, sin perjuicio de una posible mejora, sí ampara, opinamos, una interpretación más severa de la diligencia exigible al administrador social, en especial en escenarios de insolvencia.

Por este motivo en situaciones de insolvencia empresarial, creemos, que tanto los socios como los administradores concursales, en virtud de la legitimación activa que les otorga la Ley Concursal podrían ejercitar una acción de responsabilidad cuando estimen que la gestión desplegada por los administradores no se ha desarrollado con la suficiente diligencia.

De esta manera, traspasamos o acumulamos la aplicación del ámbito de diligencia desde el conflicto de intereses de la sociedad y el administrador hasta las expectativas defraudadas de los acreedores.

La posibilidad de esta acumulación, entendemos, cabe por varias razones:

-Porque el estándar de conducta como un “ordenado empresario” procede de una norma imperativa del Derecho societario y también del Derecho Concursal cuando habla de “negligencia grave” y, en este sentido, su incumplimiento debe acarrear una imputación de responsabilidad por parte de los obligados a seguirla cuando alguien resulte perjudicado, socios, sociedad pero también acreedores.

-Porque el estándar de conducta debida en la administración de las sociedades de capital actúa también como un régimen preventivo para que derivado de la limitación de responsabilidad que implica este tipo de sociedades, la actividad no resulte excesivamente gravosa para los acreedores por encima del riesgo inherente a la actividad de la empresa. Desde este punto de vista, no podemos estar de acuerdo con algunos autores y algunas sentencias que enmarcan el deber general de diligencia en el marco contractual de la sociedad y del administrador<sup>597</sup>.

---

<sup>597</sup> ORIOL, J. (2011): “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”, pp. 27-28. A modo de ejemplo de distanciamiento de nuestra postura, ORIOL explica, “El deber de diligencia es uno de los deberes fiduciarios generales tipificados en el art. 225.1 de la LSC bajo el modelo de conducta del “ordenado empresario” y que integra el contrato de administración concluido entre los administradores y la sociedad. Estamos, pues, ante un deber que los administradores están obligados a satisfacer únicamente frente a la sociedad (STS 23.02.2004) y cuya característica reside en que no exige de los administradores el cumplimiento de una específica conducta sino que desempeñen su cargo cumpliendo el modelo de conducta que lo define”. En el mismo sentido PRADES, D. (2011): “La responsabilidad del gestor...”, op. cit., pp. 130-132.

## 6.5 El deber de diligencia

El deber de diligencia, como concepto jurídico indeterminado<sup>598</sup>, necesita de parámetros y criterios orientadores para su aplicación.

El ordenamiento establece modelos abstractos de conducta, estándares que facilitan la concreción en cada caso. Pero no explicita en caso alguno cuándo estamos ante

---

<sup>598</sup> MORILLAS, M. J. (2002): “Las normas de conducta...”, op. cit., p. 337. Para la autora cuando en Derecho se establece un deber, obligación o carga habitualmente se describen las conductas que lo integran. Pero, critica, no se realiza así en el caso de las obligaciones de los administradores y, sin embargo, esta situación recibe el beneplácito de destacada doctrina. Los partidarios de esta consideración argumentan que no es factible la aprobación de una lista completa de los actos que forman parte de la administración empresarial. Porque no es posible, en primer lugar, prever todas las conductas necesarias para una buena gestión y, en segundo lugar, porque “el deudor tiene en ocasiones atribuido un poder o margen de discrecionalidad en virtud del cual puede elegir en cada momento la actividad que le parezca mejor y considere más conveniente para cumplir la obligación”.

MORILLAS percibe una posición como la descrita por parte de la doctrina pero no la comparte.

PÉREZ, E. F. (2000): “El deber de diligencia de los administradores de sociedades”, pp. 289-303. A efectos de proponer criterios de determinación establece las siguientes funciones de la diligencia a tener en cuenta en los criterios de su valoración:

-Función como fuente autónoma de obligaciones de los administradores derivada de la imposibilidad de determinar en los textos reguladores: leyes, estatutos, acuerdos sociales todos los comportamientos exigibles a los administradores. Hacemos hincapié, además, que no se debe olvidar el grado de discrecionalidad que debe presidir toda gestión empresarial para obtener los mejores resultados posibles. Eso sí, discrecionalidad, en ningún caso arbitrariedad.

-Función como criterio de interpretación e integración de las prestaciones impuestas por otra fuente de obligaciones de los administradores sociales.

-Función cuantificadora del grado de atención que ha de aplicarse al ejecutar las acciones u omisiones.

Adicionalmente considera que la evaluación de esta diligencia en la administración debe utilizar la combinación de dos módulos, uno objetivo y otro subjetivo:

1) Módulo objetivo

- a) Fórmula literal prevista en la Ley: ordenado empresario / comerciante / gestor y representante leal.
- b) Cumplimiento habitual de las normas es un indicio de que el administrador actúa normalmente con cuidado.
- c) La costumbre de un sector de actividad, fuente subsidiaria del derecho que consiste en el uso reiterado en el que ocurre el elemento de “*opinio iuris*”. El uso reiterado toma trazos de uso obligado, aunque conforme a la costumbre no debe ser, no obstante irreflexiva.
- d) Los usos consisten en la reiteración de los comportamientos o actividades y su valor como auténticas fuentes del derecho es relativo pues carecen del elemento “*opinio iuris*” que sí ocurre en la costumbre. En cambio los “usos mercantiles” sí que constituyen una fuente subsidiaria del derecho mercantil art.2 del Código de Comercio.
- e) Otras fuentes del Derecho, Principios Generales del Derecho, jurisprudencia, doctrina, etc.
- f) Códigos de conducta

2) módulo subjetivo y circunstancial que en su punto 2.1 atiende a la pericia, capacitación técnica y profesionalización de los órganos de administración.

En referencia a estos dos módulos Pérez, propone dar un paso más de lo que exige la literalidad de la Ley ya que “el concepto de pericia y la exigencia o no exigencia de pericia está relacionado con la capacidad de prever el daño producido por la actuación de los administradores.

Esta previsibilidad es a su vez un elemento de culpa en sentido tradicional y tiene influencia en el montante de los daños resarcibles. Por ello, a pesar de que el articulado del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y Responsabilidad Limitada no hacen referencia a la necesidad de que el administrador sea perito en alguna materia determinada, no puede entenderse como ausencia absoluta de ese requisito”.

En nuestra opinión, esto no siempre resulta de esta manera. En no pocas ocasiones la impericia lo que provoca es que el administrador no pueda prever las consecuencias negativas que implica su actuación y que además de perjudicar a la sociedad que administra y de la que en muchas ocasiones es propietario, perjudica a terceros que ven insatisfechas sus expectativas de cobro.

conductas diligentes y cuándo nos encontramos en presencia de conductas no diligentes<sup>599</sup>.

El legislador tampoco informa sobre el sentido con el que emplea el término diligencia que para Morillas<sup>600</sup> tiene, cuando menos, dos significados:

- i) un significado subjetivo: diligencia como concepto equivalente a esfuerzo, dedicación, interés, atención<sup>601</sup>.
- ii) Un significado objetivo: diligencia como esquema, guía, propuesta de conducta en relación con una actividad debida. Según la autora, su conexión con la función, actividad, o “cargo” de administrador lleva a inclinarse por el segundo de ellos.

En el Derecho de Obligaciones y supletorio también cuando la obligación no contenga, defiende, la diligencia con la que haya de prestarse, la referencia general, cuando no haya de aplicarse una específica, es el “buen padre de familia.” Art. 1104 Código Civil.

Por otra parte, el ordenamiento exige un modelo de diligencia profesional o técnica<sup>602</sup>. En el mismo sentido, para Morillas<sup>603</sup> el carácter objetivo de la diligencia que aquí es aplicable, implica asumir en primer lugar que la prestación debida por el administrador es una prestación técnica o profesional. Y, sigue a Jordano quien sostiene que este tipo de conducta no viene dada por la experiencia común, “sino por el buen hacer de una profesión u oficio: el parámetro es la forma de actuar de los miembros de la profesión que actúan correctamente; viene dada por sus reglas técnicas”.

En segundo lugar, sostiene que la diligencia ha de apreciarse caso por caso, como de forma general indica el art. 1104 del Código Civil, en sede de responsabilidad

---

<sup>599</sup> GARRETA, J. M. (2014): “La diligencia y la responsabilidad de los administradores y la contabilidad”, p. 45. Para el autor, el dato fundamental a examinar para determinar si una conducta fue negligente o culpable es su previsibilidad. De esta forma actúa diligentemente el administrador que programa o define líneas directrices, si los resultados a obtener son los que tras la programación se prevén.

<sup>600</sup> MORILLAS, J. M. (2002): “Las normas de conducta...”, op. cit., p. 345

<sup>601</sup> SÁNCHEZ-CALERO, F. (2007): “Los administradores en la sociedad de capital”, p. 180, en principio parece decantarse en mayor medida por este significado en cuanto considera que, “esta norma de conducta del “ordenado empresario” se refiere, en primer lugar y fundamentalmente, a la diligencia del administrador en el desempeño o ejercicio de su cargo; es decir al cuidado y esfuerzo que ha de poner en la ejecución de su obligación de administrar la sociedad”.

<sup>602</sup> Vid RIBAS, V. (2004): “Aproximación al estudio del deber...”, op. cit., pp. 301-302. El autor indica al respecto “el modelo del artífice se corresponde con las reglas técnicas y conocimientos específicos de una profesión oficio o arte. Esta diligencia se proyecta, particularmente, en las llamadas obligaciones profesionales, en las que el deudor es un profesional que se dedica habitualmente a la prestación de determinados servicios cuya actividad exige la aplicación de conocimientos o técnicas propias de la profesión. Este es el modelo que se deriva de aquellas profesiones que, por su componente empresarial, exige la diligencia de un ordenado empresario”.

Desde nuestro punto de vista, hay que incluir en éstas la administración societaria que también ha de efectuarse con el estándar de un ordenado empresario, porque como pone de manifiesto GARRETA, J. M. (2014): “La diligencia y la responsabilidad ...”, p. 12, “administrar no es cumplir con las formalidades jurídicas de la sociedad, sino gestionar bienes y derechos con las finalidades previstas en al creación de aquellas empresas y por tanto con conocimiento de los recursos económicos de los que dispone y de las técnicas requeridas para movilizarlos en la dirección prefijada por quienes constituyen la compañía”.

<sup>603</sup> MORILLAS, J.M. (2002): “Las normas de conducta...”, op. cit., p. 348-349



contractual. El grado de profesionalidad lo relaciona con la situación concreta de la empresa, la naturaleza de la actividad de la sociedad (el objeto social), la particular operación, el marco general de la función de administración (estructura del órgano de administración y puesto que desempeña el administrador; cargo y tareas no orgánicos), situación del mercado<sup>604</sup>.

Y finalmente, entiende que la de administrador es una prestación con fuertes dosis de discrecionalidad.

Ribas<sup>605</sup>, encuentra otro modelo de diligencia propio de una determinada obligación. Este es el criterio legal que rige “para las modernas regulaciones de figuras gestoras, sean contractuales o societarias, al hacer mención el ordenamiento al deber de diligencia de un representante leal.”

En nuestra opinión, el estándar de diligencia atribuible a un administrador es el que se recoge en el art. 225 de la Ley de Sociedades de Capital que puede ser equiparable a un estándar profesional, ya que desde nuestro punto de vista la administración de empresas exige desplegar unos conocimientos técnicos concretos.

¿Puede y debe exigirse al administrador societario un estándar profesional, es decir, una pericia propia, (concepto impropio de diligencia), de su profesión?

La mayor parte de los autores coinciden en señalar que cuando se refiere a la administración de sociedades la diligencia debida se corresponde con la actuación dirigida a desarrollar el objeto y el fin social. Aunque es una obligación de medios y no de resultados que únicamente valora la acción gestora de la sociedad y no el resultado que de ella se obtenga<sup>606</sup>.

Es un estándar de diligencia profesional, la de un empresario, y en este sentido Morillas atribuye a la doctrina la dotación de contenido de la conducta diligente mediante los usos sociales y la conciencia social pero con un carácter deontológico, “no es la diligencia que se presta normalmente sino la que se debería prestar, no es lo que

---

<sup>604</sup> La doctrina y la jurisprudencia están siendo últimamente más exigentes con el deber de los administradores societarios, quienes en base al deber de actuación diligente deben responsabilizarse de la administración de la sociedad y de estar debidamente informados de su marcha y no podrán escudarse en el desconocimiento o la desinformación.

<sup>605</sup> RIBAS, V. (2004): “Aproximación al estudio del deber...”, op. cit., p. 302

<sup>606</sup> Vid RIBAS, V. (2004), pp. 302 y ss para él en este tipo de obligaciones el incumplimiento se produce cuando la actuación del administrador contraviene la pauta que la obligación de diligencia establece, y no ante la ausencia de un determinado resultado. “Esta diligencia exigible al administrador no es un deber de naturaleza distinta a la diligencia exigida en la parte general del Derecho de Obligaciones arts. 1103 y 1104 Código Civil. Se trata de una adaptación de la diligencia general a la concreta actividad de la administración de sociedades”.

De acuerdo a nuestro criterio, el ámbito de las obligaciones consideradas es más amplio que el que se refiere a las obligaciones del administrador con la sociedad y el interés social, cuestión que está tratada con mucha profundidad por la doctrina. Lo que a nosotros nos preocupa, a efectos de este trabajo, es cómo un actuación no diligente del administrador societario, y por tanto contraria a la norma, puede perjudicar los intereses de terceros ajenos a la sociedad, en concreto a los acreedores y cómo anudar esta actuación ilícita a la responsabilidad profesional de los gestores y que ya sea desde una perspectiva sancionadora o resarcitoria, se desincentiven estas actuaciones a través de la intervención en su patrimonio.

normalmente acontece en el tráfico, sino lo que la conciencia social considera correcto y, como tal, exigible a una persona tipo.

Esa persona-tipo no es la persona del concreto administrador: la diligencia no es la propia del sujeto en cuestión, la que desarrolla en sus propios asuntos, sino que el legislador opta por un tipo abstracto de diligencia. La conducta de diligente administración está definida por referencia a un tipo, a un sujeto (empresario, representante), y, en consecuencia a una actividad; y a un grado, a un nivel de dedicación o esfuerzo (ordenado, leal)”<sup>607</sup>.

Los tipos a los que su modo de ver recurre el legislador para el empresario, representante, participan de las siguientes características: son tipos profesionales que presuponen preparación y conocimientos (técnicos y académicos; o prácticos, proporcionados por la experiencia o habitualidad de la actividad, integrantes de una ética o moral (deontología) determinada.

Si bien es verdad que el ordenamiento jurídico, Código de Comercio art. 1, no exige una condición especial para ser comerciante, y tampoco lo hace el Derecho societario en cuanto al administrador<sup>608</sup>, opinamos que esa desregulación cabe en supuestos de equiparación de la condición de empresario a la de socio de una empresa o propietario. Pero cuando además ejerza la administración de su empresa, creemos, que o bien debe proveerse de conocimientos específicos, o bien debe contratarlos de igual forma que se le exige hacerlo para poder cumplir con los requerimientos de otras normativas aplicables a su actividad.

Esta consideración la hacemos para administradores societarios en los que confluye la característica de propietarios de una sociedad de capital cerrada, por cuanto con este instrumento jurídico se limita su responsabilidad y el riesgo patrimonial que asumen en el ejercicio de la actividad que se traspasa a los acreedores.

Parece más dudoso exigir profesionalidad gestora a un empresario persona física en cuanto que este tiene una responsabilidad patrimonial ilimitada y, por tanto, es el primer perjudicado por desplegar una conducta no profesionalizada.

Un pilar fundamental de la propuesta que planteamos en esta obra se basa en la exigencia de que el administrador societario desarrolle su actividad gestora con la diligencia debida a la manera de un “ordenado empresario” , art 225 de la Ley de Sociedades de Capital.

---

<sup>607</sup> MORILLAS, J.M. (2002): “Las normas de conducta...”, op. cit., pp. 351-352 y ss.

<sup>608</sup> Un problema que en nuestra opinión es causante, junto con otros, del confusionismo existente en relación al estándar del ordenado empresario y hasta dónde éste alcanza tiene que ver con la ausencia total de aptitudes y capacidades requeridas para ser administrador societario, lo cual, no significa: primero que el legislador no exija esta capacidad en el desarrollo de la actividad, cuando eleva el estándar de conducta a nivel profesional, superior al buen padre de familia, y segundo que no existan conocimientos técnicos que garanticen la profesionalidad de la gestión empresarial. Cosa distinta es que, en ocasiones, una gestión profesional no garantiza el éxito de los resultados, por eso la conducta exigible es de medios no de resultados.

La actividad empresarial ha ido incrementando su complejidad a la par que se ha globalizado la economía y las finanzas<sup>609</sup>. La gestión de las empresas ya no puede hacerse sólo obedeciendo a la intuición y al conocimiento exhaustivo del producto o servicio que se ofrece y además no se comprende desde una perspectiva abstracta sino que debe acomodarse a las circunstancias concretas de tiempo, lugar, actividad, etc<sup>610</sup>. Se requiere una gestión y administración societaria profesional (en términos de información, de conocimientos técnicos de la profesión y de experiencia) porque las consecuencias en caso contrario son demasiado relevantes para el interés general del país cuando se incurre en un incumplimiento de las obligaciones contraídas. Así lo reconoce el propio ordenamiento jurídico. Al modelo de conducta profesional, le da paso el art. 1104 del Código Civil cuando dispone que la diligencia exigible será aquella “que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.

“No son las partes, sino una Ley especial (antes la Ley de Sociedades Anónimas y ahora la Ley de Sociedades de Capital, así como la Ley Concursal) junto con otros textos legales quien establece un modelo de diligencia distinto del de “buen padre de familia” (modelo legal general y subsidiario), un modelo profesional en consonancia con el carácter profesional de la prestación debida y de la naturaleza del deudor”<sup>611</sup>.

Dado que España necesita un número mucho mayor de empresas para absorber la población activa, y dado que además la mayor parte de ellas son pequeñas empresas el esfuerzo de la profesionalización de la gestión no puede recaer exclusivamente en los empresarios, sino que los poderes públicos deben coadyuvar a que ésta se produzca. Pero éste es otro debate que no encuentra acomodo en este trabajo. Aquí únicamente planteamos la necesidad de la profesionalización empresarial, las consecuencias de que ésta no se produzca, así como incentivos (positivos y negativos) para alcanzarla.

Planteamos también un debate para determinar la frontera que separa la actividad diligente del empresario y el riesgo inherente a la propia actividad empresarial. Riesgo

---

<sup>609</sup> En este sentido vid GUERRERO, C. (2011): “Cómo salvar mi negocio. Guía para reestructurar con éxito su empresa”, p. 93. Describe la evolución que ha experimentado la administración y la gestión de empresas durante los últimos treinta años. Se ha pasado de ser suficiente con una adecuada dosis de intuición y de espíritu emprendedor al momento actual en el que los nichos de mercado son más difíciles de detectar y donde además la competencia es global. Por consiguiente, “el empresario actual ha de tener presente que la intuición no es suficiente para conseguir el éxito de su empresa, sino que deberá potenciar su formación, ya que el mundo de la empresa se ha profesionalizado y sofisticado mucho”.

El autor considera que, entre otras causas, la falta de formación y profesionalidad son dos de las causas que más cierres han provocado ya que los autónomos y pequeños empresarios son los que crean el 90% del empleo en España.

Desde nuestra perspectiva, el cierre masivo de empresas no sería objeto de preocupación en el Derecho Concursal aunque lo sería y mucho en otros ámbitos. Lo que provoca el tratamiento en esta especialidad del Derecho es la circunstancia que de estos cierres, en la mayor parte de los casos, surjan acreedores sin atender.

<sup>610</sup> VILLANUEVA, B. A. (2013): “El ejercicio de la acción social...”, op. cit., p. 26. Para ella es fácil estimar la bondad o maldad de una conducta *a posteriori*, más ello no permite que sobre las circunstancias actuales se valore una actuación de los administradores que tuvo lugar en una realidad distinta. “Sobre nuestros tribunales recae una labor amplia y complicada, porque tendrán que decidir sobre una conducta de gestión social desplegadas en fechas anteriores y en circunstancias diversas de las existentes en el momento del enjuiciamiento”.

<sup>611</sup> MORILLAS, J. M. (2002): “Las normas de conducta...”, op. cit., p. 358

inevitable porque no podemos olvidar, reiteramos, que la diligencia posible y, por tanto, exigible sólo puede ser de medios y nunca de resultados<sup>612</sup>.

Por otra parte, el Derecho societario<sup>613</sup> y la doctrina a él ligada se preocupan, principalmente, de los problemas de las sociedades de capital en los que concurre la separación entre propiedad (socios inversores) y el verdadero órgano decisor (los administradores). Por ese motivo, profundizan en las teorías que explican la vinculación entre la sociedad y el administrador (las más seguidas la contractualista y la institucional) y en las teorías que explican la responsabilidad exigible al administrador en su ámbito competencial; deber fiduciario (de diligencia y de lealtad con especial incidencia en el último como luego se tratará)<sup>614</sup>.

Sin embargo, estimamos que es necesario ampliar estas teorías, estudios e investigaciones a una nueva realidad la del empresario-emprendedor que pone en marcha su proyecto empresarial bajo la fórmula jurídica de sociedad de responsabilidad limitada. Aparece la necesidad de que los conceptos de empresa y sociedad se interpreten en función de la mencionada realidad<sup>615</sup>. Y de igual forma, teniendo en cuenta que más del 90% del tejido empresarial español está formado por pequeñas empresas.

En el primer caso se trata, especialmente, de incentivar la diligente y leal administración de las sociedades de capital en defensa del interés social; y en el segundo caso, de

---

<sup>612</sup> ALCALÁ, M. A. (2010): “Los deberes de los administradores en la pyme”. En “La creación, gestión estratégica y administración de las pymes”, pp. 460-461. La autora, al igual que la práctica totalidad de la doctrina, considera que el concepto de ordenado empresario, como criterio delimitador de dicho deber, no significa que éste deba adoptar en todo momento decisiones acertadas, en el sentido de que con ellas se obtenga siempre y en cualquier caso resultados económicos positivos porque, “este criterio conduciría el deber de diligencia como un elemento que excluye el simple error, construyendo un concepto cercano a la infalibilidad”. Asimismo, porque “los resultados económicos de la gestión empresarial no sólo dependen del nivel de acierto de la decisión empresarial, sino de factores internos y sobre todo externos (mercado de trabajo, coste de la energía, coyuntura económica, etc.) que no siempre pueden ser previstos o valorados en las decisiones empresariales y, por tanto, su incidencia en los resultados empresariales no puede ser imputable a los administradores”.

<sup>613</sup> SÁNCHEZ, H. (2011): “El capital social...”, op. cit., pp. 252-253. En referencia al capital social, pero extrapolable también a la responsabilidad de los administradores, nos parece, pone de manifiesto que frente a la polivalencia funcional que había caracterizado el capital social durante la vigencia de la Ley de Sociedades Anónimas en 1951, las posteriores reformas legislativas posteriores al Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas se han centrado casi exclusivamente en los problemas que se plantean en las sociedades abiertas cuyo capital está distribuido en un gran número de accionistas e incluso son cotizadas.

<sup>614</sup> También en Derecho comparado el legislador, la doctrina y los tribunales conceden más atención a los deberes de los administradores societarios cuando éstos gestionan sociedades en los que se produce la separación entre los propietarios, accionistas y los gestores administradores. Por ese motivo, dedican mucho esfuerzo a la valoración de los deberes de lealtad y fidelidad que pretenden proteger el interés societario frente al de los administradores. En ese escenario no se pueden presentar muchos problemas de diligencia en la conducta de los administradores porque éstos serán contratados en base, entre otros aspectos, a su profesionalidad. Para una redacción detallada del tratamiento de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital en otros ordenamientos, como EEUU, Alemania o Italia. Vid VILLANUEVA, B. A. (2013): “El ejercicio de la acción social...”, op. cit., pp. 100 y ss.

Para nosotros el problema en España se presenta porque hay un vacío de tratamiento en cuanto al deber de diligencia de los administradores de sociedades cerradas y donde las referencias utilizadas para las cotizadas no sirven de aplicación.

<sup>615</sup> CASANOVA, M.J. (2012): “La fundamentación de los fiduciary...”, op. cit., p. 19

incentivar la diligente administración en defensa de los acreedores y terceros que se relacionan con la sociedad<sup>616</sup>.

Para poder lograr una solución jurídica al problema mercantil será necesario superar la posición de la doctrina tradicional que enmarca el deber de diligencia en uno de los deberes fiduciarios generales tipificado en el art. 225.1 de la Ley de Sociedades de Capital bajo el modelo de conducta del ordenado empresario y que integra el contrato de administración celebrado entre los administradores y la sociedad<sup>617</sup> y que por este motivo el deber de diligencia sólo es exigible frente a la sociedad y no frente a terceros. Sin embargo Oriol <sup>618</sup> matiza esta idea cuando en relación a la posibilidad de eximir estatutariamente a los administradores de este deber de diligencia considera que no cabría por cuanto no desarrollar una conducta bajo el parámetro de la diligencia de un ordenado empresario afecta también a la esfera de terceros que podrían verse perjudicados. Cuando esta conducta conduce a la insolvencia así lo creemos también nosotros.

En España la mayor parte de las sociedades que se crean, son de pequeño tamaño en cuanto a capital social, número de socios, inversión realizada, número de trabajadores<sup>619</sup> y adoptan la forma jurídica de sociedades de responsabilidad limitada con mayor frecuencia y en menor medida de sociedades anónimas.

Muy frecuentemente, los socios que ostentan la mayoría del capital son a su vez los administradores sociales. En este escenario sucede que problemas que pueden surgir en sociedades cotizadas o en su defecto de tamaño importante no aparecen en las pequeñas, o por lo menos, no se manifiesta de igual forma. Aunque en el caso de empresas

---

<sup>616</sup> La insolvencia de una sociedad en numerosos casos puede ser imputable a los administradores como gestores de la misma. Incluso, ante hechos fortuitos, la mayor parte de las veces podrían haberse contratado coberturas. Sin embargo, la responsabilidad sólo les será imputable cuando las acciones u omisiones realizadas en el ámbito de su gestión sean dolosas o gravemente culposas. Sentencia de 21 de mayo de 2007 Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Jaén. “La responsabilidad de la insolvencia de una sociedad es de quienes la dirigen pues son sus actos (fuera de los supuestos de fuerza mayor o fortuitos) los que dan lugar a la situación económica de la sociedad”.

<sup>617</sup> ORIOL, J. (2011): “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”, pp. 27-31, el autor asegura, “estamos, por tanto, ante un deber que los administradores están obligados a satisfacer únicamente frente a la sociedad (STS 23/02/2004) (...)”. En el mismo sentido, entre otros, PRADES, D. (2011): “La responsabilidad del gestor...”, op. cit., posición ya incluida en otro epígrafe.

<sup>618</sup> ORIOL, J. (2011): “Los deberes y la responsabilidad...” op. cit., p. 31. “La ilicitud de las cláusulas que modifican el régimen de responsabilidad por infracción del deber de diligencia es avalada además por el art. 1103 del Código Civil en el que se prevé la ilicitud de los pactos de impunidad por las infracciones del deber de diligencia exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones. Ahora bien, debe tenerse presente que el art. 1103 del Código Civil contempla la licitud de los pactos referidos en el marco de una relación jurídica entre deudor y acreedor, mientras que la modificación del régimen de responsabilidad de los administradores mediante la inserción de cláusulas estatutarias que eliminen la prestabilidad del deber de diligencia afectaría no sólo a la esfera jurídica de las partes del contrato de administración sino también a los acreedores sociales, art. 6.2 del Código Civil. (...) Ahora bien, es preciso determinar por qué tales modificaciones afectan a terceros.

La razón reside en que uno de los principios configuradores del régimen jurídico de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada es la protección de los acreedores sociales, principio éste que se manifiesta en diversos preceptos, como los que tutelan a los acreedores en las reducciones de capital (art. 331 y ss de la Ley de Sociedades de Capital) o los que otorga legitimación para el ejercicio de la responsabilidad social de responsabilidad, ( art. 240 de la Ley de Sociedades de Capital)”.

<sup>619</sup> Cerca del 97 % de las empresas que nacieron o murieron en 2011 en España tenían cuatro o menos trabajadores. Fuente Estadísticas de 2013 Instituto Nacional de Estadística.

cerradas, bajo número de socios, el problema puede presentarse entre los socios mayoritarios y los minoritarios<sup>620</sup>.

Así, dado que no hay separación entre propiedad y administración no es previsible que aparezca un problema de lealtad, dado que no estaremos ante las características inherentes a los contratos de agencia, a los deberes fiduciarios asociados puesto que no aflorará un conflicto de intereses entre la sociedad y el administrador, si acaso con los socios minoritarios.

Sin embargo, en nuestra opinión, dentro del deber fiduciario o de diligente administración, adquiere relevancia central el problema de la profesionalización de la administración<sup>621</sup>. Al emprendedor<sup>622</sup> convertido, en virtud de su proyecto de empresa, en empresario<sup>623</sup> y en administrador social, que decide operar en el mercado a través de una sociedad mercantil por la evidente ventaja de la limitación de su responsabilidad y

---

<sup>620</sup> En este sentido, Vid RIBAS, V. (2004): “Aproximación al estudio del deber...”, op. cit., pp. 51-52. También extiende estos posibles conflictos a las empresas familiares.

<sup>621</sup> En referencia a si es exigible, para cumplir con el estándar de diligencia de un ordenado empresario, la profesionalidad del administrador societario no únicamente en referencia a la obtención de información suficiente para la toma de decisiones, sino también a los conocimientos técnicos suficientes de gestión y administración de empresas, la doctrina no sostiene una opinión unánime. RIBAS, V. (2004), p. 311, aunque en otros apartados matizando algo más, opina que al administrador no le es exigible que sea un experto en la materia, ya que ni el nombramiento del administrador ni el ejercicio de sus funciones “precisa un grado de cualificación profesional que acredite conocimientos técnicos y experiencia que pruebe su competencia en la actividad empresarial”.

En sentido contrario, el autor menciona a VICENT CHULLA, en compendio crítico de Derecho Mercantil, I. 1º (1991) p. 649, para quien “la exigencia de preparación profesional se halla implícita en el cargo de administrador hasta el punto de que aceptarlo sin las más indispensables nociones de gestión empresarial y conocimiento del sector constituye ya una evidente negligencia.”

Y en el mismo sentido encontramos a ZUMAQUERO, L. (2013): “La responsabilidad civil de los administradores concursales”, p. 13. “La doctrina coincide en que el deber de diligencia del administrador de sociedades mercantiles se corresponde con el deber de ejercer el cargo, el deber de atención, el deber de información, el deber de profesionalidad y de imparcialidad, el deber de prudencia o el de vigilancia”.

<sup>622</sup> La Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización define en el art. 3 a los emprendedores como, “aquellas personas, independientemente de su condición de persona física o jurídica, que desarrollen una actividad económica empresarial o profesional, en los términos establecidos en esta Ley”.

<sup>623</sup> RAMOS, I. (2006): “El estándar mercantil...”, op. cit., pp. 205-206. Percibe en el legislador la intención de matizar que el empresario no sólo ha de ser bueno en su actuación, o sea, comportarse como un deudor común medio, sino que tendrá que ser ordenado. Es decir, que habrá de poner al servicio de la prestación el cuidado, dedicación y atención para que tenga lugar el orden requerido, el orden propio de un empresario; el empresario, así considerado, realizará sus actividades con mayor previsión y evaluando las incidencias de su actividad, analizando los riesgos y asumiendo sólo aquéllos que no pongan en peligro la solvencia de la empresa.

“Esta necesidad de un examen más experto de los riesgos, obedecerá, de manera principal, a que toda la actividad del empresario tiene su plasmación en la contabilidad obligatoria que ha de llevar a cabo y a que pesaba sobre él la posibilidad de quebrar o suspender pagos (actualmente de entrar en concurso de acreedores); por tanto su actuación ha de ser leal, para proteger el interés de sus acreedores”.

Como podemos observar, con esta reflexión se da un paso más en los deberes en este caso del empresario. En la equiparación que puede hacerse con los deberes del administrador, pasamos ya de un deber de lealtad, no sólo respecto al interés social sino también respecto a los acreedores. Desde nuestro punto de vista esto supone un salto cualitativo sobre la posición de la doctrina anterior. La conexión que hacemos entre la “diligencia del ordenado empresario” como criterio orientador de la conducta del empresario con el criterio orientador de la conducta del administrador societario, sea a su vez propietario o no de la sociedad que administra, viene dada por el ordenamiento que ha utilizado este término para referirse al modelo de diligencia del administrador de una sociedad de capital.

por tanto, con carácter general por la desafección de su patrimonio del devenir de la actividad empresarial no se le exige demostrar cualificación<sup>624</sup> alguna para desempeñar la actividad de administrar empresas. Es verdad que tampoco existe regulación alguna que determine las competencias necesarias del administrador contratado por una sociedad de capital de mayor tamaño, pero aquí habrá una motivación y un interés especial para contratar a un administrador competente y factible con los recursos que se destinen.

Por tanto, el problema de los deberes (diligencia y responsabilidad) que el legislador reclama y la responsabilidad anudada a los mismos no se manifiestan de igual forma para ambos tipos de administradores sociales.

Cuando el administrador o consejero mantiene un vínculo contractual con una sociedad<sup>625</sup>, será más probable que pueda aparecer un problema de fidelidad y menos un problema de profesionalidad o pericia en la gestión<sup>626</sup>. Cuando el administrador social es el propietario de la sociedad será más probable que pueda aparecer un problema de diligencia en la gestión. Y aunque no existe un canon que garantice el éxito de la actividad empresarial, si hay, cuando menos, pautas, conductas y procesos de toma de decisiones que permiten ser valorados a la luz de criterios profesionales.

Contrariamente a nuestra posición, algunos autores no ven la necesidad de valorar rigurosamente los problemas de diligencia de los administradores societarios y proponen entonces que es necesario ser “indulgente con los problemas de diligencia y severos con los problemas de lealtad”, aunque es necesario señalar que estas propuestas se refieren, en mayor medida para situaciones en las que se produce la diferenciación entre propiedad y administración<sup>627</sup>.

---

<sup>624</sup> ORTIZ DEL VALLE M. C. (2005): “La administración delegada de las Sociedades Anónimas. Estudio del art. 141 de la ley de sociedades anónimas”, pp. 340-341. En su trabajo recoge cómo la Ley mantiene una obligación de administrar con la diligencia de un ordenado empresario, lo que exige superar la conducta de pasividad o de mera conservación del patrimonio gestionado, al mismo tiempo que excluye la actuación imprudente o realizada sin planificación ni información suficiente.

<sup>625</sup> CASANOVA, M. J. (2012): “La fundamentación de los fiduciary...”, op. cit., p. 41. “La separación de la administración y la propiedad de los bienes en las sociedades de capital implicaría, indudablemente, una relación de agencia, y la cuestión en ella suscitada de cómo hacer para que los administradores actúen en beneficio de la sociedad sería común a todas las relaciones de agencia:”. En el mismo sentido, RIBAS, V. (2004): “Aproximación al estudio del deber...”, op. cit., p. 309

<sup>626</sup> Aunque es verdad que la pericia de los consejeros o administradores en España también ha generado problemas en algunas corporaciones de mayor tamaño, por ejemplo recientemente a raíz de la crisis financiera aparecida a partir de 2008 en las Cajas de Ahorros gestionadas o controladas durante años por personas en base a criterios políticos y no profesionales. Ya en 2004 se debatía sobre la necesaria mejora en la profesionalización de las personas que desempeñaban estas funciones también en las grandes corporaciones. En el artículo publicado en Cinco Días por CORELLA, A. “Los consejeros españoles vuelven a las aulas” la autora, ya entonces, indicaba “La necesidad de profesionalizar la labor de consejero ha sido una de las principales conclusiones derivadas del debate del buen gobierno corporativo(...). De hecho, respecto al debate sobre la importancia de que existan consejeros independientes en los consejos de administración, el presidente de la CNMV se ha mostrado más partidario de hablar de consejeros profesionales que de independientes hay incluso estudios que avalan esta tesis. Un informe elaborado por el IESE y mencionado en epígrafes anteriores, alertaba ya hace meses sobre el funcionamiento manifiestamente mejorable de los consejos de administración españoles”

<sup>627</sup> Un autor referente de esta teoría es PAZ-ARES, C (2003): “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, p. 70. Como se ha puesto de manifiesto anteriormente, parece que se sitúa en el ámbito de sociedades de capital profesionalizadas. El autor manifiesta primero la escasa necesidad de valorar la negligencia. En las sociedades cotizadas porque el mercado valora la gestión profesional de los administradores y en el de las no cotizadas porque los incentivos para actuar

diligentemente se hallan básicamente en el menor grado de separación que presentan entre propiedad y gestión. “El hecho de que los administradores sean propietarios de una porción significativa de la empresa les proporciona un incentivo natural de enorme potencia para realizar sus cometidos con los niveles de atención y esfuerzo debidos”.

En nuestra opinión, lo que puede suceder es que esa propiedad no les garantice tener los conocimientos profesionales adecuados para desempeñar funciones de tanta trascendencia, la propiedad no tiene por qué acompañar a la profesionalidad. Como se menciona en otros epígrafes, el problema no trasciende hasta que se producen incumplimientos de obligaciones, cuando esto sucede sí entendemos que el problema pasa a ser de interés general.

Además, buena parte de la doctrina reconoce que estos deberes fiduciarios se trasladan a la relación con los acreedores en la “zona de insolvencia.” Por lo que en este período cabría ser más exigentes también con las decisiones empresariales. Así para HERNANDO, L. (2010-2012): “La configuración estatutaria del deber de diligente administración”, p. 137. “En relación con el deber general de diligente administración se plantea, sin embargo, si este deber se limita a la actuación del administrador frente a la sociedad y los socios, o si se extiende al ámbito externo de la sociedad. *Stricto sensu*, el deber de diligencia se produce frente a la sociedad, por su especial relación con el administrador, y de modo mediato, con los socios. Pero la exigencia de la conducta como “ordenado empresario”, trasciende al mercado y alcanza al deber de fidelidad, de modo que los administradores deberán cumplir los deberes impuestos por las leyes. Y, en este sentido, en sus relaciones con terceros habrán de actuar según los parámetros de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones asumidas”.

PAZ-ARES (2003): “La responsabilidad de los administradores como instrumento de Gobierno corporativo”, p. 71. Desde su posición argumenta sobre las dificultades de enjuiciar la negligencia del administrador, una de las que reputa como principal es la incertidumbre que se produce cuando los administradores no pueden anticipar con seguridad cuáles serán las consecuencias jurídicas de sus decisiones. Enumera como causa de esta incertidumbre las siguientes: (i) la ambigüedad o genericidad del mandato legal (errores del juez en la determinación del nivel de corrección); (ii) las dificultades de prueba (errores del juez en la verificación de un determinado nivel de corrección); y (iii) las deficiencias cognitivas del propio agente (errores del administrador en el nivel de corrección). “El nivel de incertidumbre determina los riesgos a los que está sometido el agente y este riesgo, a su vez, origina el problema de sobrecumplimiento que económicamente puede ser muy relevante: quien anticipa la posibilidad de error del juez, extremará el celo adoptando precauciones por encima de lo legalmente exigibles. La política de indulgencia estará, pues, indicada cuando el riesgo de error sea relevante y los costes de sobrecumplimiento elevados. Las conductas negligentes plantean serios problemas de error. Nos referimos fundamentalmente a aquéllas que se adoptan en el ámbito de la gestión empresarial. El riesgo procede de la escasa pericia de los jueces en este ámbito y de la inexistencia de una *lex artis* consolidada que permita suplir la impericia con expertos. Esto hace que la probabilidad de que lleguen a equipararse o confundirse los malos resultados económicos y la falta de diligencia sea considerablemente elevada. Los problemas con los que se enfrentan los tribunales se ven agravados, además, por lo que los estadísticos llaman “sesgo de selección” (puesto que la mayoría de los pleitos siguen a resultados pobres, los tribunales tienen a asumir que son producto, de infracciones del deber de cuidado) y por lo que los economistas de la conducta llaman “sesgo retrospectivo”, en virtud del cual, a toro pasado, una vez que se ha producido el “desastre” tendemos a pensar que ya sabíamos lo que iba a ocurrir. Este sesgo-como recordaba hace poco Manuel Conthe- con frecuencia “transforma en culpabilidad y negligencia lo que sólo fue infortunio. El incremento del riesgo de error genera costes para las empresas bajo una doble perspectiva: de un lado, incrementa el coste del capital gerencial y, de otro, incrementa el coste de gestión del riesgo”.

Nuestro planteamiento se hace desde otra dimensión. No se enjuicia si, a la vista de un mal resultado, otras decisiones empresariales hubieran proporcionado uno mejor. Lo que se valora es si el administrador tomó decisiones profesionales (con conocimiento y experiencia), basadas en una información suficiente (en términos de relación beneficio/ riesgo y coste) y razonable. Obviamente no hay una única decisión posible, los administradores tomarán las suyas en base a las circunstancias y a su mayor o menor aversión al riesgo. En cualquier caso, nuestro planteamiento es penalizar las conductas más graves o las decisiones fuera de la razón o sin conocimiento.

SÁNCHEZ-CALERO, F. (2007): “Los administradores en la sociedad de capital”, p. 185. Comparte, en alguna medida, la tesis de PAZ-ARES porque mantiene que la consideración del deber de diligencia como una obligación de medios supone que la exigencia de ese deber no debe ser excesivamente elevada, ya que ha de otorgarse a los administradores un cierto grado de discrecionalidad en la adopción de sus decisiones referente al desarrollo de las actividades vinculadas al objeto social.



## **7-CONCEPTO, DETERMINACIÓN Y APLICACIÓN DEL ESTÁNDAR DE DILIGENCIA DEL “ORDENADO EMPRESARIO”. RELACIÓN CON LA PROFESIONALIDAD DEL ADMINISTRADOR SOCIETARIO**

El actual estándar de diligencia<sup>628</sup> del administrador societario se eleva hasta la diligencia del “ordenado empresario y de un representante leal”. La función del administrador, por tanto, se tecnifica y en nuestra opinión debería ser referenciada a los patrones profesionales de la gestión. Aunque para parte de la doctrina, reconocemos, esta exigencia no resulta tan nítida<sup>629</sup>.

Es verdad que el ordenamiento se resiste a concretar el concepto, a marcar pautas de referencia y, por tanto, en sede judicial resulta difícil una imputación de responsabilidad por falta de la diligencia debida en el quehacer empresarial.

Es verdad que no todos los administradores tienen las mismas funciones, ni tan siquiera parecidas remuneraciones<sup>630</sup>. Pero no deja de ser cierto que, cuando menos alguno de los administradores en el órgano colegiado o el propio administrador único, tienen encomendadas las funciones de la gestión empresarial al más alto nivel y por lo menos a éstos, en virtud de sus competencias ejecutivas, debe serles exigible un patrón de conducta profesional, máxime teniendo en cuenta que derivado de su actuación gestora, la sociedad y por ello sus propietarios, pretenden maximizar unos beneficios limitando

---

En cualquier caso, nosotros sostenemos que hay suficiente margen para, sin restringir la necesaria discrecionalidad que exige la actividad, poder enjuiciar la diligencia con la que se ha desarrollado la misma.

<sup>628</sup> CASANOVA, M. J. (2012): “La fundamentación de los fiduciary...”, op. cit., pp. 253-254. Analiza la evolución de la jurisprudencia norteamericana desde su primer caso en 1829 *Percy vs Millaudon* en el que exigió al administrador ejercitar sus funciones con diligencia y cuidado, hasta exigir tres estándares de diligencia 1) negligencia grosera, 2) la diligencia del administrador ordinario prudente en circunstancias similares y 3) la diligencia que una persona ordinaria prudente tendría al administrar un negocio propio. “La mayoría de los estados norteamericanos codificaron el segundo nivel, incorporada también en la Model Business Corporation Act”.

<sup>629</sup> Ejemplo en contra de nuestra idea, HERNANDO, L. (2009): “El deber de diligente administración...”, op. cit., p. 45. Para él la capacitación exigida para actuar como ordenado empresario no se ha de confundir con la imposición de una profesionalización en el ejercicio del cargo, puesto que la atribución de la condición de comerciante, el Código de Comercio únicamente exige capacidad legal y habitualidad. “El administrador no se somete a una específica *lex artis*, si bien su función sí que le traslada el sometimiento al estatuto jurídico de empresario que compete a la sociedad”.

<sup>630</sup> Para HERNANDO, L. (2009), p. 48. “No parece equitativo trasladar, por falta de diligencia, la misma graduación de responsabilidad en la valoración de los daños y perjuicios causados por el administrador de una sociedad que titule una gran empresa con capacidad ejecutiva, con cualificación en el ramo de actividad que conforme el objeto social, con una alta retribución por el ejercicio del cargo y por la toma de decisiones de operaciones relevantes para la sociedad, que la imponible a un miembro del consejo de administración de una sociedad como una mediana o pequeña empresa, que ejerce el cargo de forma gratuita, sin conocimientos técnicos de la actividad y respecto de decisiones de escasa significación en el devenir de la empresa social”.

Respecto al planteamiento del autor, nos surgen las siguientes preguntas: entonces, ¿qué interés tiene este perfil de administrador? y ¿quién es el que efectivamente realiza la función ejecutiva de gestión? porque es a este último al que cuando menos habría que exigirle una actuación profesional. En otro caso, ¿por qué tendrían los acreedores que soportar la insolvencia derivada de una mala *praxis* empresarial consecuencia de la insuficiente pericia de su administrador?

su responsabilidad patrimonial<sup>631</sup>. Y en este sentido, desde nuestro punto de vista, cuando una sociedad es insolvente y pretende trasladar el riesgo empresarial a sus acreedores cuando menos, éstos tendrían que tener derecho a exigir que la gestión que se ha realizado haya estado enmarcada dentro de los cánones de la profesionalidad como mínimo durante el período de preinsolvencia que en este trabajo estimamos en doce meses<sup>632</sup>.

Desde esta perspectiva, y a nuestro juicio, el empresario administrador que no desee ver sometida o posteriormente enjuiciada su gestión con parámetros de la profesión debiera actuar sin el escudo protector de la responsabilidad limitada que permiten algunas sociedades, es decir, como empresario persona física en el que compromete su patrimonio personal<sup>633</sup>.

---

<sup>631</sup> VILLANUEVA, B.A. (2013): “El ejercicio de la acción social...”, op. cit., p. 23. En su trabajo, que se refiere a las sociedades anónimas y considera que los estándares de conducta que han de respetar los administradores en el desempeño del cargo son cambiantes y su valoración se debe hacer con atención a la estructura de la sociedad anónima de la que sean administradores y al entorno económico-social que la rodee. La autora apoya su idea en ALLEN, W.T. “Modern Corporate Governance and the erosion of the Business Judgement rule in Delaware Corporate Law”, en CLPE Research paper n1 6/ 2008 pp 2-3, disponible en [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com) “quien desde su experiencia de doce años como integrante de la Delaware Court of Chancery, declaró que la valoración de la conducta de los administradores no era tanto legal, sino basada en criterios económicos”.

Lógicamente, en cuanto al deber de diligencia no compartimos esos criterios por el contrario proponemos los de profesionalidad (conocimiento y experiencia) para adoptar decisiones, cuando menos, coherentes con la situación diagnosticada.

<sup>632</sup> PRADES, D. (2011): “La responsabilidad del gestor...”, op. cit., pp. 124-131. Un problema adicional para considerar que los acreedores podrían exigir la actuación diligente y profesional del administrador durante los meses previos a que se manifieste la insolvencia lo encontramos en la corriente doctrinal de los que opinan que el deber de diligencia exigible al administrador tiene como destinatarios a los socios de la empresa y no a terceros, idea a la que ya hemos hecho referencia anteriormente. Entre ellos, PRADES apoya su tesis en distintas consideraciones: en la posición de algunas Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras en la del 27-7-2007 y en la de 30-5-2008; en la ubicación de este deber en los textos legales; en el respeto al interés social que la Ley pide al administrador en los artículos 236 y 237 de la actual Ley de Sociedades de Capital y que en muchos casos no es compatible con el interés de los terceros.

A nuestro juicio, cabe también otros planteamientos. Por ejemplo, en el texto de la propuesta de Código mercantil de 2013 elaborada por los expertos, en la sección 2ª de los deberes de los administradores se recoge en el art. 215-7 el deber de diligente administración y no se hace mención expresa de los beneficiarios de este deber y, contrariamente, en el art. 215-8 del deber de lealtad, expresamente se menciona, “los administradores deberán desempeñar lealmente el cargo con fidelidad a la sociedad”. En cualquier caso sería interesante clarificar la controversia. Lo mencionado se puede comprobar también en GONZÁLEZ, I. (2013): “Primeras reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores sociales en la propuesta de código mercantil”, pp. 331-377

<sup>633</sup> No parece que las intenciones del legislador, acuciado por las elevadas tasas de desempleo que soporta España, vayan por ahí. Antes al contrario con la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización pretende extender alguna suerte de los beneficios de la responsabilidad limitada característica de las sociedades de capital al emprendedor persona física. Vid CUENA, M. (2014): “Ley de emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start*”, pp. 123-162

Así, el art. 7 de la citada Ley recoge, “el emprendedor persona física, cualquiera que sea su actividad, podrá limitar su responsabilidad por las deudas que traigan causa del ejercicio de dicha actividad empresarial o profesional mediante la asunción de la condición de “Emprendedor de responsabilidad Limitada”, una vez cumplidos los requisitos y en los términos establecidos en este capítulo”. Sin embargo, esta limitación de responsabilidad en cuanto al bien vivienda habitual en los términos determinados por la Ley no afecta a las obligaciones tributarias o con la seguridad social, así como tampoco, lógicamente a las garantizadas.. la pregunta que nos hacemos es ¿quién resulta entonces perjudicado por esta medida?. No cabe duda, que como siempre el pequeño/ mediano acreedor.

La afectación limitada del patrimonio de los socios o empresarios a su aportación debiera llevar anudada la exigencia de la gestión profesional de la actividad de la empresa y como consecuencia de ello, al órgano de administración, colegiado o unipersonal, que se identifica con los propietarios de la empresa o están relacionados con éstos en virtud de una relación contractual interpuesta, debiera serles exigible un deber de diligencia dentro de los cánones de la profesionalización de la gestión<sup>634</sup>. De hecho, estamos ante un deber de diligencia como “un ordenado empresario” y que el propio legislador unifica con independencia de que los administradores en cada caso sean empresarios / propietarios o profesionales de la administración.

Ortiz Del Valle <sup>635</sup> sigue la opinión de Velasco<sup>636</sup> al considerar que “la imposición a los administradores de la diligencia del “ordenado empresario” supone establecer un estándar de diligencia típica y objetiva que se debe valorar no conforme a circunstancias personales del administrador, sino conforme a las aptitudes y conocimientos exigidos objetivamente por la función atribuida y de acuerdo con el tipo de relación que estamos considerando”.

Para pasar posteriormente a profundizar solicitando que la diligencia exigible por su contenido relativo tendrá que medirse de acuerdo a las circunstancias de la empresa y de cada caso concreto, considerando el sector de actividad, la dimensión de la empresa, su situación, la importancia de las operaciones así como otras circunstancias de tiempo y lugar. Sin embargo, concluye, “deberá tenderse a una interpretación objetiva del deber de diligencia prescindiendo de consideraciones subjetivas sobre la capacidad y pericia personal de cada uno de los administradores”.

Hurtado<sup>637</sup>, sin embargo, aunque coincide con los autores mencionados en la necesidad de tener en cuenta aspectos de la empresa (tamaño, sector, etc.) considera necesario también, contrariamente a ellos, tener en cuenta las circunstancias personales del administrador.

De esta manera establece algunos parámetros a considerar. Para ello toma como referencia el supuesto de la existencia de una relación contractual previa, posteriormente incumplida, que ha producido un daño a una de las partes contratantes<sup>638</sup>. En este

---

<sup>634</sup> Vid RAMOS, I. (2006): “El estándar mercantil...”, op. cit., pp. 224-225. Describe al ordenado empresario como el empresario que desarrolla su actividad empresarial con la diligencia media exigible. Como una persona que tiene conocimientos, al menos, de la práctica comercial nacional, pudiendo contar, inclusive, con conocimientos de la práctica comunitaria e internacional, atendiendo a que es un profesional ya que se dedica habitualmente a esas tareas. Por tanto, a su juicio, un ordenado empresario, además de ser un profesional, por ser característica inherente al propio concepto de comerciante, es un empresario, en consecuencia, su diligencia habrá de ser superior, ya que sobre él pesan mayores obligaciones y estará sometido al estatuto del empresario”.

Igualmente ORIOL, J. (2011): “los deberes y la responsabilidad de los administradores”, p. 28, atribuye algún carácter de profesionalidad exigible mediante el estándar de “ordenado empresario” ya que le atribuye un nivel de “pericia”. Así el autor sostiene “La tipología de conflicto de intereses a que con seguridad se refiere el modelo de conducta del “ordenado empresario” son los relativos a la cantidad de tiempo y esfuerzo y al nivel de pericia que los administradores prestan a la sociedad”.

<sup>635</sup> ORTIZ DEL VALLE, M. C. (2005): “La administración delegada...”, op. cit., pp. 341-342

<sup>636</sup> VELASCO, E. (1995): “Responsabilidad civil de los administradores”, p. 5913

<sup>637</sup> HURTADO, J. (1998): “La responsabilidad de los administradores societarios: estudio de su problemática en la praxis judicial”, pp. 68-78

<sup>638</sup> Estimamos que esa relación contractual puede extender su aplicación al supuesto de contratación de la sociedad con terceros. Es cierto que no existe una relación contractual entre éstos y el administrador por cuanto el contrato se celebra entre la sociedad y el acreedor, pero también lo es que una vez se ha

escenario plantea la posibilidad de una falta de diligencia por parte del administrador como causa directa de la lesión patrimonial producida y propone el estudio de las circunstancias del caso para su valoración. Distingue entre tipos de circunstancias: objetivas de la sociedad, penales y objetivas del caso.

a) Circunstancias objetivas relacionadas con la sociedad que ha sido representada por el administrador cuyo nivel de diligencia se juzga:

- Magnitud de la empresa.

- Capital social en relación con la operación decidida.

- Objeto social. No es lo mismo un Banco que otro tipo de empresa.

- Situación económica de la empresa en el momento de la operación.

- Situación económica del sector en el momento de la operación.

b) Circunstancias personales del administrador dentro de la sociedad que representa:

- Participación que el administrador puede tener en el capital social.

- Cargo dentro del órgano social.

- Distribución de funciones dentro del órgano.

- Grado de influencia que la gestión del administrador tiene en la marcha de la empresa.

- Posible existencia de confusión en el patrimonio.

- Cumplimiento de otras obligaciones específicas no directamente derivadas de la relación contractual en cuestión, como por ejemplo llevanza de libros de contabilidad.

- Retribución del cargo.

- La capacidad o pericia personal propia del administrador en relación con la actividad que desarrolla la sociedad. Se deberían valorar determinados datos como la experiencia del mismo en el sector, su nivel cultural, etc, teniendo en cuenta que cuando la capacidad sea nula, seguramente estaremos ante un testaferro u hombre de paja

---

producido el incumplimiento del contrato por parte de aquélla, (en el sentido de no atender las deudas vencidas), si el mismo se produce en el escenario de un incumplimiento legal en la actuación de la administración, como, a nuestro juicio, es la no conducta como un “ordenado empresario”, la Ley otorga legitimación activa al acreedor que ha visto insatisfecho su crédito para solicitar la responsabilidad del administrador.

No entramos, por exceder el ámbito de este estudio, a profundizar sobre si corresponde la acción social, en cuyo caso la cantidad percibida iría al patrimonio de la sociedad o la acción individual que exige que la conducta produzca un daño directo al acreedor.

Quizás, podría valorarse la posibilidad de establecer una responsabilidad por deudas para los casos en que se pueda acreditar una actitud del administrador que no corresponde a la de un “ordenado empresario”. Es decir, ampliar el supuesto de hecho con relación al que ya se contempla en la Ley de Sociedades de Capital por no disolver la sociedad

c) Circunstancias objetivas del acto u operación realizados por el administrador y generador del daño:

-Riesgo previsible que pueda comportar para la sociedad.

-Adecuada previsión financiera realizada por el administrador para conocer la capacidad social para afrontar las obligaciones derivadas de la operación.

De todos los parámetros citados que el autor propone ya adelantamos que nosotros compartimos, en mayor medida, el criterio de los primeros porque aunque en relación al problema que a este trabajo ocupa respecto a la tutela de los derechos de los acreedores y, como otra cara de la moneda, la responsabilidad del administrador, algunos de los *ítems* de las circunstancias personales los estimamos como válidos, sin embargo, otros no nos parecen adecuados (por ejemplo, participación en el capital social, retribución del cargo o la capacidad o pericia personal, que se le supone). No parece adecuado que el acreedor deba soportar una gestión de empresa inadecuada cuando le perjudica por llevarla a la insolvencia, y ésta sea consecuencia del perfil profesional del administrador societario en cuestión.

Aunque llegados a este punto, hay que recordar que la actuación del administrador y con ella el deber de diligencia inherente a su cargo, es una obligación de medios. El administrador no puede garantizar el resultado de su gestión y de las decisiones adoptadas aunque por lo mencionado hasta ahora sí debiera garantizar una gestión y unas decisiones con base en la información necesaria y con criterios profesionales en cuanto a la estrategia definida y a la operativa a probada<sup>639</sup>.

La doctrina mayoritaria reconoce que el estándar de diligencia exigible a los administradores de una sociedad “un ordenado empresario”, es de nivel superior a la diligencia exigible en la parte general del derecho de obligaciones que lo establece como “un ordenado padre de familia”. Sin embargo dos cuestiones podemos apuntar: por una parte, un elevado porcentaje de los trabajos que profundizan en el estudio de los deberes de los administradores lo hacen bajo el escenario de sociedades de capital abiertas<sup>640</sup>, o por lo menos de tamaño considerable, donde se produce la separación

---

<sup>639</sup>HERNANDO, L. (2009): “El deber de diligente administración...”, op. cit., pp. 55-56. “El comportamiento (del administrador) exigible ha de ser el derivado de atender a las circunstancias concurrentes como *homo economicus*. La imposición de actuar como ordenado empresario exige que el administrador maximice la utilidad esperada y que atienda a criterios de mercado, y a tal fin, su conducta ha de ser racional (...) y para su consecución resulta preciso que se dote de cuantos medios disponga a su alcance para obtener conocimiento de la operación y de las circunstancias que pueden afectar a su cumplimiento. Tanto la propia experiencia y capacidad personales en la gestión empresarial, como la asistencia y asesoramiento de especialistas, son factores que aseguran el cumplimiento del deber de diligente administración y, con ello, su particular posición ante una eventual reclamación daños de carácter personal”.

<sup>640</sup>ORIO, J. (2011): “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”, p. 31, en “la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles”. En estas sociedades abiertas es donde tiene sentido también un importante debate acerca de si los deberes de los administradores pueden modularse por los estatutos de la sociedad.

Este parece ser el caso tratado por Oriol cuando sugiere que “el deber de diligencia constituye la cláusula general residual para enjuiciar todas aquellas conductas de los administradores que ponen de manifiesto el tipo de conflictos de intereses que persigue evitar su imposición. La tipología del conflicto de intereses a que con seguridad se refiere el modelo de conducta del “ordenado empresario” son los relativos a las cantidad de tiempo y esfuerzo y al nivel de pericia que los administradores prestan a la sociedad”.

entre la propiedad de la empresa y el órgano de gestión. En este sentido, como hemos reiterado anteriormente, los problemas más frecuentes proceden de los conflictos entre los intereses societarios y los de los administradores, es decir afectan a los deberes de lealtad y de fidelidad y como concepto integrador al deber general de buena fe. Los informes sobre el Gobierno corporativo, Aldama, efectúan recomendaciones que salvaguarden los intereses de los inversores. En esta sede, el problema de diligencia debida, en cuanto a capacidad profesional de los administradores, es de perfil superior ya que en caso de mala *praxis* pueden ser cesados sin complicación excesiva por lo que ellos mismos tendrán interés en mantener su capacitación.

Por otra parte, se presenta la extraordinaria dificultad de establecer parámetros de gestión profesional porque la profesión puede ser valorada sólo por los medios utilizados y no por sus resultados (no hay que obviar la necesaria discrecionalidad de la actividad) y a esto se añade la dificultad de realizar una valoración *a posteriori* en otro momento y en otras circunstancias, lo que justifica que no se hayan publicado suficientes estudios que traten en profundidad sobre cómo enjuiciar la profesionalización de los administradores. Finalmente hay que tener en cuenta la influencia de la corriente de otros países en especial de EEUU y su doctrina de la *business judgment rule* que lo que propugna es un espacio de inmunidad<sup>641</sup> de las decisiones de los administradores siempre que se hayan tomado con la información suficiente y con cumplimiento de los deberes de lealtad que, consideramos, resultan aplicables en una categoría de empresa abierta que no es la que en este trabajo preocupa, como ya hemos puesto de relieve.

Más allá de lo anterior, estimamos, no se puede ir. La actividad empresarial soporta unos riesgos inherentes y consecuencia de la economía de libre mercado. El administrador al que se le traslada la posición del empresario en cuanto a la actividad a desarrollar soporta también estos riesgos. Por ello, cuando se pretende enjuiciar su conducta *a posteriori* y aparejarle una responsabilidad, hay que modularla atendiendo a las condiciones de tiempo, lugar, sector y posición de la organización<sup>642</sup>.

---

Estamos en desacuerdo con esta idea o cuando menos sugerimos su ampliación. Desde nuestro punto de vista, los hechos que el autor enuncia cabrían también en el deber de fidelidad o, en todo caso, el deber de diligencia (esfuerzo y pericia) debiera ser exigible también en la relación con los acreedores.

Otros autores ven más aplicable un criterio organicista al consejo de administración, en consecuencia parte de la sociedad y quizás, aquí el argumento anterior encontraría más obstáculos.

En cualquier caso, y a efectos de lo que aquí importa, la doctrina es clara al determinar que en ningún caso esta limitación de responsabilidad podría afectar a terceros, ni a los acreedores considerándolos terceros. Y por ello, ORIOL sostiene "...El fundamento de la ilicitud de las cláusulas estatutarias que modifican el régimen de responsabilidad por infracción del deber de diligencia reside no en el presupuesto carácter imperativo de este deber (STS 30.12.1997) sino en la ilicitud de los pactos que afectan a la esfera jurídica de terceros (arg., ex art. 6.2 del CC)...La razón reside en que unos de los principios configuradores del régimen jurídico de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada es la protección de los acreedores sociales, principio éste que se manifiesta en diversos preceptos..."

p. 31.

Pero esta posición no es pacífica en la doctrina. Hay quien percibe una contradicción entre ella y admitir simultáneamente la validez de los seguros de responsabilidad civil de los administradores y directivos que cubren la indemnización a favor de la sociedad o de terceros. Sin embargo, como aclara el autor, en estos casos los intereses de la sociedad o de terceros quedarán a salvo mediante la indemnización.

<sup>641</sup> Sobre esta inmunidad, vid McMILLAN, L. (2013): "The business judgment rule as an immunity doctrine"

<sup>642</sup> Para HERNANDO, L (2009): "El deber de diligente administración...", op. cit., p. 58. "El comportamiento ha de ser medido conforme al que hubiera tenido un ordenado empresario y

Tan elevada es la complejidad de enjuiciar las decisiones empresariales tomadas en momentos anteriores y en circunstancias diferentes que alguna parte de la doctrina estima que éstas están sustraídas del modelo de conducta que define el deber de diligencia por varias razones, entre ellas ORIOL, J<sup>643</sup> cita tres: la inexistencia de una *lex artis* que pueda servir para integrar el modelo de conducta del ordenado empresario, inexistencia que no sólo es un hecho sino que es consecuencia de la propia actividad empresarial que exige innovación y asunción de riesgos. La segunda razón radica en la falta de preparación de los jueces para revisar las decisiones empresariales de los administradores, pues su sustitución por decisiones judiciales en las que están ausentes los incentivos que generan las primeras difícilmente incrementarán la eficiencia de la actividad empresarial. Y la tercera correspondería al riesgo de “juzgar negligentes *ex post* todas las decisiones empresariales que han causado daños al patrimonio social dejará sin razón el principio de especialización funcional.”

No podemos estar de acuerdo con esta tesis en cuanto, por lo que se refiere al punto primero, sí existe abundante conocimiento técnico y doctrina empresarial que determina cuáles son las tareas que, indefectiblemente, conlleva la administración de empresas: diagnosticar la empresa, determinar sus fortalezas y debilidades, estudiar el entorno inmediato y el general, identificar las amenazas y oportunidades que previsiblemente sucederán en el medio plazo, calcular la rentabilidad de las líneas/ productos, estimar las ventas a corto, la posición de mercado, la liquidez prevista, la posición financiera, elegir la estrategia, que en base a la información obtenida sea la preferida por los administradores, aprobar los planes de acción y de gestión así como efectuar su seguimiento y correcciones necesarias y documentar todo ello, son algunas de las principales funciones de la administración y gestión. Realizarlas y documentarlas, en nuestra opinión, demuestran una conducta de “ordenado empresario”.

Como se observará en ningún momento hemos enjuiciado esta conducta en función de los resultados que obtenga así como tampoco hemos establecido la necesidad de que se elija una estrategia única sino que la elección de ésta queda sujeta a la discrecionalidad del administrador.

En referencia a la capacitación del juez, como en múltiples materias, éste actuará apoyado por peritos y en cuanto al escenario en el que se tomó la decisión, éste podrá ser recreado paramétricamente.

Y si esto es interesante ante una eventual solicitud de responsabilidad por parte de los accionistas que se supone habrán elegido de forma más o menos directa al gestor, lo será en mayor medida en las sociedades cerradas donde éste será también propietario, ante eventuales solicitudes de responsabilidad por parte de acreedores, que ven fracasadas sus expectativas, en procesos de liquidación. Aunque en este último caso el período enjuiciado corresponderá con lo que venimos en llamar zona sospechosa, (doce meses previos a la insolvencia efectiva).

Y aún cuando el órgano de administración no hubiera desarrollado directamente las acciones objeto de valoración mantendrá una responsabilidad por sus funciones *in*

---

representante leal en dicho sector de actividad, para una empresa y operaciones similares, y atendidas el resto de circunstancias concurrentes”.

<sup>643</sup> ORIOL, J. (2011): “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”, p. 35

*eligendo, in vigilando e in instruyendo*<sup>644</sup>. El administrador social se encuentra en la cúpula de la estructura responsable de la gestión empresarial y por ese motivo será el responsable de la gestión empresarial a todos los niveles: estratégico, táctico y operativo. Será responsable de los planes y políticas implementados en la empresa, en cuanto a su diseño, ejecución y control. Y el deber de diligencia le alcanzará tanto por los actos realizados, directa o indirectamente, como por los omitidos<sup>645</sup>.

El legislador societario español se ocupa, desde la perspectiva de las relaciones con terceros, de la actuación de los administradores en representación de la sociedad. No obstante, obvia la vertiente empresarial de la gestión que se encomienda a los administradores a pesar de la incidencia que ésta puede llegar a tener para la satisfacción de los intereses de los primeros.

El debate planteado se centra, por tanto, en tres cuestiones fundamentales:

1¿Existe unos conocimientos técnicos, suficientemente contrastados, y por tanto una profesión para realizar la administración y gestión de empresas?,

2 si eso es así, y dado que el ordenamiento jurídico establece la obligación de actuación del administrador como “un ordenado empresario” tenga éste una relación contractual con la sociedad no siendo a la vez socio o por el contrario siendo propietario, ¿no tendrá en el desempeño de su cargo una responsabilidad profesional anudada a los estándares de la profesión que desempeña?,

3 y en ese caso, en sede de insolvencia empresarial ¿cabría quizás, previa modificación de la Ley Concursal en el sentido de que ésta exige culpa grave, el enjuiciamiento de la actuación del administrador en relación a los términos generalmente aceptados por la profesión?

---

<sup>644</sup> ORIOL, J. (2011), pp. 28 y ss. Considera que a la hora de imputar responsabilidades a los administradores por la conducta realizada es preciso tener en cuenta el papel efectivo que cada uno ejercía. Aunque como hemos indicado los jueces cada vez son más severos con los administradores que en su defensa alegan “no sabía, no me informaron, me ocultaron (...)” exigiendo conductas más proactivas por la relevancia de su cargo. Para Oriol, “En el ámbito de las prestaciones propias del desempeño del cargo (de administrador) es preciso distinguir entre prestaciones de carácter técnico y las de carácter político, pues mientras las primeras se refieren a las actividades de gestión cotidianas, las segundas corresponden únicamente a las actividades de supervisión. Esta distinción cobra relevancia en los casos en los que el consejo de administración acuerde una delegación de facultades. (art. 249 LSC), pues esta produce una modificación del contenido de los deberes de los miembros del órgano de administración”.

Queremos únicamente resaltar, que el autor está reconociendo en el texto que hay unas prestaciones por parte de los administradores de carácter “técnico” por tanto puede existir una exigencia de profesionalización porque hay un conocimiento del que disponer.

<sup>645</sup> Según HERNANDO, L (2009): “El deber de diligente administración...”, op. cit., p. 97. Cuando aparece una oportunidad de negocio que no es aprovechada por el administrador societario consecuencia de la inactividad en sus funciones, se produce un incumplimiento respecto de su deber de inversión y como sucede con otros deberes derivados del general de diligencia la referencia será el deber de información impuesto a los administradores. “En este sentido, a quien se impute la precipitada responsabilidad habrá de explicar las razones sobre las cuales fundamente su decisión. En este orden de cosas, se habrá de distinguir entre una decisión cuyo resultado sea perjudicial para el interés social y una decisión radicalmente contraria al interés social. Los deberes de los administradores operan como deberes de medios y, en tal sentido, a ellos resultan aplicables las reglas de diligencia e información. Consecuentemente, no responderá el administrador, en principio, por un resultado negativo, cuando cumpla en la toma de decisión con la conducta exigible a todo ordenado empresario”.



Previa a estas cuestiones hay otra importante, ¿cuándo puede decirse que la gestión de una sociedad ha seguido los parámetros de una administración diligente?.

Para responder a la pregunta sería necesario establecer mecanismos de determinación del contenido de los modelos legales de conducta del administrador. ¿Qué vías de determinación existen?

Para Morillas<sup>646</sup> existen cinco:

1) La que proporciona el método inductivo, y que consiste en extraer de los casos judiciales en los que se aplican los modelos abstractos, los principios o elementos configuradores.

Es el juez quien ha de valorar si la conducta del administrador en el caso concreto se ajusta al modelo abstracto legalmente formulado.

2) Los criterios legales de determinación de la diligencia que proporciona el artículo 1104 del Código Civil, la naturaleza de la obligación y las circunstancias de la obligación (personas, tiempo y lugar).

De acuerdo con ellos, la regla general habrá de ser matizada teniendo en cuenta la concreta estructura del órgano administrativo; la posición del administrador dentro del órgano; la distribución de funciones a través de la delegación; la naturaleza de la actividad de la sociedad; sus dimensiones, y la importancia de las operaciones; situaciones especiales que afecten a la sociedad, etc.

3) Los usos de comercio. Tanto el parámetro de diligencia como el de buena fe se integran por los usos, por lo que en conciencia social se consideran buenas prácticas comerciales o prácticas empresariales correctas.

4) Formulación legal de casos concretos de responsabilidad.

Morillas muestra preferencia por un sistema que combine la regla general con una serie de supuestos concretos. Lista abierta y, por tanto, no exhaustiva que responderá a las críticas de parte de la doctrina en cuya opinión no es factible considerar todos los casos hipotéticos<sup>647</sup>.

5) La autonomía de la voluntad, textos y documentos que regulando las lagunas de la Ley otorgan seguridad pública a la actuación de la administración societaria.

---

<sup>646</sup> MORILLAS, J.M. (2002): “Las normas de conducta...”, op. cit., pp. 396-401

<sup>647</sup> Compartimos en este trabajo la opción por la que se decanta la autora, sin perjuicio de que las otras puedan actuar a su vez de complemento.

Un exponente de los no partidarios de concretar en alguna manera o de establecer referencias entorno al estándar de diligencia lo representa ORIOL, J. (2011): “Los deberes y la responsabilidad...”, op. cit., p. 28. “La razón de la indeterminación de la conducta debida en virtud del deber de diligencia se encuentra en la propia naturaleza de la actividad de la administración y representación de la empresa social que los administradores deben desplegar. Establecer *ex ante* todas las conductas que exige el desarrollo de esa actividad no sólo resulta impracticable, pues no es dudoso que resulta prácticamente imposible prever todas las conductas exigibles, sino también improcedente pues llegado un punto de concreción los beneficios de una regulación detallada no compensan los costes de llevarla a cabo”.

Para Ramos<sup>648</sup> el concepto de diligencia exigible estaría determinado por un nivel superior al de un buen padre de familia.

En cualquier caso, la determinación de lo que el legislador entiende como conducta de los administradores sociales como adecuada, es decir, la conducta que se corresponde con la de un “ordenado empresario” proporciona dos ventajas sustanciales; por una parte se promueve la calidad y profesionalidad de la administración societaria lo que es bueno para los accionistas, terceros y para la propia actividad económica y bienestar social y por otra parte, se establece un perímetro de actuación, la de un ordenado empresario dentro del cual el administrador podrá estar razonablemente seguro respecto a una eventual imputación por responsabilidad profesional.

### El deber de diligencia y la regla del buen juicio empresarial

El autor Hernando<sup>649</sup> realiza una detallada descripción del origen, planteamiento y aplicación de la regla del buen juicio empresarial (*the business judgment rule*). Sitúa su inicio en la Sentencia de Luisiana en 1829, en el caso de *Percy vs. Millaudon*. En esta sentencia la imputación de responsabilidad se anuda a la existencia de una negligencia grave, aunque “la negligencia no ha de derivar de la falta de experiencia e información suficientes sobre las cuales el administrador adopta una decisión empresarial, pues en este caso pierde el privilegio de la negligencia grave”.

La regla del buen juicio empresarial se mueve en el difícil equilibrio entre responsabilidad por conducta negligente del administrador (responsabilidad), y la necesaria discrecionalidad del administrador para efectuar la gestión empresarial de su competencia (autoridad).

Para el autor, la evolución hacia la autoridad de los administradores encuentra su mayor expresión en la Sentencia de la Corte Suprema de *Delaware* en el caso de *Smith vs Van Gorkom*, donde se equipara el deber de diligencia y el deber de informarse adecuadamente.

Posteriormente a este deber de información se añade un requisito más como es la verificación de la racionalidad y de la decisión adoptada. Ambas justifican la adopción de la “*Business Judgment Rule*” y en base a ella “se puede no aplicar la responsabilidad aún cuando se cause un perjuicio a la sociedad o a un tercero”.

Corresponde en consecuencia a los administradores probar el cumplimiento adecuado de su deber de información y la toma de decisión racional en su orientación al interés

---

<sup>648</sup> RAMOS, I. (2006): “El estándar mercantil...”, op. cit., pp. 199-200

<sup>649</sup> HERNANDO, L. (2009): “El deber de diligente administración...”, op. cit., pp. 106-107. Anteriormente hemos puesto de relieve que la aplicación de la *business judgment rule* en España puede no ser adecuada. Sin embargo, algunos de sus postulados merecen ser tenidos en cuenta al estudiar la responsabilidad del administrador por negligencia. Una ampliación de la caracterización de esta regla puede verse en el artículo de ARSHT, S. (1979): “The business judgment rule revisited” y también en HOLGER, LL. M. (2002): “La “business judgment rule” a la luz de la comparación jurídica y de la economía del Derecho”, pp. 1727-1754

social y, en nuestra opinión, con mayor motivo al interés de los acreedores en caso de posteriormente incurrir en una insolvencia.

Cuando el actor perjudicado alegue que el perjuicio infringido tiene su base en una actitud de los administradores sociales contraria a los concretos deberes legales y estatutarios y a los deberes generales de lealtad y fidelidad, éstos no pueden eludir la aplicación de la regla del buen juicio empresarial y, por tanto, con relación a esta corriente, el juez podría entrar a valorar esa actitud y como resultado anudar una responsabilidad al órgano de administración.

Sin embargo, cuando la pretensión se base en el deber de diligencia incumplido, corresponde al perjudicado-actor acreditar la realización de un acto o una omisión del administrador que sea contrario al deber de ejercicio diligente de sus funciones. Frente a ello, el administrador podrá excepcionar la regla del buen juicio empresarial. Pero esta regla no opera *ipso iure*, sino que a él le corresponde, a fin de evitar la revisión judicial, acreditar una cierta razón de la decisión, en referencia a una aplicación lógica que la justifique, y la bondad de la misma, en relación con el interés social<sup>650</sup>.

Los requisitos sustantivos para la aplicación de la regla del buen juicio empresarial son la racionalidad y la buena fe de la actitud enjuiciada, si falla alguno de ellos el administrador perdería la protección de la regla y su acción podría ser enjuiciada<sup>651</sup>.

---

<sup>650</sup> Vid HERNANDO; L. (2009), pp. 141 y ss para profundizar en esta materia.

<sup>651</sup> CASANOVA, M. J. (2012): “La fundamentación de los fiduciary...”, op. cit., pp. 255-256. Desde el punto de vista crítico la regla del buen juicio empresarial podía ser considerada como “un puerto seguro por los administradores en la medida en que les garantizaba que, cumpliendo sus requisitos (no tener interés personal en el objeto de decisión, estar adecuadamente informado respecto del mismo, actuar en lo que se considera mejor interés de la sociedad) les protegería de eventuales acciones de responsabilidad. La regla del buen juicio empresarial se transformó entonces en una herramienta jurídica clave que permitía a los administradores asumir riesgos, a veces desmedidos, siempre que se informasen adecuadamente y se comportasen honestamente. Se llegó a plantear si la regla del buen juicio había suplantado al deber de diligencia y se planteó entonces como alternativa que la regla del buen juicio empresarial sólo sería aplicable después de determinar que el administrador adoptó una decisión empresarial y que en el proceso utilizado aplicó el grado de diligencia exigible”.

GUERRERO, C. (2010): “La *business judgment rule* en los procesos de M&A”, p. 7, expone que la aplicación de esta regla por parte de los Tribunales de Delaware exige cuatro condiciones: que se haya producido una decisión de los administradores, que hayan tomado esa decisión en base a la información razonable obtenida, se haya tomado de buena fe y sea una actuación independiente y desinteresada. La regla opera como presunción *iuris tantum* que puede ser anulada por el demandante.

La autora manifiesta que en procesos de M&A la doctrina estadounidense aplicó, el criterio más exigente cuando eso sucedía, el de *entire fairness review*, invirtiéndose la carga de la prueba y correspondiendo ésta a los administradores que era un estricto estándar aplicable a las deslealtades. Dada la exigencia de éste, a finales de los noventa algunos tribunales de EEUU utilizaron un estándar intermedio en los años 90. El *enhanced scrutiny test* que implicaba hacer frente a un test de razonabilidad de la decisión adoptada y un test de la proporcionalidad de la misma. Y a día de hoy a pesar de la disparidad de criterios existentes, en la mayor parte de los casos se opta por aplicar la regla de la *business judgment rule* con carácter general y otros criterios sólo cuando las circunstancias del caso lo exijan. pp. 21-22

Hemos de decir de todas formas que, en los textos a los que hemos tenido acceso, estos criterios de diligencia se aproximan a ésta como estándar de profesionalidad de los administradores decisores sólo en la dimensión de obtener y utilizar información suficiente. En el resto de dimensiones, opinamos, se aproximan más a problemas de conflictos de intereses, dado que son supuestos en los que se valora las decisiones de los administradores pero éstas son complejas como son los casos de fusiones, adquisiciones societarias. Y en estos casos, el problema que se enjuicia es si las decisiones se tomaron en función de los intereses de los accionistas o de los propios administradores.

Además de los requisitos sustantivos, existe un requisito instrumental para su aplicación, el deber de informarse. Si éste no se ha dado en grado suficiente la protección queda eliminada<sup>652</sup>.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la regla del buen juicio empresarial, la regla opera como una excepción material del Derecho frente a la pretensión del actor y para rebatir los hechos y fundamentos en los que la basa traslada la carga probatoria al administrador quien debe probar que ha cumplido con sus deberes de información y de racionalidad de la decisión para la formación de la voluntad.

Si estas circunstancias se pueden acreditar, entonces el juez deberá abstenerse de efectuar una revisión de fondo del caso enjuiciado.

Para Hernando<sup>653</sup>, desde esta perspectiva y “circunscrito al deber de diligencia, a su vez, actúa como una presunción *iuris et de iure* sometida a la condición de que el administrador acredite el cumplimiento de los deberes específicos que se derivan del general de diligencia”.

*Pero la “la Business Judgment Rule, excede este ámbito y exige, como presupuestos previos, el cumplimiento del deber de lealtad, en referencia a la independencia del administrador respecto de las decisiones empresariales o a la autorización para su ejecución, y la observancia del deber de fidelidad, en aras del interés social. Desde esta perspectiva, la Regla se transforma en presunción *iuris tantum*, por cuanto permite al actor acreditar que las circunstancias del caso permiten ubicarlo bajo alguno de los diferentes deberes legales o estatutarios a los que se somete el administrador, y bajo este esquema autoriza la revisión de fondo de la cuestión litigiosa”<sup>654</sup>. En cualquier caso, y a pesar del predicamento que en la doctrina ha encontrado la regla del buen juicio empresarial, como hemos manifestado en el epígrafe anterior, cuestionamos profundamente que pueda o deba aplicarse directamente al caso español.*

---

Para profundizar sobre la aplicación de la *business judgment rule* por los Tribunales de Delaware, Vid el artículo de WARREN, I. ; ARONSTAM, B. (2007): “*Delaware’s business judgment rule and varying standards of judicial review for assessing director conduct in M&A transactions*”

<sup>652</sup> Vid HERNANDO, L. (2009): “El deber de diligente administración...”, op. cit., pp 152 y ss. Describe como en el sistema norteamericano corresponde al accionante, en nombre de la sociedad o en el suyo propio, fundamentar un defecto de forma que justifique la revisión de la decisión, en relación al deber de diligencia imputable al administrador societario.

Sin embargo, corresponde al administrador la carga probatoria de que ha obtenido información pertinente y suficiente de acuerdo con la naturaleza de la decisión a tomar. Pero pone de manifiesto la importancia de que exista una correlación entre el aspecto procedimental del deber de información y el aspecto sustantivo de acordar una decisión racional.

En cualquier caso, hay que tener presente que se trata de una obligación de medios, en ningún caso de resultados.

Para España Hernando solicita al legislador societario que instrumentalice el contenido del deber de diligencia a través del deber de cada uno de los administradores de informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad. “Una visión restringida al ámbito societario limitaría el deber de conocimiento exigible a los hechos de carácter jurídico-societario que pueden afectar a la sociedad. Una visión más amplia extiende la necesidad de informarse también de los aspectos económico- empresariales que afectan a la gestión de la sociedad. Sólo desde esta perspectiva se obtiene una visión de conjunto de la función atribuida al administrador”.

Compartimos con él esta última perspectiva más completa, es decir, un deber de información amplio, aunque matizamos más, y un deber de toma de decisiones coherentes en base a la información obtenida.

<sup>653</sup> HERNANDO, L. (2009), pp. 156 y ss

<sup>654</sup> Vid HERNANDO, L. (2009), pp. 156 y ss

## **8-LAS RESPONSABILIDADES DEL ADMINISTRADOR SOCIAL EN EL DERECHO SOCIETARIO Y SU DISTINTA NATURALEZA JURÍDICA**

Los ordenamientos jurídicos establecen medidas encaminadas a lograr compensar el daño infringido a un tercero, quien debe ser restituido cuando se dan unas circunstancias concretas.

El ordenamiento español no es una excepción<sup>655</sup>. La sociedad española, mayoritariamente, asume que quien infringe un daño a un tercero debe repararlo. Como regla general se establece la necesidad de que la persona afectada por la responsabilidad haya producido el daño mediante una acción, activa o pasiva, que guarde una relación de causalidad con el resultado dañoso. Sin embargo, en algunos supuestos se establecen situaciones en las que por el propio riesgo inherente a la actividad se anuda una responsabilidad objetiva o se definen supuestos en los que ocurrida una acción y sucedido un daño se presupone el hilo causal.

En sede de Derecho de sociedades coexisten dos regímenes para establecer la responsabilidad<sup>656</sup> de los administradores de sociedades de capital, de una parte las acciones de la Ley de Sociedades de Capital donde se regula la interposición de tres tipos de acciones: la acción individual, la acción social<sup>657</sup> y la responsabilidad por deudas<sup>658</sup> y de otra, la Ley Concursal de 2003 con las sucesivas modificaciones aprobadas<sup>659</sup>. Determinar la naturaleza de cada una de ellas es tarea esencial para

---

<sup>655</sup> DE ANGEL, R. (1993): “Tratado de responsabilidad civil”, en esta obra se puede estudiar con exhaustividad la responsabilidad civil

<sup>656</sup> Corresponde a los administradores los deberes de dos tipos de funciones principales: una función externa de representación y una interna de información y gestión. En este sentido, ORTIZ DEL VALLE, M.C. (2005): “La administración delegada...”, op. cit., pp. 337-338. Afirma que es el Consejo de administración, en la sociedad anónima, el titular del poder de decisión en la medida de que al mismo le corresponde la dirección general de la sociedad, es decir, la actividad de gestión en su conjunto. “Integran el proceso de gestión, la formulación de la estrategia y los objetivos de la sociedad y la dirección y control de la organización creada”.

<sup>657</sup> Vid ALONSO, R. (2000): “Consideraciones sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima”, pp. 1869-1874 para un tratamiento exhaustivo de esta acción. También importante es la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid sobre esta acción, comentada en el artículo de AMESTI, C (2013): “Responsabilidad social empresarial: comentario de la Sentencia núm. 321/2011 de 11 de noviembre de la Audiencia Provincial de Madrid”, pp. 335-360

<sup>658</sup> Esta acción corresponde al art. 367 Ley de Sociedades de Capital que exige como presupuesto la existencia de una obligación social, pero no instaura una responsabilidad indemnizatoria o resarcitoria, ya que no requiere perjuicio concreto ni nexo causal entre el crédito responsable de la acción reclamatoria y el incumplimiento normativo de los administradores. Basta acreditar la concurrencia de causa legal de disolución y la infracción de los deberes de los administradores en relación con la situación empresarial. Vid CABANAS, R.; BONARDELL, R. (2008): “Operación acordeón, pérdidas y concurso en la sociedad de responsabilidad limitada” para considerar las alternativas que tiene la empresa para evitar la causa de disolución ante acumulación de pérdidas.

<sup>659</sup> Vid STS Sala 1ª de 16 de julio de 2012 nº 501/2012 el Tribunal hace una clasificación de las distintas responsabilidades recogidas en el Derecho societario. La responsabilidad societaria. “En nuestro sistema, constituye una regla general la obligación de reparar por los daños y perjuicios causados, ya sea por incumplimiento de los contratos (art. 1101 del Código Civil), ya por hechos extracontractuales (art. 1902 del mismo Código Civil) siempre que deriven en relación de causa y efecto de comportamientos antijurídicos imputables a aquel frente a quien se demanda la reparación.

Cuando tales comportamientos sean imputables a sociedades capitalistas, a fin de evitar abusos de quienes las administran y actúan amparados en la ruptura de la relación causa efecto derivada de la

estimar su objeto, supuesto de hecho, los requisitos y la carga probatoria y, en este sentido, conocer con suficiente grado de concreción las conductas antijurídicas y reprochables en el ámbito de la gestión empresarial que el ordenamiento pretende prevenir.

Prades<sup>660</sup> realiza la siguiente clasificación entre los distintos tipos de responsabilidad exigible a los administradores sociales:

-Responsabilidad sanción por incumplimiento, en virtud de la cuál el ordenamiento sanciona por el incumplimiento de una norma. No resarce ni indemniza, y el autor la ubica en el artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital. Sitúa, por tanto, la esencia de esta responsabilidad en el incumplimiento de la norma y considera que es éste el que conlleva la responsabilidad en los términos que legalmente se establezcan, sin necesidad de que el acto cause daño a un tercero.

-Responsabilidad resarcitoria por el daño causado. Esta responsabilidad exigirá necesariamente la determinación de un daño causado pues en base a ella, la inexistencia del daño hace imposible su aplicación. Divide esta tipología de responsabilidad resarcitoria en dos caracteres: objetivo y causal.

La responsabilidad resarcitoria objetiva es una responsabilidad por riesgo, al realizar una actividad de riesgo se asume implícitamente que soportaremos las consecuencias perjudiciales de esta actividad y, por este motivo, si se produce un daño a tercero habrá obligación de indemnizar. Para Prades la consecuencia del carácter objetivo es la inversión de la carga de la prueba, “el resultado es que si no se prueba la culpa exclusiva del perjudicado vendremos obligados a indemnizar aunque no se haya probado nuestra culpa, porque la ley nos presume responsables y así lo hemos asumido al realizar la actividad de riesgo, y esta presunción admite la prueba en contrario. Pero sin daño no hay ni puede haber responsabilidad, sino sanción”<sup>661</sup>. La Ley que contemple este tipo de responsabilidad tiene que permitir al demandado probar que no se dan los supuestos que acarreen su responsabilidad y procesalmente corresponderá al demandante probar que se

---

heterogeneidad, el sistema reacciona y proporciona mecanismos a : la reconstrucción del patrimonio de la sociedad, art. 133.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aplicable a la declaración del concurso, la protección de socios y terceros frente a la actuación lesiva para sus intereses de los administradores, art. 135 de la mencionada Ley y a tutelar directamente los intereses de los acreedores del art. 262.5.

En el caso de sociedades capitalistas declaradas en concurso, si éste se estima culpable, a tenor del art. 164.1 de la Ley Concursal al que complementa el 165, ya porque concurría cualquiera de las irregularidades objetivas previstas en el 164.2 la ejecución de las conductas, positivas o negativas, que se describen en seis ordinales de la norma, determina aquella calificación por sí misma”. ALONSO, C. profundiza en el conocimiento de la responsabilidad de los administradores de la sociedad de capital tanto en sede de Derecho societario como en sede de Derecho concursal, vid los artículos, “Presupuestos de la responsabilidad de los administradores de una sociedad anónima” (1990) y “El art 48.2 LC y el marco de las relaciones de responsabilidad concursal del artículo 172.3 LC con la responsabilidad de los auditores y con las acciones sociales de responsabilidad de los administradores y liquidadores” (2004). Asimismo es interesante la obra de ALONSO, F. (2006): “La responsabilidad civil del administrador de la sociedad de capital y sus elementos configuradores” y en relación a la controvertida, aunque ya superada, naturaleza de la responsabilidad concursal, el artículo de BELTRÁN, E. (2012): “De nuevo sobre la “naturaleza” de la responsabilidad concursal”, pp. 355-376 ; QUIJANO, J. (2013): “La responsabilidad concursal tras la Ley 38/2011 de reforma de la ley concursal”, pp. 51-66 y el reciente artículo de GARNACHO, L. (2014): “Naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal”, pp. 215-235

<sup>660</sup> PRADES, D. (2011): “La responsabilidad del gestor...”, op. cit., pp. 315-320

<sup>661</sup> PRADES, D. (2011), p. 318

produce el hecho que activa la responsabilidad y probado éste hecho será el demandado al que le corresponderá probar las circunstancias que le exoneran de la responsabilidad en el caso enjuiciado. La responsabilidad resarcitoria objetiva necesita la existencia de una actividad de riesgo superior al común, asumido por la persona que realiza la actividad, y además la caracterización expresa en la Ley como responsabilidad objetiva, “circunstancia que no se puede presumir ni deducir, de manera que ante los daños causados en el ejercicio de la actividad de riesgo se releva al perjudicado de la prueba del nexo causal entre la conducta observada por el causante y el daño producido”<sup>662</sup>

La responsabilidad resarcitoria causal en la que es necesario probar el acto o conducta del responsable, el daño causado y la relación causal entre ambos. Es necesario probar que el comportamiento es el causante del daño y que no hubiese existido éste sin aquél.

Por su parte Prendes considera que la responsabilidad de los administradores contemplada en el régimen general de responsabilidad exige que el demandante acredite la existencia del acto concreto del administrador que ha contravenido la Ley, los Estatutos o la diligencia exigible por razón de su cargo causante del perjuicio reclamado y, por ello, “no cabe, pretender la responsabilidad de los administradores invocando la gestión negligente de un ejercicio social en general”<sup>663</sup>. De acuerdo con la clasificación que acabamos de indicar consideramos que se está refiriendo a la responsabilidad resarcitoria, en cuanto que exige un daño causado, aunque nos surge más dudas en cuanto al carácter de ésta ya que no sabemos si exige un nexo causal o no.

Consideradas los distintos tipos de responsabilidad nos surgen más problemas en relación a la responsabilidad de los administradores sociales. En efecto, nos encontramos con la circunstancia de que en el Derecho de sociedades el ámbito de aplicación de la Ley de Sociedades de Capital son las sociedades de capital y en materia de responsabilidad de los administradores sociales ésta no hace distinción alguna respecto al tipo de sociedad objeto de cada caso. Aplicándose por tanto a las sociedades abiertas (cotizadas) y a las cerradas, lo que exige un esfuerzo de interpretación y de adaptación a cada caso, por parte de los jueces, de alta intensidad y ello, desde nuestro punto de vista, sin que el legislador y la doctrina hayan profundizado en el establecimiento de criterios orientativos suficientes, sobre todo desde el punto de vista del deber de diligencia, que se manifiesta de forma desigual para cada tipología de sociedades de capital. Y en esta línea, si la jurisprudencia considera adecuado acercarse a los criterios de la *Business Judgment Rule*, en nuestra opinión, sería necesario realizar una adaptación previa a la tipología de empresas de capital social cuantitativamente dominantes en España y a sus características propias como anteriormente hemos manifestado.

Adelantamos, desde esta perspectiva, que no compartimos el criterio del legislador cuando establece una responsabilidad por culpa leve de los administradores, como régimen general, en la Ley de Sociedades de Capital y sin embargo, en sede concursal la responsabilidad indemnizatoria por daños del art. 172.2, 3º únicamente surge cuando

---

<sup>662</sup> PRADES, D. (2011), p. 315

<sup>663</sup> PRENDES, P. (2012): “La responsabilidad civil de los administradores...”, op. cit., p. 354

No será en este régimen de responsabilidad general en el que, por tanto, se deberá apoyar nuestra propuesta de responsabilidad concursal.

los administradores hayan incurrido en dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia, siendo ésta una situación especialmente negativa para terceros<sup>664</sup>.

La Ley Concursal en su art. 164.2<sup>665</sup> enumera seis supuestos en los que en todo caso el concurso se calificará como culpable. El legislador ha entendido que son supuestos especialmente graves y difíciles de demostrar el presupuesto subjetivo de dolo o culpa del deudor y el nexo causal de la acción u omisión y la generación o agravación de la insolvencia. Sobre estos supuestos la Ley realizada una presunción *iuris et de iure* de concurso culpable.

En el art. 165<sup>666</sup>, por el contrario, se enumeran supuestos que presumen la existencia de dolo o culpa grave en la actuación del deudor. Estas presunciones, por su carácter *iuris tantum*, pueden ser desactivadas por el deudor mediante prueba en contrario.

Sorprende aquí la actitud del legislador apoyada por algunos autores<sup>667</sup> al enjuiciar la conducta de deudores, instrumentalizadas por los administradores societarios, para anadarles una responsabilidad, en su caso, cuando concurra la insolvencia de la sociedad y que, en nuestra opinión, es un criterio excesivamente laxo.

---

<sup>664</sup> HERNANDO, J. (2013): “Calificación del concurso y coexistencia de las responsabilidades concursal y societaria”, pp. 77-78. Establece que la acción de responsabilidad prevista en el art. 238 Ley de Sociedades de Capital se diferencia, entre otras cuestiones de la responsabilidad del art. 172.2-3º de la Ley Concursal, en que en el primero basta con cualquier grado de culpa (incluida la leve) y en el segundo se eleva a dolo o culpa grave.

<sup>665</sup> Ley Concursal art. 164.2 concurso culpable “ En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurren cualquiera de los siguientes supuestos:

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

<sup>666</sup> Ley Concursal art. 165 Presunciones de dolo o culpa grave “ se presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores:

3º Si el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el registro mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso.”

<sup>667</sup> HERNANDO, J. (2013): “Calificación del concurso...”, op. cit., pp. 34-35. Para el autor, por ejemplo, la no llevanza de contabilidad en los supuestos legalmente exigibles, puede tener una mayor o menor relevancia dependiendo de la incidencia que la misma pueda tener en cuanto a la generación o agravación de la insolvencia. “Porque puede suceder que, a pesar de que el deudor no lleve contabilidad, la insolvencia sea consecuencia de actuaciones completamente ajenas a dicho incumplimiento por ejemplo el infortunio o el riesgo inherente a cualquier actividad empresarial”.

En nuestra opinión, el incumplimiento de la llevanza de la contabilidad, condición necesaria pero no suficiente para una adecuada gestión, debería operar como una suerte de responsabilidad objetiva sin que fuera necesario aplicar el elemento tradicional de la responsabilidad civil que es la relación causal, bastando por tanto, con presunción *iuris tantum*, que se den los otros dos elementos, comportamiento reprochable por acción u omisión y resultado dañoso.

En esta materia, HERNANDO, J. (2013), pp. 35 y ss. Trae a colación el debate que se ha planteado acerca de la constitucionalidad del sistema de presunciones previstos en el art 164.2 y 165 de la Ley Concursal, en cuanto que para algunos vulneran el derecho de defensa de la Constitución art. 24 y el principio de seguridad jurídica art 9.3. A este respecto, indica “Tanto la Sala 1ª del Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional analizaron la posible proyección del principio constitucional de presunción de inocencia respecto de procedimientos de quiebra y de suspensiones de pagos, rechazándolo por cuanto que ese principio rige en los procedimientos penales y administrativos sancionadores, no siendo de aplicación al ámbito del Derecho civil en que se plantean cuestiones de Derecho privado”.



Por ejemplo en el supuesto de no formular las cuentas anuales, se contraviene el ordenamiento mercantil, Código de Comercio art. 34, Ley de Sociedades de Capital art. 253 y ss, incumplimiento legal, por tanto, directo y contraviene asimismo el deber de diligencia del ordenado empresario art. 225 Ley de Sociedades de Capital. Sin embargo, se admite probar que este hecho no ha provocado la generación o agravación de la insolvencia y, por tanto, a pesar de que los administradores de una empresa no formulen sus cuentas el concurso de la misma puede ser calificado como fortuito.

Sólo podríamos pensar en supuestos de desastres imprevisibles sobre los que no fuera posible contratar cobertura, que verdaderamente se producen con escasa frecuencia. Por el contrario, desde nuestro punto de vista, el concurso de una empresa que no formula sus cuentas anuales, con independencia de las causas últimas por las que se ha materializado la insolvencia, debe solicitar la responsabilidad de los administradores. En virtud del unánimemente aceptado riesgo inherente a la actividad empresarial y de la necesaria discrecionalidad en la toma de decisiones que debe presidir la gestión de una organización, no deben ampararse conductas negligentes o escasamente diligentes cuando estamos cercenando derechos de terceros por obligaciones no satisfechas.

¿Puede el legislador admitir que una empresa, cuyos socios limitan su responsabilidad a las aportaciones realizadas, esté gestionada por administradores que no conocen la rentabilidad de su actividad, las expectativas futuras y su posición de solvencia financiera como mínimo o que no cumplen las funciones básicas atribuidas por la Ley como la obligación de formular las cuentas anuales?<sup>668</sup>.

¿Puede admitir que no informe de estas cuestiones a los terceros interesados, como preceptivamente obliga la legislación?.

¿Puede admitir una gestión no profesionalizada, a pesar del estándar de conducta debida como un ordenado empresario establecido en la legislación societaria, cuando nos encontramos en una situación de insolvencia?.

El primer obstáculo con el que nos encontramos a la hora de profundizar sobre la responsabilidad de los administradores en el marco concursal es determinar la naturaleza de esta responsabilidad<sup>669</sup>.

Dos son las interpretaciones mantenidas:

---

<sup>668</sup> GARRETA, J. M. (2014): “La diligencia y responsabilidad...”, op. cit., p. 97. Es más exigente, pide además que el empresario o administrador sea capaz de analizar, diagnosticar y extraer de la contabilidad información relevante para la toma de decisiones, “sería reduccionista limitar la obligación del administrador a la llevanza formal de la contabilidad; antes bien, la obligación de diligencia reclama que la utilidad de aquella contabilidad sea aprovechada”. Y también en el sentido de dar un paso más en la exigencia de responsabilidad a los administradores sociales se encuentra OLMEDO, E. (2014): “La responsabilidad contable en el gobierno corporativo de las sociedades de capital”, pp. 263-265, el autor trae a colación el art. 2.392 del *Códice civile* italiano que, en su opinión es más exigente que la normativa española. Para el citado autor, el plano negativo de la norma de las específicas competencias implica que aquellos administradores que se encuentren desprovistos de específicas cualidades para dar cumplimiento a algunos deberes derivados de las exigencias de su cargo, deberán recurrir a expertos o asesores, internos o externos a la estructura de la empresa para que les apoyen en las decisiones que están obligados a tomar, por ejemplo de cara a la formulación de las cuentas anuales.

<sup>669</sup> Vid el interesante artículo de DIAZ, J. L. (2013): “La discutida naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal a la luz de la última jurisprudencia”, pp. 153-202

La primera entiende la responsabilidad como una responsabilidad indemnizatoria por los daños causados, en la que debe acreditarse la concurrencia del elemento subjetivo como dolo o culpa grave en la generación y agravación de la insolvencia, el daño causado y el nexo de unión.

La segunda, mayoritaria, entiende que la responsabilidad concursal es una responsabilidad por deudas, *ex lege*, y que por ello sólo exige que concurren los presupuestos contemplados en el art. 172 bis de la Ley Concursal así como la imputación a las personas afectadas de los hechos que han determinado la calificación del concurso como culpable<sup>670</sup>.

Un segundo obstáculo hace referencia a los estándares de culpa exigidos para la imputación de responsabilidad en sede concursal que son más elevados, puesto que la Ley exige dolo o culpa grave, frente a los estándares de culpa leve que rige en la Ley Societaria. La parte mayoritaria de la doctrina apoya que así sea. Como exponente de los que así opinan traemos a colación las palabras de Hernando<sup>671</sup>.

---

<sup>670</sup> HERNANDO, J. (2013): “Calificación del concurso...”, op. cit., pp. 169 y ss. “Es evidente que tanto entre los autores como en las resoluciones judiciales predomina la tesis que ve en el precepto un caso de responsabilidad sanción o responsabilidad por deudas, aunque los que propugnan la responsabilidad por daño cuentan con no pocos defensores y con alguna resolución judicial”.

El autor expone su posición en los siguientes términos “la responsabilidad concursal no es un supuesto de responsabilidad por daños, ya que el precepto no hace alusión a los presupuestos inherentes a toda responsabilidad indemnizatoria, sino que por el contrario, lo que dispone es que cuando concurren los presupuestos expresados, el juez podrá condenar a los administradores a cubrir el déficit concursal que resulte de la liquidación de la masa activa. Si el legislador hubiera querido dotar a la responsabilidad concursal del carácter propio de una acción indemnizatoria, así lo hubiera expresado con nitidez, como lo ha hecho en los arts. 172.2-3º, último inciso, Ley Concursal, o en los arts. 236 y 241 Ley de Sociedades de Capital, por citar algunos ejemplos de responsabilidad de administradores sociales. En definitiva, le habría bastado con transponer al ámbito concursal el régimen general de responsabilidad contractual del art. 1902 de Código Civil, para siguiendo nuestra tradición jurídica civil, exigir con claridad la concurrencia de culpa, daño y nexo causal.

Por el contrario como sucede con el régimen de responsabilidad del art. 367 Ley de Sociedades de Capital, la Ley Concursal, ha impuesto una responsabilidad por deudas sociales y lo ha hecho con un marcado carácter sancionador.

Nos encontramos, por tanto, ante un específico supuesto de responsabilidad, *ex lege* y por deudas ajenas, de los administradores de sociedades en concurso; y ello sin perjuicio de que, como cualquier otro supuesto de responsabilidad, debe quedar sujeto a los supuestos que en nuestro ordenamiento rigen el sistema de responsabilidad civil, por lo que su imposición debe efectuarse por el juez del concurso en razón de la valoración de la conducta de los responsables, atendiendo a circunstancias de carácter objetivo y subjetivo concurrentes, pero siempre ajustándose a los criterios normativos expuestos en los arts. 164.1 y 2 y 165 LC”.

<sup>671</sup> HERNANDO, J. (2013), p. 180. Establece el punto de partida de la responsabilidad concursal en el dolo o la culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia (art.164.1 Ley Concursal), pero añade la consideración de aquellos supuestos en los que la Ley presume, bien el concurso culpable (art. 164.2 Ley Concursal), o bien el dolo o la culpa grave de los administradores (art. 165 Ley Concursal). “Esto nos sitúa ante un claro supuesto agravado de responsabilidad, frente al régimen general de la simple negligencia imperante tanto en el Derecho común como en el Derecho de Sociedades, lo que denota el firme deseo del legislador de reservar esta responsabilidad concursal para sancionar tan solo las conductas más graves, es decir, aquéllas que resultan inadmisibles hoy día para el tráfico societario y para el mercado en general”. Y continúa el autor “El art. 164.1 Ley Concursal establece una regla general por cuya virtud el concurso se calificará como culpable siempre que en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor. Esta regla general tiene como presupuesto cualquier acción u omisión del deudor o de sus representantes legales, una infracción de sus deberes de diligencia (art. 225 y ss Ley de Sociedades de Capital), pero con una exigencia de agravación de la culpa (dolo o culpa grave), y siempre que como consecuencia de dicho proceder se provoque la generación o

A nuestro juicio, no se justifica relajar las pautas de conducta exigida a los administradores sociales puesto que si bien la responsabilidad puede derivar en consecuencias graves, posible inhabilitación y financiación de todo o de parte del déficit concursal, en esta sede estamos ante un incumplimiento de obligaciones contraídas que sólo debiera quedar indemne si se hubiera desplegado previamente una administración diligente como “un ordenado empresario.”

El tercer obstáculo guarda relación con el hecho de que el ordenamiento no proporciona criterios al juez para determinar el grado de profesionalidad de las acciones u omisiones desplegadas en la actividad de los administradores societarios al enjuiciar cada caso concreto. Y recuérdese que esta profesionalidad junto con el esfuerzo invertido, en menor medida, hemos caracterizado anteriormente como aspectos que condicionan la diligencia del administrador. En nuestro ordenamiento jurídico el sistema de responsabilidad tiene que ponerse en relación con los elementos objetivos y subjetivos a la hora de imputar esa posible responsabilidad y sus consecuencias<sup>672</sup>.

El cuarto obstáculo tiene que ver con la dificultad probatoria de un nexo causal directo entre la conducta del administrador y el daño producido<sup>673</sup>, en este caso la insolvencia, que tiene como resultado la imposibilidad de cumplimiento de todas las obligaciones.

---

agravación de la insolvencia del deudor. Lo que quiere decir que este resultado se erige en condición necesaria de la que se hace depender la calificación culpable del concurso.” p. 188

<sup>672</sup> HERNANDO, J. (2013), pp. 190 y ss. Al respecto el autor se hace eco de la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo que afirma en relación a la responsabilidad del art. 367 Ley de Sociedades de Capital que sigue manteniendo que esta responsabilidad no requiere una estricta relación de causalidad entre el daño y el comportamiento concreto del administrador, o, “dicho de otra forma, no exige más que el enlace causal preestablecido en la propia norma”.

Para el tribunal lo anterior no quiere decir que no deba “integrarse” la responsabilidad por deudas sociales del art. 367 Ley de Sociedades de Capital en nuestro sistema general de responsabilidad civil, “de forma que los principios que la inspiran impongan la necesidad de templar su apreciación y consecuencias, en razón de la valoración de la conducta de los administradores responsables, atendiendo a las circunstancias de carácter objetivo y subjetivo concurrentes y aplicando las causas de exoneración de responsabilidad que el art. 237 dispone con carácter general para las acciones de responsabilidad de los administradores” y en relación al art. 172 bis Ley Concursal en la Sentencia del Tribunal Supremo ya mencionada de 16 de julio de 2012 continúa el autor “ El Tribunal reitera que el precepto no impone una condena que derive necesariamente de la calificación del concurso como culpable, pues de una justificación añadida en que el Juez valore, conforme a criterios normativos y a fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación que había determinado la calificación del concurso como culpable. Y todo ello, porque la responsabilidad concursal no es –dice la sentencia– una indemnización del daño derivado de la generación o agravación de la insolvencia, sino un supuesto de responsabilidad por deuda ajena”. Volveremos sobre esta importante sentencia de 2012.

Y también trata la materia, DIAZ, J. L. (2013): “La discutida naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal a la luz de la última jurisprudencia”, pp. 198-199. El autor para interpretar la naturaleza de la responsabilidad concursal de los administradores societarios busca apoyo en la tipología de responsabilidades que ha regulado el Derecho de sociedades y considera que no resulta razonable pensar que el legislador ha querido que el régimen de responsabilidad de los administradores sea más severo en supuestos en los que la compañía se encuentra *in bonis*, que cuando se ha declarado el concurso culpable y sostiene, “parece que el Tribunal supremo entiende que se trata de una responsabilidad por deudas (...) esta forma de entender la responsabilidad concursal explica el por qué no resulta necesaria la concurrencia de los tres requisitos que requiere el Derecho de daños: el daño, la culpa y la relación de causalidad entre ambas(...)”. Vid también MARÍN DE LA BÁRCENA, F. (2013): “responsabilidad concursal”, pp. 103-160

<sup>673</sup> HERNANDO, J. (2013): “Calificación del concurso...”, op. cit., pp. 189-190. Considera que el legislador para responder a la dificultad probatoria que es inherente a los presupuestos de calificación como culpable, en los art. 164.2 y 165 de la Ley Concursal tipifica una serie de supuestos en los que bien

Ello es así, porque en la mayor parte de las ocasiones no será una causa única, sino múltiples las causas que provoquen esa situación. En este contexto se complica extraordinariamente la acción probatoria porque entra en juego la discrecionalidad necesaria, que no arbitrariedad, para efectuar la gestión, así como los resultados inciertos de cada decisión tomada como consecuencia del riesgo inherente a toda actividad de empresa. A lo que hay que añadir la necesidad de recrear el escenario y las circunstancias en las que se produjo la mencionada decisión.

Separar todas estas cuestiones, que se presentan entremezcladas en la realidad, para poder efectuar las valoraciones con la mayor carga de objetividad se presenta como un reto titánico.

### **La falta de diligencia, ¿culpa grave o leve?**

En la Ley Concursal la responsabilidad del administrador por las acciones u omisiones que han llevado a la empresa a la insolvencia viene iniciada por la calificación<sup>674</sup> del concurso como culpable y no fortuito. Pero la pieza de calificación previa que la da pie no se abre en todas las circunstancias en el procedimiento concursal sino que viene anudada a la apertura de la liquidación o al establecimiento de una quita o espera especialmente gravosas para los acreedores, art. 167 de la ley Concursal.

Si no procede abrir la pieza de calificación porque no se dan los supuestos legales para ello o si una vez abierta se califica el concurso como fortuito no procederá solicitar la responsabilidad concursal de los administradores sin perjuicio que pueda exigirse otra responsabilidad societaria.

Por tanto, no toda insolvencia empresarial debe ser perseguida y así lo entiende también el legislador, hay un riesgo inherente a la actividad empresarial inevitable y que debe ser asumido por las partes. Pero la cuestión es decidir hasta qué límite debe llegar la impunidad en términos de responsabilidad.

---

se ordena la calificación culpable del concurso, o bien se presume la concurrencia de dolo o culpa grave en la actuación del concursado.

Las presunciones del art. 164.2 Ley Concursal constituyen supuestos que, por su especial gravedad, determinan, en todo caso, la calificación del concurso como culpable. “Son presunciones *iuris et de iure* que, por tanto, no admiten prueba en contrario. Sin embargo, los supuestos contemplados en el artículo 165 Ley Concursal no constituyen presunciones de concurso culpable sino de culpabilidad en el concurso, ya que el legislador se limita a dar por sentado que el deudor ha incurrido en una actuación u omisión dolosa o con culpa agravada, pero no la concurrencia del nexo causal entre dicho proceder y la generación o agravación del estado de insolvencia”.

Cabe que los administradores destruyan la presunción de dolo o culpa grave mediante acciones probatorias ya que son presunciones “*iuris tantum*”. Analiza detalladamente la institución de la calificación, FRAU, S. (2014): “La calificación en el concurso de acreedores. una visión crítica”

<sup>674</sup> FRAU, S. (2014): “La calificación en el concurso de acreedores. Una visión crítica”, p. 15, considera que a través de la calificación se persigue, en un plano meramente teórico, conocer cuáles han sido las razones que han provocado la insolvencia de la empresa concursada. Pero al respecto critica que este fin de la calificación no supera el plano teórico-formal.

La Ley Concursal exige que medie dolo o culpa grave, sin embargo en la Ley de Sociedades de Capital y antes en la Ley de Sociedades Anónimas, no se excluye la responsabilidad en función del grado de culpa<sup>675</sup>.

En referencia al estándar de conducta del “ordenado empresario”, el legislador, la jurisprudencia y la doctrina no establecen, con claridad, niveles de referencia y salvo supuestos concretos, como en la legislación concursal en los que se presupone incumplimientos graves, nada se dice de otros actos u omisiones que puedan calificarse de graves, necesarios para la determinación de la responsabilidad en sede concursal, o de leves en sede societaria<sup>676</sup>.

Lo que parece cierto es que en la mayor parte de las ocasiones los incumplimientos de los deberes del administrador que pueden originar responsabilidad se producen en los periodos previos a la insolvencia o en la insolvencia, pero antes de la solicitud de concurso. Es en este período donde parte de la doctrina entiende que este deber fiduciario pasa de ser de en relación a la sociedad a en relación a los acreedores. En esta etapa empresarial los socios tienen acotado su riesgo a la aportación entregada, sin embargo el riesgo se trasladará a los acreedores que verán frustradas sus expectativas de cobro<sup>677</sup>.

---

<sup>675</sup> PUYOL, B. (2004) : “La responsabilidad concursal de los acreedores” Corporate Governance conflicts and corporate insolvency II Harvard-Complutense Seminar on Business Law, indica “Ahora bien, a nuestro juicio, el establecimiento de esta exoneración no resulta muy coherente con el régimen general de responsabilidad de los administradores regulado en los art 133 y ss de la Ley de Sociedades Anónimas (ahora Ley de Sociedades de Capital), donde no se excluye la responsabilidad en función del grado de culpa. En este sentido, entendemos que habría resultado más conveniente haber impuesto responsabilidad por cualquier incumplimiento imputable a los administradores con independencia del grado de culpa y permitir que sea el juez el que gradúe la responsabilidad en función del grado”.

En este sentido, ALONSO, A. (2002): “La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 171.3 de la Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)”. Ver también CERDÁ, F. (2001) “Responsabilidad civil de los administradores sociales: ¿solos ante el peligro?. Un análisis jurisprudencial (1990-2000)” pp. 1-17 En la misma línea Todo SRL 2010-2011 Editorial CISS “El estándar tiene una gran importancia en materia de responsabilidad de los administradores. Cualquier desviación de la diligencia debida (ordenado empresario) por leve que sea, puede ocasionar la exigencia de responsabilidad de los administradores sociales”, p. 562

A nuestro juicio, el nivel de diligencia exigible al administrador societario *ex lege* Ley de Sociedades de Capital no debería, en ningún caso, ser superior al nivel de diligencia exigible *ex lege* Ley Concursal. Y esto porque, cuando se ha de aplicar esta última ya habrá acreedores que verán defraudadas sus expectativas con toda seguridad.

<sup>676</sup> RAMOS, I. (2006): “El estándar mercantil...”, op. cit., pp. 216-217. La citada autora en el artículo sostiene que no es sinónimo de mediocridad, se trata del empresario medio, no del empresario mediocre y, por tanto, es un modelo abstracto objetivo que utiliza un estándar previamente establecido y que ha de cumplir el deudor en ausencia de acuerdo entre las partes sobre la diligencia debida o cuando la misma no pueda derivarse de la naturaleza de la obligación. Este modelo abstracto es el del empresario medio. “Por ello, va a exigirse la diligencia que despliegan todos los empresarios en sus empresas, excluyendo, por tanto, la diligencia que prestarán los empresarios más cuidadosos (muy diligentes, aspecto que determinaría la concurrencia de culpa levísima) o la que desarrollarían incluso los empresarios menos cuidadosos (poco diligentes, que, por su parte, supondría la existencia de culpa grave)”.

<sup>677</sup> Vid, MOYA, J. (2011): “La responsabilidad de los administradores de sociedades en situaciones de crisis”, p. 297. Moya interpreta que puesto que la cláusula general del art. 164.1 Ley Concursal castiga la realización de conductas que tengan como consecuencia la generación u agravación del concurso, puede defenderse que la obligación del cumplimiento de los deberes fiduciarios tendrá lugar antes de la declaración del concurso, especialmente cuando la misma no sea todavía insolvencia pero no existan dudas acerca de la futura insolvencia.

Si consideramos este cambio de beneficiarios de los deberes del administrador podemos entender que el deber de diligencia, desplegado durante este período establecido como sospechoso, (por ejemplo doce meses previos a la insolvencia efectiva), para esta etapa de preinsolvencia, podría enjuiciarse a efectos de la calificación posterior del concurso.

Nos parece necesario recordar aquí que para algunos autores el deber general de diligencia así como el de fidelidad se mueven intramuros de la sociedad, no siendo correcta su aplicación más allá de estos límites, pero otros así como la doctrina norteamericana, como ya hemos expresado, entienden que estos deberes lo son en relación a los acreedores en escenarios de preinsolvencia.

Esta idea puede ser interesante por cuanto en la zona de preinsolvencia, si tenemos en cuenta el traspaso del beneficiario del deber fidelidad desde la propia sociedad hasta el acreedor, que algunos propugnan permite imputar la responsabilidad a los administradores por conductas que infrinjan el deber de diligencia o el deber de fidelidad en relación al acreedor, lo que quizás alcance un mayor consenso en la doctrina.

Junto con otros autores, Marín de la Bárcena<sup>678</sup> critica la tesis según la cual cuando los administradores infringen el deber de diligencia al administrar la sociedad sólo se genera y, por tanto sólo es exigible, una responsabilidad interna. Según esta tesis la sociedad es la destinataria del deber de diligencia y sus seguidores la justifican en virtud de su ubicación en el art. 225 de la actual Ley de Sociedades de Capital, antes art. 127 de la Ley de Sociedades Anónimas que une el deber de diligencia con el deber de lealtad y ambos en relación con el interés social<sup>679</sup>.

Pero si esto fuera así se situaría a la sociedad en una posición privilegiada respecto a otros auxiliares de la sociedad. Por eso Marín de la Bárcena mantiene, “si éstos responden directamente frente a terceros perjudicados por ese tipo de actos en base al art. 1902 Código Civil y también frente a su principal art.1904 Código Civil , no se encuentra razón por la que un administrador no deba responder de la misma forma si el supuesto de hecho es el mismo y también el fundamento teórico de la responsabilidad” y continúa “tampoco es admisible vincular la confianza a la “profesionalidad” de los administradores (los administradores asumen un deber extracontractual de desempeñar

---

<sup>678</sup> MARÍN DE LA BÁRCENA, F. (2005): “La acción individual de la responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital: art.135 LSA”, pp. 132-133

<sup>679</sup> PRADES, D. (2011): “La responsabilidad del gestor...”, op. cit., pp. 130-132. Realiza una argumentación detallada de esta corriente y sostiene, “el interés protegido por la Ley es el interés de la sociedad y ningún otro, y la diligencia del administrador consiste precisamente en la protección del interés de la sociedad, y ningún otro (...). No cabe exigir una diligencia especial ni específica al administrador en sus relaciones con terceros o con los socios individualmente, pues no se debe especialmente a ellos sino al interés de la sociedad cuya administración ostenta (...). No olvidemos que entre el administrador social y acreedor no existe relación contractual alguna. Las reclamaciones basadas en la culpa extracontractual, por razón de negligencia que cause perjuicio directo al patrimonio de tercero, deberán exigirse por la vía del art. 241 de la Ley de Sociedades de Capital y siempre habrán de tener base en la norma específica que haya resultado incumplida por el administrador, o en la culpa extracontractual del art. 1902 del Código de Civil. Será por supuesto necesario invocar y concretar procesalmente la norma infringida para fundamentar la reclamación, sin que sea admisible invocar la falta de diligencia especial como fundamento genérico”.

Creemos que es necesario trabajar para solucionar esta falta de consenso. Sea en sede de Derecho de sociedades, sea en sede de Derecho concursal, estimamos que debe recogerse el deber de actuación diligente del administrador, cuando menos en la zona temporalmente cercana a la insolvencia. No nos parece razonable que el legislador exija conducta diligente a favor de la sociedad y no lo haga también en relación a los terceros perjudicados.

diligentemente las funciones organizativas y de control propias del tráfico), porque éste no es un elemento que permita fundamentar la existencia de un deber, sino que sólo sirve para establecer cómo es la diligencia debida que será la profesional, y la prueba está en que sujetos que asumen funciones sin ser profesionales también responden si se sitúan en la posición de un profesional porque el tráfico deposita su confianza en ellos”<sup>680</sup>.

Comparte esta opinión Espinós<sup>681</sup>, quien interpreta que en cuanto al incumplimiento de terminados deberes se devenga una responsabilidad solidaria, frente a los acreedores sociales, de todas las decisiones de la sociedad se entiende que la aceptación del cargo de administrador de una sociedad supone que los terceros del mercado que operan con ella tienen como garantía que esta persona va a cumplir diligentemente con las obligaciones propias del cargo. “Por este motivo, la Ley cuando sanciona el incumplimiento de terminadas obligaciones legales del administrador en materias graves con la atribución de responsabilidad solidaria no produce otro efecto que hacer exigible esa garantía. La diligencia es disposición a cumplir una obligación con prontitud e interés. Es el antónimo de culpa, negligencia, desidia o imprudencia”.

La apreciación de estos autores nos resulta fundamental porque es esta confianza y su no defraudación la que conlleva un tráfico mercantil sano y, abundando, es esta confianza y su base en la profesionalidad la que, desde nuestro punto de vista, justifica una responsabilidad limitada al desarrollar la actividad empresarial como un aspecto fundamental de la diligencia exigible.

Estamos pensando que doce meses, o quizás alguno más, en definitiva los que se determinen como necesarios antes de ser declarado el concurso, el administrador diligente tendría que haber percibido y analizado las alertas tempranas, los indicadores, que con carácter general señalan el peligro.

En base a ese análisis, el administrador diligente, “como un ordenado empresario”, habría comenzado a tomar y documentar medidas razonables con el diagnóstico de la situación. Cabrán, seguramente, varias opciones o alternativas compatibles con ese diagnóstico. El administrador no debería ser responsable de adoptar la que *a posteriori* se presente como más adecuada, sino únicamente cualquiera de las razonables.

También la jurisprudencia norteamericana ha identificado el cambio de escenario que se produce en presencia de la insolvencia de la empresa o en un periodo anterior. Y en este intervalo temporal consideran que los deberes fiduciarios pasan de ser en relación a los socios y a la empresa a ser en relación a los acreedores.

De acuerdo a Gross-Brown la jurisprudencia de *Delaware* considera que cuando la sociedad entra en insolvencia la obligación fiduciaria de los consejeros deja de ser estrictamente para con los socios y trasciende también para con los acreedores.

El autor observa como las sentencias de los últimos años han establecido un período llamado “zona” de insolvencia durante el cuál la obligación fiduciaria se extiende también a los acreedores. Algunos utilizan para esta “zona” una referencia temporal de tres años aunque todavía este período no ha obtenido suficiente consenso para ser aplicado en todos los casos.

---

<sup>680</sup> MARÍN DE LA BÁRCENA, F. (2005): “La acción individual...”, op. cit., pp. 132-133

<sup>681</sup> ESPINÓS, A. (2005): “La responsabilidad civil...”, op. cit., p. 33

En ese sentido indica cómo cuando la sociedad llega a un escenario de preinsolvencia donde la probabilidad de que la sociedad no tenga activo suficientes para satisfacer las obligaciones acumuladas y donde, por tanto, haya un alto riesgo de sobreseimiento de pagos, “los tribunales ya han anunciado que los consejos de administración tienen deberes fiduciarios para otras personas además de los accionistas: las obligaciones de los administradores van de la sociedad y su accionistas al emprendimiento social en su totalidad, es decir, incluyendo acreedores y otras partes interesadas. De igual manera que en las reclamaciones de accionistas, en estos casos donde los acreedores cuestionan por vía judicial la actuación de los consejeros por incumplimiento del deber de diligencia, los consejeros también encuentran la protección de la *business judgment rule*.”

En su opinión las obligaciones fiduciarias de esta zona de insolvencia son similares a las que tienen normalmente (diligencia y lealtad), y como tal están protegidas por la *business judgment rule*. El aspecto diferencial en situaciones de insolvencia es justamente qué exactamente constituye esta zona de influencia.

Una definición posible del *Delaware Chancery Court* y que ya ha sentado precedente, pero que por lo nueva no es concluyente, es que “por lo menos cuando la sociedad está operando en la proximidad de la insolvencia, el consejo de administración es agente no sólo de los tomadores de riesgo residuales (los accionistas), sino también de la totalidad de la empresa social”<sup>682</sup>. Y aunque no encontramos apoyo doctrinal para este planteamiento, consideramos que en esta zona de preinsolvencia el deber de diligencia exigible al administrador de la preinsolvente, en relación a los acreedores, debe ser analizado con parámetros de la culpa leve, sin perjuicio de que se puede ascender este nivel hasta la culpa grave en otros períodos del ciclo económico de la empresa y en relación a la sociedad o a sus socios.

## **9-POSIBLE CARACTERIZACIÓN DE UNA NUEVA RESPONSABILIDAD PARA LOS ADMINISTRADORES DE UNA SOCIEDAD CONCURSADA**

Teniendo en cuenta todas las consideraciones que hasta ahora hemos puesto de relieve, creemos necesario hacer una propuesta de caracterización de la responsabilidad de los administradores sociales de sociedades concursadas que consideramos más se ajusta a nuestro planteamiento.

### **9.1 Naturaleza de la responsabilidad que proponemos**

Nos parece que la tipología que más se ajusta con el contenido de la propuesta para la mejora de la eficacia y de la eficiencia que se presenta en esta investigación es la responsabilidad resarcitoria y de carácter objetivo.

---

<sup>682</sup> GROSS-BROWN, S. (2012): “Deberes de administradores en el derecho comparado: el deber de diligencia y el *business judgment rule*”, pp. 319-320



En primer lugar, consideramos que se activa con el surgimiento de un daño causado a terceros como es la insatisfacción de las obligaciones contraídas con el perjuicio que ello conlleva para los acreedores, por tanto, acreditamos su naturaleza resarcitoria.

Adicionalmente, consideramos que la administración de una sociedad mercantil es una actividad con riesgo. Y ello porque el tráfico mercantil está sujeto a unas características, parámetros y normas jurídicas que han de aplicarse en entornos inciertos y turbulentos y que requieren de una adecuada capacitación para su manejo. Cuando se acepta el puesto de administrador de una sociedad hay que tener en cuenta que el desempeño de las funciones que le corresponde en virtud de su cargo debe ser pertinente y adecuado, de tal manera que únicamente se traslade a terceros el riesgo inherente a la actividad mercantil, que es querido por el legislador, pero que en modo alguno se traslade un riesgo superior consecuencia del desempeño erróneo de las funciones del administrador. La incertidumbre que rodea a la actividad de empresa no debe constituirse en coartada para desempeños no profesionales y perjudiciales para terceros. No nos parece que esta sea la intención del legislador.

En base a lo indicado se puede, a nuestro juicio, considerar la administración de empresas una actividad de riesgo que permita que el legislador la anude a una responsabilidad resarcitoria de carácter objetivo en supuestos de concurso empresarial. Este carácter permitiría la imputación de responsabilidad sin tener que acudir a la acreditación de la existencia de un nexo causal entre la conducta del administrador y el resultado dañoso que en multitud de ocasiones es imposible de acreditar. Tengamos en cuenta que el fracaso de una empresa, en mayor medida con el paso del tiempo, no suele ser tributario de una única causa sino de un conjunto entreverado de ellas. Ahora, de lo que sí estamos seguros es que no desempeñar una administración diligente durante el tiempo de la preinsolvencia agravará la insolvencia.

Siguiendo a Prades<sup>683</sup>, en una responsabilidad de esta naturaleza la Ley debe permitir al demandado probar que no se dan los presupuestos que acarreen su responsabilidad. En efecto en virtud de nuestra propuesta el administrador societario demandado podrá exonerarse de la imputación acreditando que durante el período de preinsolvencia, doce meses antes de que ésta se manifieste, ha desarrollado acciones<sup>684</sup> adecuadas a la situación diagnosticada y razonables para revertir la crisis empresarial aún cuando, finalmente, no haya sido posible corregirla.

Para el autor la naturaleza resarcitoria de la responsabilidad y, por tanto, no indemnizatoria exige también no aplicación retroactiva de la Ley en el sentido de que el administrador no responde por las deudas generadas antes de su acción contraria a la norma. En concreto Prades<sup>685</sup> se refiere a la causa de disolución de la Ley de Sociedades de Capital por pérdidas acumuladas ya que se responde únicamente por deudas generadas posteriores a incurrir en la causa de disolución. A nuestro juicio la responsabilidad que nosotros planteamos respeta este criterio en cuanto a que la Ley

---

<sup>683</sup> PRADES, D. (2011): “La responsabilidad del gestor...”, op. cit., p. 319

<sup>684</sup> A modo de ejemplo demostrará que: tiene establecido un sistema de información de alertas tempranas que monitoriza, que en base al mismo ha diagnosticado la situación y la tipología de la crisis, que ha mantenido contactos y negociaciones para mejorar la financiación, si procede, que ha tomado decisiones para mejorar la rentabilidad, si procede, que ha preparado un plan de viabilidad para la continuidad de la actividad a medio plazo garantizando la rentabilidad del proyecto, etc.

<sup>685</sup> PRADES, D. (2011), p. 319

exige acreditar un comportamiento diligente durante los doce meses previos a incurrir en insolvencia, por tanto antes de ese período no habría deudas generadas de las que hacerse o no hacerse responsable y no habría conducta diligente que acreditar.

Y finalmente, opinamos que cumple también los dos requisitos básicos que solicita<sup>686</sup> a una responsabilidad resarcitoria objetiva: comportamiento rechazable (en nuestro caso conducta sin la diligencia debida) y daño (en nuestro caso deudas no atendidas)

## 9.2 Elementos configuradores de la responsabilidad que proponemos

- Presunción *iuris tantum* de actuación no diligente durante el período sospechoso, doce meses de preinsolvencia cuando se produzca la liquidación y ésta no alcance para la satisfacción de todas las deudas. Responsabilidad objetiva que admite prueba en contrario.
- Legitimación activa administración concursal y acreedores con créditos no satisfechos.
- Carga de la prueba establecida para el administrador social.
- Elementos probatorios de diligencia, documental (relación *numerus apertus*) caben otros que sirvan al mismo propósito:
  - 1) Documento firmado y fechado por administradores y trabajadores implicados relativos a diagnóstico de la situación, circunstancias internas, análisis DAFO, definición de soluciones y alternativas, elección, implementación, resultados...
  - 2) Documento de mantenimiento de reuniones, acuerdos alcanzados, con entidades financieras, proveedores, clientes dirigidos a negociaciones fechados y firmados por los terceros. Contratación de expertos asesores...

La distinta naturaleza de la responsabilidad a la que están sometidos los administradores sociales y que se establecen en los diferentes artículos de la Ley de Sociedades Anónimas y de la Ley Concursal no es una cuestión pacífica o, por lo menos, no lo ha sido hasta ahora<sup>687</sup>.

---

<sup>686</sup> PRADES, D. (2011), p. 319

<sup>687</sup> La anteriormente mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2012 clarifica la materia definiendo las distintas clases de responsabilidad societaria para responder por daños contractuales derivados de incumplimientos o extracontractuales que se establecen para evitar abusos de quienes administran amparados en la ruptura de la relación causa efecto derivada de la “heteropersonalidad”. Para evitarlo identifica la existencia de distintos mecanismos: de reconstrucción del patrimonio de la sociedad “con importante tutela indirecta de los acreedores antiguo art. 133.1 del texto refundido de la LSA, su exigibilidad queda sometida a la concurrencia de los clásicos requisitos de la responsabilidad por daño-acción u omisión- antijurídica, resultado dañoso, y relación de causalidad entre ambos”. De protección de socios y de terceros “antiguo art. 135 de la LSA, con los mismos requisitos que la anterior” y con las especificidades de que aquí la relación causal debe ser “directa” y que la norma no se refiere a los acreedores ya que en virtud de las sentencias de 12 de octubre y de 17 de noviembre de 2011 el daño que sufren los acreedores por impagos de deudas debe calificarse de indirecto. Y finalmente, mecanismos dirigidos a tutelar directamente los intereses de los acreedores, imponiendo en determinados supuesto la responsabilidad solidaria por deuda ajena.

Desde nuestro punto de vista, a salvo de una mejor opinión, la naturaleza de la responsabilidad concursal que más se ajusta a la propuesta que sostenemos en esta obra para el administrador de una sociedad concursada y con apertura de liquidación, en la que no se puede acreditar que en los meses anteriores a la insolvencia éste ha actuado diligentemente, como “un ordenado empresario”, sería la responsabilidad resarcitoria con carácter objetivo.

Consideramos que en relación a la naturaleza resarcitoria se cumple el daño producido y que éste es las deudas no atendidas de terceros. Sin embargo, vemos especialmente difícil poder acreditar suficientemente la existencia del nexo causal entre esta conducta no diligente y el daño producido. En la realidad un fracaso empresarial no depende de una única causa sino de una cadena de errores no corregidos a las que, en muchas ocasiones, se adicionan las causas externas (esta dificultad probatoria es la que, en nuestra opinión, hace que muchas veces el demandante acreedor no pueda obtener satisfacción). En base a estas consideraciones no creemos que la naturaleza pueda ser resarcitoria causal.

Tenemos algunas dudas para que el legislador considere la actividad de administración societaria como de riesgo superior al estándar y en ese sentido establezca una responsabilidad objetiva, aunque de alguna manera ya lo ha hecho en la Ley de Sociedades de capital.

Por todo ello somos conscientes que la atribución de la naturaleza de responsabilidad que planteamos no es un tema pacífico y podría exigir un debate en profundidad. De hecho, el desacuerdo no estribaría únicamente en la consideración objetiva o causal siendo su naturaleza resarcitoria, sino que previamente estribaría en considerarla indemnizatoria o resarcitoria puesto que para algún sector de la doctrina cabe atribuir a la responsabilidad concursal una finalidad distinta, pues “responde a un deseo de moralización de las conductas”<sup>688</sup>. Y en este sentido, podría suponerse una naturaleza sancionadora.

---

En cuanto a la responsabilidad concursal, considera la citada sentencia, si se declara el concurso culpable, cualquiera que fuese la causa, generación o agravación de la insolvencia mediando dolo o culpa grave, o porque concurría cualquiera de las irregularidades objetivas previstas en el art. 164.2, “el sistema reacciona y mantiene los mecanismos de tutela de la sociedad, socios y terceros frente a los administradores”, art. 172.2 de la LC (...)” la norma no distingue entre daños directos e indirectos por un lado, ni entre los intereses de la sociedad, socios o acreedores por otro. Se trata de una responsabilidad por daños clásica que requiere los requisitos típicos indicados, y la única especialidad es que normalmente se identifican los daños y perjuicios causados con la generación y agravación de la insolvencia. Además, continúa la sentencia, para los casos en que el concurso se hubiera calificado culpable si la calificación hubiera sido formada por la apertura de la liquidación, regula la posibilidad de pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que no perciban de la liquidación de la masa activa sin distinguir en función de la fecha en la que se hubieren generado. Para el Tribunal no se trata, en consecuencia, de una indemnización derivado de la generación o la agravación de la insolvencia por dolo o culpa grave, sino de un supuesto de responsabilidad por deuda ajena.

<sup>688</sup>GARCÍA-CRUCES, J. A. (2013): “La responsabilidad concursal”, p. 318, en “la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles” dirección Rojo, A. y Beltrán, E. quien en relación a los argumentos que apoyarían el carácter sancionador de la responsabilidad concursal establece, “(...) cabe lícitamente que la responsabilidad concursal obedece a una finalidad distinta, pues responde a un deseo de moralización de las conductas, a fin de reprimir aquéllas que, actuadas con ocasión de la producción o el empeoramiento del estado de insolvencia, pudieran considerarse más graves. Esto es, estamos ante una responsabilidad sanción con la que quiere asegurarse la vigencia de unas exigencias éticas mínimas (dolo, culpa lata). Esta calificación como pena civil no ha de plantear, en principio, mayores problemas, dada su tradición en el ámbito del Derecho Privado (...) la pena o sanción en el

---

ámbito civil es un instrumento de Derecho Privado, por el que se vinculan el interés general y los legítimos intereses privados, que se caracteriza por la doble nota de que la iniciativa para instar su aplicación puede, incluso, hacerse descansar en los particulares quienes, a su vez, obtienen o pueden obtener una ventaja patrimonial con la aplicación de aquélla. Se trata de este modo de garantizar la eficacia de la medida frente a las sanciones tradicionales que provienen del Derecho Público.

La responsabilidad sanción, en el ámbito del Derecho Privado, toma como presupuesto el incumplimiento, con la exigencia del grado de culpa que se estime oportuno, de determinados deberes. De igual modo puede atender, aunque no necesariamente, al resultado dañoso derivado de aquél proceder, pero no para alterar su propio significado sino, mejor, para modular el alcance de la sanción”.

## **CAPÍTULO VI**

### **EL EXPERTO INDEPENDIENTE DE LA LEY CONCURSAL (el experto y el administrador concursal)**



## **1-INTRODUCCIÓN**

Como se ha puesto de relieve en capítulos anteriores, el objeto principal de este trabajo que consiste en realizar una propuesta de normativa concursal que maximice el interés de los acreedores a la par que promueva la continuidad de las empresas viables, se apoya fundamentalmente en las siguientes premisas:

- Las empresas deben implementar un sistema de información, acorde a sus necesidades, basado en un sistema de alertas tempranas que les permita detectar situaciones anómalas y decidir acciones correctoras.
- La consideración anterior exige una administración social diligente como también lo exige el ordenamiento jurídico, en especial la Ley de Sociedades Capital.
- A pesar de todo, no se puede garantizar el éxito de la actividad empresarial. Existe un riesgo inherente que no puede ser eliminado en su totalidad. La Ley Concursal, en sede de acuerdos de refinanciación y en sede concursal, puede ser un instrumento adecuado en los casos donde el deudor necesita un apoyo exterior para obtener tiempo, reordenar sus relaciones, adecuar su financiación, etc. En definitiva, cuando necesita un apoyo para aprobar un plan que demuestre, suficientemente, la viabilidad económica de la actividad.
- El necesario apoyo del ordenamiento conlleva una merma de los derechos de los acreedores de la sociedad: paralización de ejecuciones si se hubiera producido el sobreseimiento de pagos, paralización del devengo de intereses, aplicación del convenio aprobado al acreedor disidente aún cuando haya votado en contra (algunos no corresponden a la sede de refinanciación pero otros sí). Por todo ello, como se ha venido considerando en este trabajo, opinamos que sólo debe utilizarse estas vías, acuerdo de refinanciación y vía conservativa del concurso, cuando un experto independiente, con una profesión regulada y una metodología apropiada emita una opinión favorable acerca de la razonabilidad y factibilidad del plan de viabilidad presentado.

Obviamente, no habrá certeza absoluta del éxito del plan, pero sí una probabilidad suficiente. Si la opinión es desfavorable, entonces, debería iniciarse la liquidación.

En los anteriores capítulos se ha profundizado, en mayor o menor medida, en los primeros puntos. Ahora corresponde tratar el tema de la valoración de los planes de viabilidad.

De esta manera en las siguientes páginas recogeremos el que, a nuestro juicio, es el perfil profesional más adecuado para efectuar la mencionada valoración. Estudiaremos también la normalización de la actividad, esto es, el órgano regulador, la emisión de sus Normas Técnicas, así como la responsabilidad profesional y la metodología para desarrollar el trabajo.

Propondremos a los auditores financieros como los profesionales base sobre la que se debe construir la profesión de administrador concursal económico, desde nuestro punto de vista.

## **2- PERFILES PROFESIONALES**

### **2.1 El perfil profesional del auditor de cuentas**

El Real Decreto Legislativo 1/2011 de 2 de julio de 2011 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Auditoría de 2 de julio, en su art. 7.1 establece, “podrán realizar la actividad de auditoría de cuentas las personas físicas o jurídicas que, reuniendo las condiciones a que se refieren los artículos siguientes, figuren inscritos en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.”

A su vez el art. 8 de la misma establece los siguientes requisitos para ser inscrito en el Registro anterior:

- Ser mayor de edad.
- Tener nacionalidad española o la de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea.
- Carecer de antecedentes penales por delitos dolosos.
- Haber obtenido la correspondiente autorización del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

Esta autorización se concede a quienes reúnan las siguientes condiciones:

- a) Haber obtenido una titulación universitaria<sup>689</sup>.

---

<sup>689</sup> “No se exigirá este requisito a quienes, cumpliendo el resto de los requisitos establecidos en este apartado, hayan cursado los estudios u obtenido los títulos que facultan para el ingreso en la Universidad y adquirido la formación práctica señalada en el párrafo b) de este apartado, con un período mínimo de ocho años, en trabajos realizados en el ámbito financiero y contable, especialmente referidos al control de



- b) Haber seguido programas de enseñanza teórica y adquirido una formación práctica.
- c) Haber superado un examen de aptitud profesional organizado y reconocido por el Estado.

Interesa traer a colación también las materias sobre las que la Ley solicita capacitación profesional y sobre las que versa el examen de aptitud porque éstas son, a nuestro juicio, una parte importante del conocimiento que debe poseer el experto al que se le encargue valorar un plan de viabilidad en escenarios de crisis o precrisis empresarial.

A este respecto el Texto Refundido de la Ley de Auditoría establece, “El examen de aptitud profesional del candidato para el ejercicio de auditoría de cuentas, deberá versar sobre las siguientes materias: marco normativo de información financiera; análisis financiero, contabilidad analítica de costes y contabilidad de gestión, gestión de riesgos y control interno; auditoría de cuentas y normas de acceso a ésta, normativa aplicable al control de auditoría de cuentas y a los auditores de cuentas y sociedades de auditoría; normas internacionales de auditoría; así como normas de ética e independencia. Asimismo, el citado examen deberá cubrir, en la medida en que se requieran para el ejercicio de la actividad de auditoría de cuentas, las siguientes materias: derecho civil y mercantil; derecho del trabajo y de la seguridad social; tecnología de la información y sistemas informáticos; economía general, economía de la empresa y economía financiera; matemáticas y estadística, y principios fundamentales de gestión financiera de las empresa.”

En nuestra opinión esos conocimientos junto con la estrategia empresarial resultan básicos para poder enjuiciar la razonable continuidad de una empresa a medio plazo.

## **2.2 El perfil profesional del administrador concursal**

La Ley Concursal reformada por la Ley 38/2011 regula el perfil de este profesional en el artículo 27 “condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales. En el punto 1 regula las características exigibles a este profesional y establece, “La administración concursal estará integrada por un único miembro, que deberá reunir alguna de las siguientes condiciones:

1º Ser abogado en ejercicio con cinco años de experiencia profesional efectiva en el ejercicio de la abogacía, que hubiera acreditado formación especializada en Derecho Concursal.

2º Ser economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en el ámbito concursal.

---

cuentas anuales, cuentas consolidadas y estados financieros análogos, de los cuales al menos cinco años hayan sido realizados con un auditor de cuentas o una sociedad de auditoría, y en el ejercicio de esta actividad en cualquier Estado miembro de la Unión Europea(...)”

También podrá designarse a una persona jurídica en la que se integre, al menos, un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, y que garantice la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administrador concursal.”

Por tanto, y a la vista de la Ley, dos son las materias fundamentales a tratar en el procedimiento concursal: la jurídica y la económico-financiera, y en ese sentido, dos son los profesionales a intervenir: el administrador concursal abogado auxiliado, desde nuestro planteamiento, por el experto que vendremos a llamar administrador concursal económico encargado de validar los datos económicos financieros presentados por el deudor, así como evaluar la propuesta de convenio y el plan de viabilidad y éste administrador concursal económico auxiliado por el abogado.

A efectos de este capítulo y puesto que nos centramos en la función de la evaluación independiente del plan de viabilidad que puede presentarse en los acuerdos de refinanciación o en el concurso de acreedores vamos a identificar de igual manera a los expertos independientes que nombra el registrador mercantil y a los administradores concursales que nombra el juez.

Desde nuestro planteamiento, se propone que ambas figuras se subsuman en una única profesión (la de administrador concursal económico<sup>690</sup>), con los mismos requisitos de acceso, regulación, supervisión de su profesión. Lógicamente, cuando sea nombrado por el registrador mercantil actuará como experto independiente que desarrolla la valoración del plan necesario para la homologación del acuerdo de refinanciación, cuando sea nombrado como administrador concursal por el juez, actuará como esta figura.

La Ley Concursal establece un perfil para la profesión de administrador concursal diferenciado según proceda del ámbito económico o del ámbito jurídico<sup>691</sup>.

---

<sup>690</sup> En la propuesta de este trabajo consideramos que el administrador concursal económico, figura nueva para la que en este capítulo se trata su hipotética regulación, sería el encargado del análisis de los planes presentados. Tendría tres papeles diferenciados: como experto independiente en los acuerdos de refinanciación, como administrador concursal nombrado por el juez para el desarrollo de un concurso, como auxiliar delegado de un administrador concursal jurídico. Puede observarse que proponemos dos perfiles de administradores concursales: el económico, encargado de la parte no jurídica de los concursos y el jurídico encargado del procedimiento concursal en su ámbito jurídico.

Aquí proponemos la regulación del administrador concursal económico. Nos parece que su actuación, sea desde posición de administrador, sea desde posición de auxiliar, deberá ser preceptiva para la propuesta de normativa concursal que realizamos. En vía conservativa porque cuando menos analizará el plan de viabilidad y emitirá opinión preceptiva para la continuación del procedimiento y en vía liquidativa porque debería informar sobre la actuación diligente del administrador de la sociedad cuando se abra la pieza de calificación que en capítulos anteriores hemos presentado como obligada en esta solución de concurso.

RODRÍGUEZ, C. ; ESMERATS, I. (2014): “Administración concursal, mediación y acuerdo extrajudicial de pagos”, pp. 91-94, en la obra citada se analizan 320 concursos y en base a esta muestra se concluye que las tareas jurídicas de la administración concursal suponen un 55% del total y las económicas un 45%. Y le atribuyen las siguientes tareas al experto económico: análisis de balances, valoración de la empresa por el método de actualización de flujos de caja, cálculos de financiación, diseñar cuadros de mando integral, aplicación del principio de importancia relativa y la elaboración de los informes concursal y de calificación, en su caso. Con independencia de que para nosotros la elaboración del cuadro de mando sería responsabilidad de la dirección de la empresa en todo caso, no podemos estar de acuerdo con esa atribución de responsabilidades. Queda claro por el contenido de esta investigación que, para nosotros, sus funciones son significativamente más amplias y complejas.

<sup>691</sup> LC 38/2011, art. 27 “condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales.

1. La administración concursal estará integrada por un único miembro, que deberá reunir alguna de las siguientes condiciones:

No lo determina, sin embargo, cuando se refiere al experto independiente nombrado por el registrador<sup>692</sup> en el marco de acuerdos de refinanciación homologables cuando éste debe emitir el informe sobre el plan de viabilidad, antes preceptivo ahora a instancia de parte.

En relación a las funciones del administrador concursal en la normativa vigente, podemos decir que:

El profesional encargado de ejecutar la parte económica del procedimiento concursal tiene, desde nuestra perspectiva, entre otras, unas funciones esenciales en el procedimiento: determinación de la masa activa y pasiva, diagnóstico de la situación, evaluación del plan de viabilidad presentado (por tanto clasificación de la empresa como viable económicamente o como no viable) y la supervisión de la implementación del plan.

Para desarrollar estas funciones supervisará la calidad y fiabilidad de los registros contables, documentales, investigará los recursos físicos, revisará los valores razonables y las estimaciones realizadas por la empresa, se entrevistará con la dirección y empleados, analizará indicadores macroeconómicos, del entorno más cercano, del sector de actividad, evaluará, en su caso, las acciones realizadas por los administradores societarios, diagnosticará la tipología de la crisis empresarial y valorará la coherencia de la estrategia futura diseñada por la empresa en su plan de viabilidad. Como la Ley en caso de un único administrador permite que éste provenga de la disciplina jurídica o de la económica será necesario, estimamos que complementariamente se utilicen auxiliares delegado de la otra disciplina.

La profesión que más se aproxima a estas funciones es la de auditor de cuentas.

### **2.3 El perfil del profesional nombrado por el registrador mercantil en los acuerdos de refinanciación del art. 71.6 eliminado en virtud del Real Decreto-ley 4/2014**

El artículo 71.6.2º de la Ley de Reforma Concursal 38/2011, en referencia a los acuerdos de refinanciación que no podrán ser objeto de rescisión, establecía, entre otros requisitos que “el acuerdo haya sido informado favorablemente por un experto independiente designado a su prudente arbitrio por el registrador mercantil del domicilio del deudor conforme a lo previsto en el reglamento del Registro Mercantil...” este apartado ha sido eliminado por el Real Decreto-ley 4/2014.

---

1º. Ser abogado en ejercicio con cinco años de experiencia profesional efectiva en el ejercicio de la abogacía, que hubiera acreditado formación especializada en Derecho Concursal.

2º. Ser economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia demostrable en el ámbito concursal...”

<sup>692</sup> PULGAR, J. coord. (2012): “El concurso de acreedores: adaptado a la ley de reforma 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la ley concursal”, op. cit., pp. 71-72. La autora en referencia a estos profesionales señala, “la referencia al “prudente arbitrio” resulta coherente con el hecho de que la designación de experto independiente en el marco de un acuerdo de refinanciación no estaría comprendida dentro del art. 340.1 y DF 5.º RRM al no existir una profesión directamente relacionada con la verificación de los planes de viabilidad o de garantías, sin que se precise por tanto la cualificación del experto profesional que, no obstante, se materialice en la práctica en economistas o auditores(...)”.

Mantenemos la caracterización de este profesional porque el legislador ha mantenido su figura para cuando su intervención sea solicitada a petición de los acreedores o del propio deudor, así se recoge en la redacción del art. 71 bis apartado 4<sup>693</sup>. Asimismo, se mantiene porque este profesional independiente es un elemento esencial del contenido de la propuesta de este trabajo.

La Ley no define las características de este profesional al que nada menos le reserva la responsabilidad de valorar el plan de viabilidad que se presente.

Como hemos indicado más arriba, a nuestro juicio, esta alta responsabilidad se correspondería con el perfil profesional de lo que hemos denominado como administrador concursal económico.

## **2.4 El mediador concursal de la Ley 14/2013 de Apoyo a los emprendedores y su internacionalización**

La Ley de emprendedores y su internacionalización 14/2013, mediante la modificación de la Ley Concursal 22/2003, regula el acuerdo extrajudicial de pagos como alternativa de solución para insolvencia del deudor persona natural con insolvencia actual o inminente y con un pasivo inferior a cinco millones de euros, así como para la persona jurídica en estado de insolvencia con menos de cincuenta acreedores o con un activo o pasivo inferior a cinco millones de euros.

El profesional que la norma ha establecido para dirigir este nuevo procedimiento de la Ley es el mediador concursal. A esta figura se le encarga la emisión de un informe favorable del acuerdo.<sup>694</sup> Se le asignan, también entre otras, las siguientes importantes funciones como: comprobar la existencia y cuantía de los créditos y convocatoria de reunión entre el deudor y los acreedores (art. 234 de la Ley Concursal), remisión a los acreedores con el consentimiento previo del deudor del plan de pagos (art. 236 de la Ley Concursal)<sup>695</sup>, la supervisión del cumplimiento del acuerdo<sup>696</sup>.

---

<sup>693</sup> El art. 71.bis del Real decreto-ley 4/2014 está redactado en los siguientes términos, “tanto el deudor como los acreedores podrán solicitar el nombramiento de un experto independiente para que informe sobre el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad”.

<sup>694</sup> La Ley de emprendedores y su internacionalización 14/2013 modifica el número 2 del apartado 6 del art. 71 de la Ley Concursal y establece que este informe contenga un juicio técnico sobre la suficiencia de la información aportada por el deudor, sobre el carácter razonable y realizable del plan, así como sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales del mercado. Sin embargo, nuevamente, el legislador no atribuye un carácter vinculante al informe del mediador, puesto que si este contuviera reservas o limitaciones de cualquier clase, su importancia deberá ser expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo.

<sup>695</sup> Por tanto, la Ley Concursal reserva la elaboración del documento, plan de pagos al mediador por cuanto no tendría sentido recabar el consentimiento del deudor si el documento hubiera sido elaborado por él.

<sup>696</sup> Es interesante destacar que la norma concursal prevé, entre otros supuestos, que cuando se declare la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, salvo en supuestos de insuficiencia de masa activa, se abrirá necesaria y simultáneamente, la fase de liquidación. Este acortamiento de tramitación nos parece muy importante y guarda alguna semejanza con la propuesta que hacemos en este trabajo de investigación.

El perfil de este profesional nos parece que se asemeja a una figura híbrida<sup>697</sup> entre el mediador regulado en la Ley 5/2012, de mediación de asuntos civiles y mercantiles y el administrador concursal<sup>698</sup>.

La mediación es un método de resolución de controversias jurídicas basado en la autocomposición, por cuanto, el tercero, mediador no impone coactivamente la solución al conflicto de las partes<sup>699</sup>.

De acuerdo al art. 11 de la Ley 5/2012, en relación al mediador, persona física, señala que deberá hallarse en pleno ejercicio de sus derechos civiles, ostentar título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación adquirida mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas.

Por su parte, el art. 21 de modificación de la Ley Concursal en la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, señala que el mediador deberá reunir alguna de las condiciones que establece el art. 27 de la Ley Concursal en su apartado 1 para todo administrador concursal. Algunas críticas podemos hacer a la regulación que se ha establecido para este profesional:

En nuestra opinión, con carácter general, no va a tener la capacidad ni la información suficiente para elaborar un plan de viabilidad de la empresa. Como mantenemos a lo largo de esta obra es el deudor el único que, con o sin asesoramiento, puede hacerlo<sup>700</sup>. A nuestro juicio, se le debería haber reservado la función de evaluador independiente del documento como garantía de su razonabilidad y coherencia para respetar los intereses de terceros.

Para algunos autores la reserva de estas importantes funciones hace que en realidad el mediador concursal no sea un verdadero mediador por cuanto no se le asigna la neutralidad suficiente e incluso, podría verse comprometida la confidencialidad propia de todo proceso de mediación.

---

<sup>697</sup> ORTIZ, A. (2013): “La mediación en el concurso de acreedores: reflexiones y estrategias”, pp. 1-2. En su artículo pone en cuestión la previsión legal de que en caso de posterior concurso del deudor sea el mediador concursal el que ejerza la función de administrador concursal y ello, considera, porque perdería la neutralidad y la confidencialidad. Para una ampliación del profesional administrador concursal vid, AGÜERO, A. (2014): “El mediador concursal como administrador extraconcursal”, pp. 273-289

<sup>698</sup> Téngase además en cuenta que en caso de que finalmente se declare el concurso del deudor, le corresponderá a él la función el papel de administrador concursal, salvo causa justa alegada.

<sup>699</sup> GALLEGU, E. (2014): “La mediación concursal. Ley 14/2013 de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su internacionalización”, p. 14

AZNAR, E. (2014): “Mediación concursal: los acuerdos extrajudiciales de pago”, pp. 11-16

<sup>700</sup> ORTIZ, A. (2013): “La rmediación en el concurso de acreedores. Reflexiones y estrategias”, p. 2, desarrolla una idea que, a nuestro juicio, apoya sustancialmente lo que venimos manteniendo en esta obra. Para el autor la mediación concursal tiene su ámbito propio en empresas que puedan alcanzar viabilidad a través del concurso de acreedores, en aquellas empresas que se presume que van a liquidación, considera que carece de sentido. Por tanto, lo que está sosteniendo es que el ámbito de la mediación concursal es para empresas viables económicamente que buscan viabilidad financiera en el procedimiento. Por ello, mantiene, “echo de menos en la legislación española una figura similar a la que existe en derecho concursal francés, un estudio previo para determinar si el concursado va a concurso o directamente a liquidación”. Esta clasificación previa de viabilidad económica es la que nosotros reclamamos para toda la normativa concursal en España.

### **3-LAS ACTIVIDADES DE ESTOS PROFESIONALES**

#### **3.1 La actividad de la auditoría financiera**

La auditoría de cuentas es la actividad que, mediante la utilización de determinadas técnicas de revisión, tiene por objeto la emisión de un informe acerca de la fiabilidad de la información económica auditada; “no limitándose, a la mera comprobación de que los saldos que figuran en sus anotaciones contables concuerdan con los ofrecidos en el balance y en la cuenta de resultados, ya que las técnicas de revisión y verificación aplicadas permiten, con un alto grado de certeza y sin necesidad de rehacer el proceso contable en su totalidad, dar una opinión técnica e independiente sobre la contabilidad en su conjunto y además, sobre otras circunstancias que, afectando a la vida de la empresa, no estuvieran recogidas en dicho proceso”<sup>701</sup>.

En concreto, el artículo 1.2 y 1.3 de la Ley 12/2010 de 30 de junio define la actividad de auditoría de cuentas como “la actividad consistente en la revisión y verificación de las cuentas anuales, así como de otros estados financieros o documentos contables, elaborados con arreglo al marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, siempre que aquélla tenga por objeto la emisión de un informe sobre la fiabilidad de dichos documentos que pueda tener efectos frente a terceros.

La auditoría de cuentas consistirá en verificar y dictaminar si dichas cuentas expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que le es aplicable; también comprenderá, en su caso, la verificación de la concordancia del informe de gestión con dichas cuentas.”

Es una actividad que, como consecuencia de su interés público, está exhaustivamente regulada<sup>702</sup>.

Por tanto la revisión, siguiendo las Normas Técnicas, permite alcanzar un conocimiento profundo de la situación real de la empresa en términos económicos y financieros.

Pero el auditor no está obligado únicamente a expresar su opinión acerca de si los estados financieros formulados por la administración social reflejan la imagen fiel de esa situación económico-financiera y patrimonial, sino que además deberá formarse una

---

<sup>701</sup> Preámbulo del texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas RDleg 1/2011. Sobre la actividad de la auditoría de cuentas y especialmente sobre su producto fundamental, el informe, desarrolla una investigación empírica DURÉNGUEZ, A. (2001): “La auditoría de cuentas en España: un estudio empírico sobre la función, utilidad y comprensión del informe de auditoría”.

<sup>702</sup> Ley 12/2010, art. 5.1 “La actividad de auditoría de cuentas se realizará con sujeción a las prescripciones de esta Ley, de su Reglamento de desarrollo, a las normas de auditoría, a las normas de ética, y a las normas de control de calidad interno de los auditores de cuentas y sociedades de auditoría.

2. las Normas de Auditoría son las contenidas en esta Ley, en su Reglamento de desarrollo, en las Normas Internacionales de Auditoría adoptadas por la unión Europea y en las Normas Técnicas de Auditoría, en aquellos aspectos no regulados por las Normas Internacionales de Auditoría citadas.

3. Las normas de ética incluyen, al menos, los principios de su función de interés público, competencia profesional, diligencia debida, integridad y objetividad, sin perjuicio de lo establecido en el artículos 8 a 8 *sexies* de esta ley”.

opinión sobre si existe alguna incertidumbre importante en relación con la continuidad empresarial futura.

Adicionalmente, y en la línea de lo afirmado, existe un tradicional *gap* de expectativas entre lo que la profesión auditora entiende que puede aportar a la sociedad y lo que ésta entiende que aquélla debe aportar.

En efecto, como decimos, la exigencia principal que se formula al trabajo del auditor es la de emitir una opinión acerca de si los estados financieros auditados reflejan la imagen fiel del patrimonio y de la cuenta de resultados de la entidad auditada de acuerdo con las normas y principios contables generalmente aceptados que le son aplicables.

Estos estados financieros recogen las transacciones históricas acontecidas y, por ello, se empieza a cuestionar su validez para la toma de decisiones, no sólo de la entidad auditada, sino lo que es más importante de los terceros que con ella se relacionan.

En este sentido cada vez es más intensa, alentada por los escándalos empresariales y financieros acontecidos, la presión para que las sociedades informen sobre el futuro de la empresa y siendo esta información responsabilidad de los administradores sociales corresponderá en un futuro, estimamos cercano, al auditor su revisión y la emisión de una opinión.

Por ello, Marqués de Almeida<sup>703</sup> establece, “de ahí que las organizaciones profesionales hayan evolucionado también, considerando el papel que desempeña el auditor en el análisis y examen de este tipo de información (...). Han surgido, por ello, normas de auditoría y guías prácticas referentes al análisis de la información prospectiva”. Y concluye, “así pues, la auditoría de la incertidumbre es hoy una realidad. En esta incertidumbre se engloba: la continuidad de la empresa, las previsiones, las contingencias y hechos posteriores al cierre de cuentas, así como la información financiera prospectiva. La información financiera prospectiva tiene subyacente una estrategia de la empresa que se materializa en planes y presupuestos. Auditar, hoy, las cuentas de una empresa es también auditar la estrategia que guía la empresa, considerada como un organismo que se quiere vivo para que produzca y distribuya riqueza”<sup>704</sup>.

En definitiva, teniendo en cuenta las consideraciones anteriores proponemos en esta obra que sea la profesión de auditoría de cuentas la que se considere como necesaria para poder desarrollar la función del administrador concursal económico o si esta función recae en un administrador concursal jurídico éste apoyado por un auxiliar administrador concursal económico.

---

<sup>703</sup> MARQUÉS DE ALMEIDA, J. J. (1999): “La información financiera prospectiva y su análisis: el auditor ante un horizonte de incertidumbre”, pp. 154-155

<sup>704</sup> MARQUÉS DE ALMEIDA, J. J. (1999), p. 177. Y en el mismo sentido, DURÉNDEZ, A. (2001): “La auditoría de cuentas en España: un estudio empírico sobre la función, utilidad y comprensión del informe de auditoría”, p. 101, el autor cita a Mallo, (2000): “La auditoría estratégica de gestión dentro de la regulación legal de la auditoría de cuentas”, p. 21 quien considera que debido a la defraudación de expectativas de la función actual del auditor cabe cuestionarse, “si sería conveniente ampliar el alcance de la auditoría financiera con un dictamen de la auditoría estratégica que se pronunciara sobre la posibilidad de obtención de ganancias futuras de la empresa”.

La profesión de auditoría de cuentas es la encargada de opinar sobre si las cuentas anuales y la información contable refleja la imagen fiel de la situación patrimonial de la empresa y del resultado de su ejercicio. Está regulada por unas Normas Técnicas que aportan garantía suficiente acerca de la calidad y homogeneidad de los trabajos y de las opiniones emitidas que llevan ese nombre.

Adicionalmente, para poder emitir una opinión fundada es necesario que el auditor conozca exhaustivamente la empresa, su organización interna, el entorno cercano y macroeconómico en los que se desarrolla ésta su actividad<sup>705</sup>. La propia variedad de las empresas que audita le harán conocedor de diferentes experiencias.

Pero lo que, a nuestro juicio, caracteriza al auditor de cuentas como el experto más idóneo para ejercer la profesión de administrador concursal, en la rama económica, es la previsible evolución que tendrá el ejercicio de la profesión auditora en un horizonte temporal no muy lejano.

En relación a esta evolución Marqués de Almeida considera<sup>706</sup> que, “estando esta economía caracterizada por la complejidad e interdependencia, los métodos y procedimientos de auditoría basados en la contabilidad, ¿serán suficientes para entender y analizar el negocio del cliente, de la industria y del sector en que se encuentra implantado?. ¿No será, pues, necesario ampliar el ámbito y alcance de la auditoría a niveles más elevados, en que el enfoque de auditoría se efectúe por la vía *top-down* es decir, de una forma global, tratando al cliente como un todo, en que el riesgo del negocio sea la nueva orientación de auditoría?. Es esta orientación de auditoría la que comienza a adquirir contornos cada vez más precisos, y la que exige que el auditor potencie el conocimiento de su cliente y de la industria relacionada así como de sus ligazones con el entorno, cuando reciba el encargo de validar los estados financieros.

Por consiguiente, la auditoría de la estrategia vendrá a completar la auditoría de los estados financieros, ya que éstos son, naturalmente, el reflejo de la estrategia que guía a la empresa.

Por ello, proponemos que se amplíen los objetivos de la auditoría para el análisis de la estrategia, de los sistemas y de los presupuestos anuales”.

## Fases del trabajo de auditoría

Las fases del trabajo de auditoría son: fase preliminar, planificación, programación, ejecución y emisión. Estas fases utilizan y proporcionan unos documentos fundamentales y se ejecutan bajo unas Normas Técnicas imperativas.

- Fase preliminar, corresponde a la toma de contacto del auditor con la empresa. A través de ella se conocen aspectos generales de la empresa, se dimensiona, se observan

---

<sup>705</sup> MARQUÉS DE ALMEIDA, J. J. (1999), pp. 160-165. Para el autor estos conocimientos que el auditor debe obtener para poder emitir su opinión son los que se necesitará para auditar la coherencia de la estrategia empresarial y, con ello, su factibilidad.

<sup>706</sup> MARQUÉS DE ALMEIDA, J. J. (1999), pp. 160-161



características y circunstancias relevantes, complejidad, estructura interna y primera aproximación al control interno implantado...Sirve para fijar el objeto y alcance del trabajo que el auditor va a efectuar. El documento de esta fase es el contrato o carta de encargo de auditoría que firmarán las partes.

La NIA 210 (Norma Internacional de Auditoría) regula el acuerdo de los términos del encargo de auditoría. De acuerdo a la misma el auditor deberá acordar por escrito con su cliente el objetivo y alcance del trabajo, así como sus honorarios o los criterios para su cálculo para todo el período de nombramiento.

- Fase de planificación, a través de ella se desarrollan las líneas fundamentales del trabajo, por tanto la estrategia global. En esta fase se elabora el Plan Global de Auditoría, documento guía que incluye el siguiente contenido: términos del encargo, las responsabilidades, la legislación aplicable, el riesgo de auditoría y la importancia relativa. De la planificación se obtiene la naturaleza, alcance y momento de ejecución de las tareas y pruebas debidamente documentadas en los programas de las áreas de trabajo.

Siguiendo la obra de Lefevre<sup>707</sup>, la planificación de auditoría supone el desarrollo de una estrategia global, basada en el objetivo del trabajo, el alcance del encargo y las características de la organización.

El auditor de cuentas debe llegar a un nivel de conocimiento del tipo de negocio de la entidad que le permita llevar a cabo su examen siguiendo las exigencias de las Normas Técnicas de Auditoría. Ese nivel de conocimiento le facultará para obtener una opinión de los acontecimientos, transacciones y prácticas que puedan tener un efecto significativo sobre las cuentas anuales.

El auditor planificará, programará y ejecutará su trabajo y emitirá su opinión de acuerdo al protocolo profesional establecido.

La planificación de la auditoría variará según los siguientes factores: tamaño de la entidad, complejidad de la entidad, experiencia previa del auditor en esa entidad, conocimiento del tipo de negocio en que la empresa se desenvuelve, calidad de la organización y del sistema de control interno establecido.

Mediante la planificación el auditor establece la naturaleza, alcance y momento de ejecución de las tareas y pruebas que se han de realizar y que se reflejarán en los programas de auditoría de las diferentes áreas de trabajo. Por tanto la planificación orienta la fase de programación de la auditoría<sup>708</sup>. El documento que se elabora en esta fase de planificación es el Plan Global de Auditoría

-En la fase de programación los auditores definen y documentan los objetivos y procedimientos para cada área de trabajo dirigido a obtener evidencia suficiente y adecuada para la formación de su opinión. En esta etapa se elabora el programa de auditoría para cada área.

---

<sup>707</sup> Manual de Auditoría (2012) Francis Lefebvre op. cit. En esta obra puede observarse con detalle las fases de auditoría que aquí relacionamos brevemente.

<sup>708</sup> NORMA INTERNACIONAL DE AUDITORÍA NIA-ES 300

El programa de auditoría establece las pruebas a realizar y su extensión necesarias para alcanzar los objetivos de la auditoría. Están dirigidos a obtener la evidencia necesaria para apoyar la opinión del auditor de cuentas.

El programa de auditoría incluirá los objetivos de auditoría para cada área de trabajo y definirá con detalle las pruebas de auditoría que se consideren necesarias.

-En la fase de ejecución se obtienen las pruebas de auditoría que permiten obtener evidencia suficiente y adecuada para apoyar la opinión profesional.

Para emitir su opinión profesional el auditor deberá obtener evidencia suficiente y adecuada que le sirva de base a la misma. La evidencia es “la convicción razonable de que todos aquellos datos contables expresados en las cuentas anuales han sido y están debidamente soportados en tiempo y contenido por los hechos económicos y circunstanciales que realmente han ocurrido”<sup>709</sup>.

Los factores que, entre otros, inciden en la cantidad de evidencia a obtener son: la materialidad o importancia relativa y el riesgo de auditoría<sup>710</sup> (probabilidad de que el auditor de cuentas emita una opinión equivocada en su informe. Este riesgo se descompone en tres tipos de riesgos que el auditor debe minimizar con el diseño y realización de sus pruebas riesgo inherente, posibilidad de que se produzcan incorrecciones de importancia en el proceso contable del que se obtienen los estados financieros, riesgo de control, posibilidad de que habiéndose producido dichas incorrecciones, éstas no hayan sido detectadas por el sistema de control interno y riesgo de detección, posibilidad de que cualquier incorrección de importancia que exista en los estados financieros objeto de la auditoría, y que por tanto no haya sido puesta de manifiesto por el control interno de la empresa, no sea tampoco detectada por el auditor mediante la aplicación de las pruebas que ha considerado). Existen, además, otros factores como el conocimiento previo de la entidad auditada, la experiencia del auditor en el sector en el que ésta opera, los resultados que el auditor va obteniendo durante el desarrollo de sus pruebas, la confianza en la organización y en sus empleados, el tipo y la calidad de la información disponible.

Factores, entre otros, que inciden en la calidad de la evidencia: fuente de donde ésta procede, de la propia organización o externa; forma de presentación, escrita, verbal, identificada, firmada; concordancia entre diferentes evidencias obtenidas<sup>711</sup>.

Las pruebas que proporcionan la evidencia del auditor pueden ser pruebas de cumplimiento o pruebas sustantivas.

Pruebas de cumplimiento: se dirigen a recopilar evidencia de auditoría relativa a la calidad del sistema de control interno implantado en la organización. El resultado de estas pruebas le sirve para determinar el grado de confianza que le merece el sistema y en virtud del mismo determinará las pruebas sustantivas a realizar. Cuanto más baja sea la fiabilidad de ese control interno mayor será la cantidad de pruebas sustantivas a realizar para poder encontrar suficiente base en la emisión de la opinión.

---

<sup>709</sup> Manual de Auditoría (2012), p. 102

<sup>710</sup> MOLINA, H. (1997): “La planificación de la auditoría”, pp. 144-156 desarrolla los tres tipos de riesgo de auditoría

<sup>711</sup> Manual de Auditoría (2012), p. 103

Los objetivos en la aplicación de las pruebas de cumplimiento son: la existencia del sistema de control interno de la organización; la efectividad, es decir, que funciona correcta y eficazmente; y la continuidad, es decir, que el sistema ha funcionado eficazmente durante todo el tiempo considerado.

Pruebas sustantivas, son aquéllas que se dirigen a recopilar evidencia de auditoría relacionada con la información financiera de la empresa en cuanto a integridad, exactitud y validez.

Los objetivos en la aplicación de las pruebas sustantivas son: la existencia de los activos y pasivos recogidos; derechos y obligaciones, que los activos son verdaderamente propiedad de la empresa y que los pasivos son en verdad obligaciones; el acaecimiento de las transacciones y hechos reflejados; la integridad de todos los activos, pasivos, transacciones y hechos ocurridos en el período considerado; la valoración de los activos y pasivos; la medición en cuanto a los importes de las transacciones; y la presentación y desglose de los estados financieros.

La obtención de evidencia de auditoría mediante la aplicación de pruebas de cumplimiento o sustantivas se realizan mediante técnicas de comprobación. Las principales: inspección, observación, preguntas, confirmaciones, cálculos y técnicas de examen analítico (comparación de los importes registrados en la contabilidad con las expectativas generadas por el propio auditor en base a índices, ratios, tendencias, variaciones, transacciones atípicas, proyecciones, estimaciones, prospecciones, etc).

En la fase de emisión de la opinión, la evidencia recogida y documentada en los papeles de trabajo en la fase anterior se procesa para elaborar el borrador del informe, en el que se pone de manifiesto las conclusiones alcanzadas, teniendo en cuenta la materialidad de las rúbricas<sup>712</sup>.

Este borrador del informe es tratado con los administradores societarios y el auditor decidirá las correcciones, en su caso, que estima pertinentes para incorporar al documento definitivo del informe de auditoría<sup>713</sup>.

### **3.2 la actividad del administrador concursal**

El administrador concursal es una de las piezas principales del procedimiento concursal y el profesional junto con el juez protagonista de su desarrollo.

---

<sup>712</sup> MONTROYA, J. (2008): “La vertiente cualitativa de la materialidad en auditoría: marco teórico y estudio empírico para el caso español”, pp. 90-96. Cita a Almela y a Viedma (1996, p 48), quienes definen la materialidad en los siguientes términos, “una incidencia es significativa cuando mediante su inclusión o exclusión, o un cambio en su presentación, en su valoración o en su descripción, se pudiera modificar sustancialmente la interpretación de la información financiera”

Hace referencia a la doble dimensión del concepto de materialidad la cuantitativa y la cualitativa puesto que la incidencia en una rúbrica puede ser escasa en cuanto a su importe pero relevante en cuanto al concepto que representa.

<sup>713</sup> Manual de Auditoría (2012) Francis Lefebvre. Puede aquí profundizarse en el conocimiento del trabajo de auditoría de cuentas cuyo contenido hemos resumido, en el que nos hemos basado y hemos seguido para hacer esta descripción.

La pericia de este profesional se requiere en prácticamente la totalidad del procedimiento y se regula en numerosos artículos. Algunas de sus funciones<sup>714</sup> principales son las siguientes:

-Función de control de la gestión del deudor ya sea mediante intervención de sus actos o mediante la efectiva ejecución de los mismos cuando el juez establece la suspensión de las actividades de los administradores societarios.

-Elaboración del Informe<sup>715</sup> en el que se determinarán los bienes y derechos que conforman la masa activa así como los pasivos y obligaciones que conforman la masa pasiva y la calificación y clasificación que corresponden a todos ellos. De Castro y Ramos<sup>716</sup> consideran que además debe formar parte del contenido las siguientes materias: datos, circunstancias e informaciones relativas al deudor sobre su gestión anterior a la declaración del concurso y la opinión de los administradores concursales sobre la contabilidad, la situación patrimonial e incluso, la viabilidad económica del concursado.

Nos parece muy acertada la consideración de estos autores dado que coincide en buena manera con la propuesta de este trabajo sobre la necesidad de que el administrador del

---

<sup>714</sup> Vid DE CASTRO, J. M.; RAMOS, T. (2012): “La administración concursal: actuación, estatuto jurídico, responsabilidades y funciones”, pp. 50 y ss. Utilizamos la relación que los autores elaboran.

<sup>715</sup> Art 75 LC 1. “El informe de la administración concursal contendrá:

1º Análisis de los datos y circunstancias del deudor expresados en la memoria a que se refiere el número 2º del apartado 2 del artículo 6 (memoria expresiva de la historia económica jurídica del deudor, actividades de los últimos tres años, oficinas, explotaciones... y de las causas del estado en que se encuentre y de las valoraciones y propuestas sobre la viabilidad patrimonial).

2º Estado de la contabilidad del deudor y, en su caso, juicio sobre las cuentas, estados financieros, informes y memoria a que se refiere el apartado 3 del artículo 6 (inventario de bienes y derechos).

Si el deudor no hubiese presentado las cuentas anuales correspondientes al ejercicio anterior a la declaración del concurso, serán formuladas por la administración concursal, con los datos que pueda obtener de los libros y documentos del deudor, de la información que éste facilite y de cuanta otra obtenga en un plazo no superior a quince días.

3º Memoria de las principales decisiones y actuaciones de la administración concursal.

2. Al informe se unirán los documentos siguientes.

1º Inventario de la masa activa.

2º Lista de acreedores.

3º En su caso, el escrito de evaluación de las propuestas de convenio.

4º En su caso, el plan de liquidación.

3. El informe concluirá con la exposición motivada de los administradores concursales acerca de la situación patrimonial del deudor y de cuantos datos y circunstancias pudieran ser relevantes para la ulterior tramitación del concurso.”

En este artículo se puede ver la intención del legislador de obtener una información fiable sobre la situación económica financiera de la empresa y también sobre su posible viabilidad futura. Opinamos, que el auditor de cuentas es el perfil profesional más adecuado para realizar estas funciones dado que es el profesional más experto en la evaluación de la contabilidad y registros empresariales y es el responsable de emitir una opinión sobre si las cuentas anuales reflejan la imagen fiel de la situación patrimonial y económica. El desarrollo de su trabajo, además, está sometido al contenido de unas Normas Técnicas Internacionales que apoyan el rigor profesional de su opinión. Asimismo, y en virtud de la Norma Técnica sobre empresa en funcionamiento, el auditor está obligado a desarrollar su trabajo para la obtención de evidencia que le permita pronunciarse sobre este extremo. Como decimos, el auditor de cuentas, en nuestra opinión, es el profesional que mejor se adecua al perfil que entendemos necesario para la figura del administrador concursal económico que desde esta obra planteamos. Para una mayor profundización vid, ALONSO, F. J. (2013): “El informe del administrador concursal: un intento de clarificación sistemática”, pp. 101-114

<sup>716</sup> DE CASTRO, J. M.; RAMOS, T. (2012): “La administración concursal...”, op. cit., p. 53

concurso se pronuncie respecto a la viabilidad económico financiera del concursado a medio plazo.

-Elaboración de otros informes durante el procedimiento, siendo los principales a los efectos de esta investigación, el de evaluación de la propuesta anticipada de convenio<sup>717</sup>, el de evaluación “normal” de la propuesta<sup>718</sup>, el de liquidación y el de calificación.

De Castro y Ramos<sup>719</sup> hacen una apreciación muy importante para el argumento de este trabajo cuando indican, “el objetivo del informe es ofrecer al Juez y a los acreedores la información más amplia e inteligible posible sobre la situación patrimonial del concursado, sobre las razones que le han conducido a esa situación y las posibles soluciones de viabilidad a la misma.” Los autores consideran también que la Ley Concursal solicita que este informe contenga un análisis de todos los datos aportados por el deudor y entienden que, “el análisis se refiere, por tanto, al estudio de la veracidad de tales datos”<sup>720</sup>.

La profesión encargada de emitir una opinión sobre la veracidad de las cuentas anuales y la coherencia de éstas con otros documentos emitidos por la empresa para el conocimiento de terceros, como es el informe de gestión, es la de auditor de cuentas, que además, aunque el objeto de su trabajo no sea la identificación de todo tipo de error o de irregularidad, sí debe planificarlo teniendo en cuenta que tal circunstancia exista.

-Funciones respecto a los acreedores. La comunicación a éstos de sus créditos de forma individual. Pero la principal función del administrador del concurso respecto de los acreedores es, a nuestro juicio, la evaluación de las propuestas de convenio que haya presentado el deudor en relación al plan de pagos y el plan de viabilidad del concursado, a través de los correspondientes informes.

Como ya se ha indicado anteriormente, para la propuesta que aquí se hace no se entiende bien la posibilidad de que los acreedores presenten una propuesta de convenio ya que para nosotros ésta tiene que estar fundamentada en un plan de viabilidad. En estas circunstancias la parte del procedimiento concursal que puede hacerlo es la deudora puesto que ella será la mayor conocedora tanto de la situación actual como de la posible evolución futura.

Por otra parte, la Ley Concursal no estima la evaluación<sup>721</sup> que debe realizar el administrador concursal sobre el plan de viabilidad, cuando es preceptivo, de forma

---

<sup>717</sup> Arts 107.2 Ley Concursal “La administración concursal evaluará el contenido de la propuesta de convenio en atención al plan de pagos y, en su caso, al plan de viabilidad que la acompañen. Si la evaluación fuera favorable, se unirá al informe de la administración concursal. Si fuese desfavorable o contuviese reservas, se presentará en el más breve plazo al juez, quien podrá dejar sin efecto la admisión de la propuesta anticipada o la continuación de su tramitación con unión del escrito de evaluación al referido informe. Contra el auto que resuelva sobre estos extremos no se dará recurso alguno.” También se hace referencia a este asunto en el art. 191 bis de la reforma de 2011.

Como podemos observar la valoración del convenio en lo que se refiere a la viabilidad futura que se solicita al administrador concursal no es vinculante para el juez, lo que desde este trabajo pensamos que debiera ser modificado.

<sup>718</sup> Art. 115 Ley Concursal

<sup>719</sup> Vid DE CASTRO, J. M.; RAMOS, T. (2012): “La administración concursal...”, op. cit., p. 55

<sup>720</sup> De CASTRO, J. M.; RAMOS, T. (2012), p. 57

<sup>721</sup> MARTÍNEZ, F. (2002): “Algunos apuntes sobre el plan de viabilidad de las empresas en situación concursal”, p. 29, en este artículo de reflexión sobre el entonces proyecto de Ley Concursal que

vinculante existiendo entonces la posibilidad de que una propuesta de convenio apoyada en un plan de viabilidad con informe con limitaciones sea impuesta a los acreedores disidentes si el juez lo considera pertinente y ésta obtiene el número de los votos favorables establecidos en la norma, presupuesto que desde luego no podemos compartir.

-Funciones respecto a terceros en especial con los trabajadores de la concursada, tramitación de ERES, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, rescisión de contratos de alta dirección, terceros que hayan contratado con la deudora, en cuanto que se faculta al administrador para resolverlos, suspenderlos, incluso rehabilitarlos, etc.

-Funciones de interposición y representación de acciones judiciales.

-Funciones generales, propuesta de designación de expertos independientes, requerimientos de auxilio para la conservación de activos y pasivos, seguimiento del cumplimiento del convenio aprobado cuando éste así lo recoja...

-Función de elaboración de informe en sede de calificación, razonado y documentado, sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución y de personas a las que debe afectar.

-Funciones en la conclusión y, en su caso, en la reapertura del concurso.

### **3.3 La actividad del experto independiente del art. 71.6 de la Ley de Reforma 38/2011.**

Artículo eliminado por el Real Decreto-ley 4/2014, pero cuya figura se mantiene en la nueva redacción del art. 71.bis. 4 por medio de la cual los acreedores o el deudor podrán solicitar el nombramiento de un experto independiente para que informe sobre el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad. Nuevamente el legislador no atribuye carácter vinculante a este informe porque cuando el informe contuviera reservas o limitaciones de cualquier clase, su importancia deberá ser expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo.

La Ley requiere a este profesional para que emita un informe sobre el acuerdo de refinanciación y una evaluación sobre la viabilidad de la empresa en virtud del mismo.

El contenido mínimo de este informe es el siguiente para algunos autores<sup>722</sup>:

---

posteriormente fue aprobado sin modificación en esta cuestión, ya entonces observó cómo las funciones del economista forense en los procedimientos concursales quedaba pendiente de determinación, “pero creemos que su intervención profesional en la evaluación de los planes de viabilidad debe ir más allá de un pronunciamiento puramente técnico-financiero pues los aspectos estratégicos (cualitativos) del plan condicionarán muy seriamente su viabilidad”.

<sup>722</sup> Vid RODRÍGUEZ, C. (2012): “los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011”, pp. 210 y ss

1. Estado de la contabilidad del deudor. Análisis del activo y lista de acreedores.
2. Juicio sobre las cuentas anuales, la contabilidad provisional, los estados financieros, el informe de gestión de cada una de las tres cuentas anuales analizadas, y de las operaciones realizadas por la entidad en los últimos días desde el nombramiento del experto.
3. Patrimonio Neto del deudor.
4. Examen del acuerdo de refinanciación. (Análisis de su viabilidad económico-financiera)
5. Análisis de la ampliación significativa del crédito otorgado por los firmantes del acuerdo.
6. Nuevas obligaciones contraídas, en sustitución de las antiguas, con bancos y con proveedores.
7. Prórrogas de vencimiento otorgadas.
8. Críticas sobre el plan de viabilidad.
9. Continuidad de la empresa por métodos de cálculo y por métodos analíticos comparativos, en relación al sector y en relación a su círculo de clientes principales.
10. Otras garantías prestadas que todavía siguen vigentes.
11. Resumen de la proporcionalidad de las garantías prestadas en este acuerdo de refinanciación.
12. Verificación de que el acuerdo de refinanciación ha sido suscrito por acreedores de lícito comercio y cálculo de quórum.

Para Rodríguez<sup>723</sup>, el informe del experto tiene que manifestarse sobre la información suficiente aportada, a este respecto establece una analogía importante con el trabajo de los auditores y su informe, sobre la razonabilidad y sobre la factibilidad.

Un plan de refinanciación para él es razonable, a su entender, si derivado de la verificación de las cifras se puede concluir que se ha superado la falta de liquidez del negocio.

Un plan de refinanciación es realizable si las cifras no son “pura fantasía”, es decir, que si contempla un incremento de las ventas, es de suponer que existe una razón poderosa para ello, y que ésta se justifica y es probable.

### **3.4 La actividad del mediador concursal de la Ley 14/2013**

En el art. 234 la Ley le encomienda la función de comprobar la existencia y la cuantía de los créditos así como efectuar la convocatoria de la reunión del deudor con los acreedores. Además, le encomienda la remisión a los acreedores del plan de pagos de los créditos pendientes al que se acompañará el plan de viabilidad. Le asigna también la supervisión de la ejecución del plan y ostentar el puesto de administrador concursal si finalmente es necesario llegar a concurso de acreedores<sup>724</sup>.

---

<sup>723</sup> Vid RODRÍGUEZ, C. (2012), pp 102 y ss

<sup>724</sup> ESMERATS, I. (2014): “Administración concursal, mediación y acuerdo extrajudicial”, estudia la actividad y perfil de este profesional a la luz de la Ley de emprendedores y su internacionalización de 2013

## **4-LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL**

### **4.1 Del auditor financiero**

La responsabilidad de los auditores se exige en el ordenamiento jurídico en base a tres niveles:

- Profesional, por las corporaciones profesionales existentes.
- Administrativo, por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.
- Judicial, por la administración de justicia.

Los auditores son responsables de su actuación profesional, el trabajo desarrollado y la emisión del informe con su opinión sobre si las cuentas anuales reflejan, en todos los aspectos significativos, la imagen fiel de la situación financiera de la empresa y de su resultado. La principal normativa que regula esta responsabilidad se encuentra en la Ley de Auditoría, el Reglamento que la desarrolla, las Normas Técnicas publicadas por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas y sus Resoluciones fundamentalmente.

“Del conjunto de artículos establecidos en la legislación vigente actual en materia de auditoría de cuentas, podemos establecer que las diferentes responsabilidades que afectan al auditor de cuentas, como consecuencia del trabajo desarrollado son las siguientes:

Responsabilidad ética. En consonancia con las Normas Técnicas publicadas por el ICAC en la Resolución 19-1-1991, entre las que destacan formación técnica y capacidad profesional; independencia, integridad y objetividad; diligencia profesional; secreto profesional; honorarios, comisiones y publicidad.

Responsabilidad social. Se deriva de la que contrae el auditor de cuentas ante la sociedad, dada la trascendencia social del trabajo que desarrolla, puesto que la sociedad deposita la confianza en el auditor para la realización de un trabajo, que se considera necesario y de trascendencia (Larriba, 2009; p.109).

Responsabilidad administrativa. El Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas y por delegación, las corporaciones de auditores, son las encargadas de controlar las actuaciones profesionales de los auditores y de realizar un adecuado control de la profesión.

Responsabilidad civil. Aparece regulada en RDLeg 1/2011 art. 22.

Responsabilidad penal. Se deriva de acciones ligadas a falsificación de documentos, la falta de guardar el secreto profesional y la coautoría y participación en delitos



criminales. En términos generales, esta responsabilidad se regulará en base a los delitos económicos contemplados en el Código Penal”<sup>725</sup>.

## **4.2 Del administrador concursal**

La Ley Concursal regula la responsabilidad del administrador concursal, así como la de los auxiliares delegados, en el artículo 36<sup>726</sup>. En el punto 1 indica “Los administradores concursales y los auxiliares delegados responderán frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia.”

De forma similar a como tratamos en el capítulo anterior la responsabilidad del administrador social, también se requiere a este profesional que actúe diligentemente.

Al ser profesional el estándar de diligencia será superior al estándar civil del buen padre de familia, pero así como en la Ley de Sociedades de Capital se equipara la diligencia del administrador de la sociedad a la del ordenado empresario, concepto jurídico indeterminado, en este caso la Ley, creemos, proporciona incluso una referencia menor, dejando las reclamaciones de responsabilidad por esta vía, a nuestro juicio, ante un vacío legal. Téngase en cuenta que habrá situaciones en las que la prueba de diligencia sea asunto sencillo<sup>727</sup>, pero ¿qué sucedería si se le exigiera responsabilidad por la evaluación del convenio y del plan de viabilidad, en su caso, presentados y que quizás han servido de base a los acreedores para que decidan aprobar el convenio, si finalmente éste resulta incumplible?

Por el contrario, la profesión de auditor de cuentas sí cuenta con una referencia objetiva para enjuiciar si éste ha desarrollado su trabajo de forma diligente. Esa referencia la constituyen las Normas Técnicas de Auditoría. Si el auditor ha desarrollado su trabajo de acuerdo al contenido de ellas, con independencia de que su opinión haya o no resultado acertada a futuro, su responsabilidad quedará cubierta.

Nos parece que de manera similar podrían establecerse unas Normas Técnicas orientadoras de la actuación del administrador del concurso para acotar su responsabilidad y, no menos importante, para homogeneizar los trabajos en los distintos concursos, en especial en lo que se refiere a la valoración de los datos, contabilidad y

---

<sup>725</sup> REGISTRO GENERAL DE AUDITORES (2012): “Manual de Auditoría” Francis Lefevre p. 19

<sup>726</sup> Art. 36 Ley Concursal, “2.Los administradores concursales responderán solidariamente con los auxiliares delegados de los actos y omisiones lesivos de éstos, salvo que prueben haber empleado toda la diligencia debida para prevenir o evitar el daño.

3. La acción de responsabilidad se sustanciará por los trámites del juicio declarativo que corresponda, ante el juez que conozca o haya conocido el concurso.

4. La acción de responsabilidad prescribirá a los cuatro años, contados desde que el actor tuvo conocimiento del daño o perjuicio por el que reclama y, en todo caso, desde que los administradores concursales o auxiliares delegados hubieran cesado en su cargo...”

<sup>727</sup> DÍAZ, J. L. (2012): “Presupuestos de la responsabilidad de los administradores concursales”, p. 117, “la prueba en los supuestos de incumplimiento de la Ley no presenta mayor dificultad de la habitual en los procesos de reclamación de responsabilidad civil en general, sin embargo, planteará más problemas de lo normal acreditar si los administradores concursales y los auxiliares delegados han actuado sin la diligencia debida, dado el carácter indeterminado de ésta”.

cuentas de la deudora así como a la opinión sobre la razonabilidad de los planes de negocio presentados.

#### **4.3 Del experto independiente nombrado por el registrador mercantil y del mediador**

Nada establece la Ley Concursal en referencia a la responsabilidad a la que se somete a este profesional experto independiente a pesar de la importancia de su cometido aunque en todo caso habrá de remitirse a la responsabilidad profesional del colectivo al que pertenezca.

Para el mediador concursal y puesto que la Ley le atribuye el cumplimiento de los requisitos del mediador (Ley 5/2012) y del administrador concursal (Ley Concursal) la responsabilidad profesional que se le atribuye, aunque no se solicita expresamente, creemos que participará de las características establecidas para esos dos profesionales.

#### **4.4 Responsabilidad propuesta para la figura de “administrador concursal económico”**

Desde nuestro punto de vista es esencial emitir unas Normas Técnicas que regulen el trabajo de este profesional. De esta manera se homogenizarán los trabajos y se establecerán criterios objetivos y protocolos de actuación que proporcionen referentes para la evaluación de la calidad de su actuación cuando sea necesario.

### **5-NORMAS TÉCNICAS**

De la actividad de los tres profesionales estudiados en este capítulo únicamente los auditores de cuentas disponen de unas Normas Técnicas de obligado cumplimiento que regulan cómo debe realizarse el trabajo de su profesión

Este cuerpo normativo esencial tiene entre otras, en nuestra opinión, tres ventajas fundamentales que justifican su existencia:

- 1- Orienta y dirige el trabajo del auditor de cuentas. Establece guías fundamentales para que éste pueda enfrentarse a su tarea con independencia de que siempre, como no puede ser de otra manera, ha de estar presente su juicio profesional.
- 2- Homogeniza, en la mayor medida posible, los trabajos y por tanto el informe de auditoría<sup>728</sup> de las cuentas anuales en España y en el resto de países.

---

<sup>728</sup> El informe de auditoría es un documento esencial para la toma de decisiones de los terceros, vid, GUIRAL, A. ; GONZALO, J. A. (2005): “Informe de auditoría y comportamiento de los analistas de riesgos”, p. 531, estos autores demuestran empíricamente cómo el informe de auditoría se comporta

- 3- Proporciona objetividad a la responsabilidad profesional del auditor lo que incrementa la seguridad jurídica y evita que ante hipotéticos escenarios problemáticos de la empresa auditada, los perjudicados acudan a la responsabilidad del auditor como otra vía adicional para intentar satisfacer sus intereses.

Como decíamos los profesionales de la Ley Concursal, el experto del modificado art. 71.6 y el propio administrador concursal no disponen de Normas Técnicas para orientar la ejecución de sus tareas y tampoco las tiene el mediador concursal. Sin embargo, a nuestro entender, las tareas que tienen encomendadas, en especial la que se refiere a la valoración del plan de viabilidad, presentan los tres problemas que unas Normas Técnicas mitigarían; orientación del trabajo, homogenización del mismo con independencia de su ejecutor y acotación de la responsabilidad profesional.

Las Normas Técnicas de Auditoría son un cuerpo normativo de obligado cumplimiento para la profesión de la auditoría de cuentas que se integra con el resto de la legislación española que la regula, principalmente el Texto Refundido de la Ley de Auditoría de 2011 y el Reglamento de desarrollo.

A partir de enero de 2014 las Normas Técnicas de Auditoría de aplicación son la adaptación que España ha realizado de las Normas Técnicas Internacionales tal y como se deriva de la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas<sup>729</sup>.

---

como una señal de alarma que únicamente activa la severidad de los analistas de riesgos cuando contradice las expectativas a priori favorables que éstos se forman en torno a la operación de crédito, aunque no tiene efecto cuando el desequilibrio del cliente es manifiesto”.

<sup>729</sup> Normas Técnicas aplicables a partir del 1 de enero de 2014. Públicas en la web del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

-Resolución de 31 de enero de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuenta, por la que se somete a información pública las nuevas Normas Técnicas de Auditoría, resultado de la adaptación de las Normas Internacionales de Auditoría para su aplicación en España.

NIA 200. Objetivos globales del auditor independiente y realización de la Auditoría de conformidad con las Normas Internacionales de Auditoría.

NIA 210. Acuerdo de los términos del encargo de Auditoría.

NIA 220: Control de Calidad de la Auditoría de los Estados Financieros.

NIA 230. Documentación de Auditoría.

NIA 240. Responsabilidades del auditor en la Auditoría de Estados Financieros con respecto al Fraude.

NIA 250. Consideración de las Disposiciones Legales y Reglamentarias en la Auditoría de Estados Financieros.

NIA 260. Comunicación con los responsables del gobierno de la Entidad.

NIA 265. Comunicación de las deficiencias en el Control Interno a los responsables del gobierno y a la dirección de la Entidad.

NIA 300. Planificación de la Auditoría de Estados Financieros.

NIA 315. Identificación y valoración de los riesgos de incorrección material mediante el conocimiento de la Entidad y de su entorno.

NIA 320. Importancia relativa o materialidad en la planificación y ejecución de la Auditoría.

NIA 330. Respuestas del auditor a los riesgos valorados.

NIA 402. Consideraciones de Auditoría relativas a una entidad que utiliza una organización de servicios.

NIA 450. Evaluación de las incorrecciones identificadas durante la realización de la Auditoría.

NIA 500. Evidencia de Auditoría.

NIA 501. Evidencia de Auditoría-Consideraciones específicas para determinadas Áreas.

NIA 505. Confirmaciones Externas.

El trabajo de valoración del plan de viabilidad que corresponde realizar al que hemos llamado administrador concursal económico debería estar sometido a las Normas Técnicas de Auditoría. Consideramos que la primera tarea que tiene que abordar es la determinación de la verdadera situación económica y financiera de la empresa junto con un conocimiento exhaustivo de la misma y del sector en el que opera. Es decir, la vertiente retrospectiva del plan. Como esta actividad coincide en gran medida con la que corresponde al auditor de cuentas, la propuesta es que el trabajo del administrador concursal económico se efectúe bajo las premisas de la profesión auditora.

Adicionalmente, algunas de estas Normas se refieren a cómo debe realizar la preceptiva valoración de: las estimaciones que efectúa la empresa, el nivel de riesgo de la misma, la probabilidad de que la empresa continúe en funcionamiento. Aspectos todos ellos que forman parte, de manera directa, del contenido de un informe de evaluación del plan de viabilidad de una empresa en su vertiente prospectiva.

En ese sentido, parece interesante recoger las Normas Técnicas que regulan estas materias y ver su correlación con el trabajo de evaluación del plan de viabilidad.

## NIA 200

En el alcance de esta NIA se establece la consideración de los objetivos globales del auditor considerando como principal el aumentar el grado de confianza de los usuarios de los estados financieros.

Asimismo expone que como base para la opinión del auditor, las NIA requieren que el auditor obtenga una seguridad razonable, (es decir, un alto grado de seguridad que se alcanza según la NIA cuando, el auditor ha obtenido evidencia suficiente y adecuada para reducir el riesgo de auditoría a un nivel suficientemente bajo), de que los estados

---

NIA 510. Encargos iniciales de Auditoría-Saldos de Apertura.

NIA 520. Procedimientos Analíticos.

NIA 530. Muestreo de Auditoría.

NIA 540. Auditoría de estimaciones contables, incluidas las de Valor razonable, y de la información relacionada a revelar.

NIA 550. Partes Vinculadas.

NIA 560. Hechos posteriores al cierre.

NIA 570. Empresa en Funcionamiento.

NIA 580. Manifestaciones escritas.

NIA 600. Consideraciones Especiales-Auditoría de Estados Financieros de Grupos (Incluido el Trabajo de los Auditores de los Componentes).

NIA 610. Utilización del Trabajo de los Auditores Internos.

NIA 620. Utilización del Trabajo de un Experto del Auditor.

NIA 700. Formación de la opinión y emisión del Informe de Auditoría sobre los Estados Financieros.

NIA 705. Opinión modificada en el Informe emitido por el Auditor independiente.

NIA 706. Párrafo de énfasis y párrafos sobre otras cuestiones en el informe emitido por un Auditor independiente.

NIA 710. Información Corporativa- Cifras correspondientes de períodos anteriores y estados financieros comparativos.

NIA 720. Responsabilidad del Auditor con respecto a otra información incluida en los documentos que contienen los estados financieros auditados.

Resolución de 19 de julio de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se somete a información pública la modificación de la Norma Técnica de Auditoría sobre la aplicación del principio de empresa en funcionamiento, publicada por Resolución de 31 de mayo de 1993. Posteriormente modificada para adaptar a la norma Internacional de Auditoría en vigor a partir de 2014.

financieros en su conjunto están libres de incorrección material, debida a fraude o a error.

La NIA establece como requerimientos del trabajo del auditor que éste se efectúe con:

1 Escepticismo profesional, es decir, reconociendo que pueden darse circunstancias que supongan que los estados financieros contengan incorrecciones materiales.

2 Juicio profesional en la planificación y ejecución del trabajo.

El contenido de esta Norma además de garantizar la corrección de la información económica y financiera de la deudora, es decir, la vertiente retrospectiva del plan de viabilidad, cuestión extremadamente importante, recoge también consideraciones que han de tenerse en cuenta cuando se analiza el plan de viabilidad en su vertiente prospectiva.

#### NIA 230

Esta NIA considera la elaboración y mantenimiento de los documentos generados cuando se efectúa una auditoría.

En este sentido, señala que el objetivo del auditor es preparar documentación que proporcione: un registro suficiente y adecuado de la base en la que se apoya el informe de auditoría y evidencia de que la auditoría se planificó y ejecutó de conformidad con las NIA y los requerimientos legales y reglamentarios aplicables.

Por otra parte, expone que un factor importante para la determinación de la estructura, contenido y extensión de la documentación de auditoría es el grado en que se ha aplicado el juicio profesional en la realización del trabajo y en la evaluación de los resultados. La documentación recogerá las bases para las conclusiones del auditor sobre determinada información, razonabilidad de las estimaciones de la dirección, autenticidad de documentación, etc.

La regulación de esta documentación también llamada papeles de auditoría debe aplicarse, en nuestra opinión, como apoyo al informe de valoración del plan de viabilidad en su contenido de datos históricos, retrospectivos y de estimaciones, esto es, prospectivos.

#### NIA 250

Norma referida a la consideración de las disposiciones legales y reglamentarias en la auditoría de estados financieros. Considera tres tipos de objetivos:

- a) Obtención de evidencia suficiente y adecuada del cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que, de forma generalmente admitida, tienen un efecto directo en la determinación de cantidades e información materiales en los estados financieros.
- b) La aplicación de procedimientos de auditoría específicos que ayuden a identificar casos de incumplimiento de disposiciones legales y reglamentarias.

- c) Responder adecuadamente al incumplimiento o a los indicios de incumplimiento.

Lógicamente estos objetivos y, por tanto, los procedimientos de auditoría establecidos son de aplicación en los trabajos de valoración del plan de viabilidad.

#### NIA 300

Se refiere a la planificación de los trabajos que dan lugar a la posterior emisión del informe del auditor. Ésta implica el establecimiento de una estrategia global de auditoría y el desarrollo de un plan de trabajo.

Para establecer la estrategia global, la Norma considera que el auditor diseñará un plan en el que, identificará los objetivos del trabajo, considerará los factores significativos, determinará la naturaleza, el momento de empleo y la extensión de los recursos necesarios para ejecutar el trabajo.

Parece deseable que el profesional responsable de la evaluación del plan de viabilidad utilice estas disposiciones.

#### NIA 500

Referente a la evidencia de auditoría.

Norma muy importante porque regula la obtención de información, suficiente y adecuada que servirá de apoyo a la opinión del auditor. Esta evidencia y su documentación justificarán el sentido de su opinión profesional y por ello será el límite de revisión si hubiera que juzgar su responsabilidad profesional.

Esta materia la proponemos como extensiva para la opinión profesional que se solicita en diferentes artículos de la Ley Concursal en referencia a los planes de viabilidad.

El objetivo establecido en esta Norma Técnica es diseñar y aplicar procedimientos de auditoría de forma que le permita obtener evidencia de auditoría suficiente y adecuada para poder alcanzar conclusiones razonables en las que basar su opinión.

Algunos de los procedimientos utilizados para la obtención de evidencia son: inspección, observación, confirmación externa, recálculo, reejecución, procedimientos analíticos, indagación, etc.

#### NIA 510

Norma Técnica de aplicación a los saldos de apertura.

Esta Norma es de aplicación cuando las cuentas anuales de la Entidad no han sido auditadas durante el período anterior. Supuesto que procederá en muchas ocasiones de aplicación de la Ley Concursal. Por este motivo, es una de las Normas Técnicas que guiará de forma más cercana las necesidades del trabajo de evaluación del plan de viabilidad.

De acuerdo con esta Norma se obtendrá evidencia suficiente y adecuada sobre si: los saldos de apertura contienen incorrecciones que pueden afectar de forma material a los estados financieros del período actual; y se han aplicado de manera uniforme en los estados financieros del período actual las políticas contables adecuadas reflejadas en los saldos de apertura, o si los cambios efectuados en ellas se han registrado, presentado y revelado adecuadamente de conformidad con el marco de información financiera aplicable.

#### NIA 540

Relativa a la auditoría de estimaciones contables. Muy importante también para aplicar en la valoración del nivel prospectivo en el plan de viabilidad, que como predicción que es se apoya en las estimaciones que la deudora realiza del que podrá ser el escenario futuro.

De acuerdo al contenido de esta Norma el auditor se encargará, entre otras, de la realización de:

- Pruebas sobre el modo en que la dirección realizó la estimación contable y los datos en los que dicha estimación se basa. El auditor evaluará si el método de medición utilizado es el adecuado dadas las circunstancias y si las hipótesis empleadas por la dirección son razonables teniendo en cuenta los objetivos de la mediación.

- Pruebas sobre la eficacia operativa de los controles relativos a la realización por la dirección de la estimación contable, junto con la aplicación de procedimientos sustantivos adecuados.

- Una estimación puntual o establecimiento de un rango para evaluar la estimación puntual de la dirección. Para ello:

- i) Cuando el auditor emplee hipótesis o métodos diferentes de los utilizados por la dirección, el auditor obtendrá conocimiento suficiente de las hipótesis o métodos de la dirección para cerciorarse de que la estimación puntual o rango del auditor tiene en cuenta variables relevantes, así como para evaluar cualquier diferencia significativa respecto de la estimación puntual de la dirección.
- ii) Cuando el auditor concluya que resulta adecuado utilizar un rango, el auditor reducirá el rango, sobre la base de la evidencia de auditoría razonable, hasta que los desenlaces incluidos dentro del rango se consideren razonables.

#### NIA 570

Norma referida a la empresa en funcionamiento.

De acuerdo con este principio contable los estados financieros de la empresa se formularán bajo la hipótesis de que la entidad continuará en el futuro previsiblemente.

La Norma establece los siguientes objetivos:

- La obtención de evidencia de auditoría suficiente y adecuada sobre la adecuación de la utilización por parte de la dirección de la hipótesis de empresa en funcionamiento para la preparación de los estados financieros.
- La determinación sobre la base de la evidencia de auditoría obtenida, de la existencia o no de una incertidumbre material relacionada con hechos o con condiciones que pueden generar dudas significativas sobre la capacidad de la entidad para continuar como empresa en funcionamiento.
- La determinación de las implicaciones para el informe de auditoría.

La Norma establece que la evaluación independiente de la valoración realizada por la dirección acerca de la capacidad de la entidad para continuar como empresa en funcionamiento puede incluir una evaluación del proceso seguido por la dirección para realizar su valoración, de las hipótesis sobre las que se ha basado la valoración, así como de los planes de actuación futura de la dirección y de su viabilidad en esas circunstancias. Vemos una aplicación directa del contenido de esta norma en el trabajo del administrador concursal, del experto independiente nombrado por el juez y del mediador concursal.

Con esta Norma finalizamos la exposición del conjunto de Normas Técnicas de Auditoría que, a nuestro juicio, tienen una vinculación fundamental con el trabajo de valoración del plan de viabilidad que requiere la Ley Concursal porque, como se ha manifestado en líneas anteriores, además de orientar la evaluación de la información retrospectiva orienta la evaluación de la información prospectiva contenida en el mencionado plan.

En las líneas siguientes proponemos la redacción de una nueva Norma Técnica que regule la formación de la opinión y emisión del informe de auditoría sobre la razonabilidad y factibilidad del plan de viabilidad aportado por un deudor en sede preconcursal o concursal que desee continuar la actividad. Mantenemos la estructura y el contenido que para la emisión de la opinión del auditor sobre los estados financieros contiene la Norma Internacional de Auditoría aplicable en España, NIA-ES 700. De esta forma consideramos que el trabajo del administrador concursal económico, cuya figura estamos determinando, quedará integrado en su totalidad también con el trabajo de análisis de la posición económica y financiera del deudor que previamente habrá de estudiar.

## NIA 700-b FORMACIÓN DE LA OPINIÓN Y EMISIÓN DEL INFORME DE EVALUACIÓN DEL PLAN DE VIABILIDAD

### Introducción



- Alcance de esta NIA

Esta Norma de evaluación independiente del plan de viabilidad presentado por un deudor trata de la responsabilidad que tiene el administrador concursal económico o en su caso experto independiente de formarse una opinión sobre la coherencia y factibilidad del plan. También trata de la estructura y el contenido del informe de opinión emitido.

## Objetivos

- Los objetivos del auditor son:
  - a) La formación de una opinión sobre el plan de viabilidad basada en una evaluación de las conclusiones extraídas de la evidencia obtenida; y
  - b) La expresión de dicha opinión con claridad mediante un informe escrito en el que también se describa la base en la que se sustenta la opinión.

## Requerimientos

- El administrador concursal económico se formará una opinión sobre si el plan de viabilidad ha sido preparado en todos los aspectos materiales de conformidad con la situación económica y financiera de la empresa obtenida en el marco de la información financiera aplicable, así como de la situación interna y de la situación externa actual y previsible a medio plazo.

## Tipos de opinión

- El administrador concursal económico expresará una opinión favorable cuando concluya que el plan de viabilidad ha sido preparado, en todos los aspectos materiales, de conformidad con el marco de información aplicable, así como de conformidad con la situación interna y con la situación externa actual y previsible a medio plazo.
- El administrador concursal económico expresará una opinión desfavorable cuando:  
Concluya que, sobre la evidencia obtenida el plan de viabilidad en su conjunto no está libre de incorrección material; o  
no pueda obtener evidencia suficiente y adecuada para concluir que el documento está libre de incorrección material. En este caso lo discutirá con la dirección de la empresa y dependiendo de los requerimientos que se efectúen y de cómo se resuelva la cuestión, determinará si es necesario expresar una opinión desfavorable.

## Informe de evaluación

- Título  
El informe de evaluación llevará un título que indique con claridad que se trata de un informe de evaluación independiente de un plan de viabilidad.
- Destinatario

Irá dirigido a los acreedores de la empresa.

- Apartado introductorio  
Indicará la entidad propietaria del documento.  
Manifestará que éste ha sido evaluado.  
Especificará el período que cubre el documento analizado.

#### Responsabilidad

- Responsabilidad de la dirección de la empresa  
Esta sección describe la responsabilidad de las personas pertenecientes a la entidad que han elaborado y firmado el plan de viabilidad.
- Responsabilidad del administrador concursal económico que manifestará que su responsabilidad es expresar una opinión sobre la razonabilidad y factibilidad del plan de viabilidad. Se hará constar que el trabajo se desarrolló de conformidad con las Normas Técnicas aplicables a estos trabajos. El informe también expresará que dichas normas exigen que el administrador concursal económico cumpla los requerimientos de ética así como que planifique y ejecute la auditoría con el fin de obtener una seguridad razonable de la coherencia y factibilidad del plan evaluado así como de obtener una seguridad razonable de que el documento está libre de errores materiales.

El informe describirá en qué consiste la evaluación indicando que: el trabajo conlleva la aplicación de procedimientos destinados a obtener evidencia que apoye las conclusiones, los procedimientos seleccionados dependen del juicio del administrador concursal económico incluida la valoración de los riesgos de incorrección material debida a fraude o a errores y, finalmente que conlleva la evaluación de la adecuación de las políticas que la empresa considera y también de sus estimaciones.

#### Opinión del administrador concursal económico

- Opinión favorable, incluirá el siguiente texto, “En nuestra opinión el plan de viabilidad es coherente y factible con un grado de probabilidad suficiente”
- Opinión desfavorable, incluirá el siguiente texto, “En nuestra opinión el plan de viabilidad no es coherente o factible con un grado de probabilidad suficiente”.

Fecha, dirección y firma del administrador concursal/ experto independiente

## **6-ÓRGANO SUPERVISOR**

El Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), es un organismo autónomo adscrito al Ministerio de Economía y Competitividad que, entre otras, tiene las siguientes competencias:

- Realización de trabajos técnicos y propuesta del Plan General de Contabilidad adaptado a las Directivas de la Unión Europea.

- Perfeccionamiento y actualización permanente de la planificación contable y de la actividad de auditoría de cuentas.

- El control de la actividad de auditoría de cuentas y el ejercicio de la potestad disciplinaria de los auditores de cuentas y sociedades de auditoría.

- La cooperación internacional en el ámbito de la actividad de auditoría de cuentas.

- El Registro Oficial de Auditores.

- La formación continuada de los auditores de cuentas.

- Homologación y publicación, en su caso, de las Normas de Auditoría.

Por tanto, este organismo regula el acceso a la profesión, la formación continua, establece las Normas Técnicas reguladoras de la actividad auditora, efectúa, en colaboración con los Colegios Profesionales, los controles de calidad y sanciona las conductas inadecuadas.

Desde este trabajo, y para regular la actividad del que hemos venido llamando administrador concursal económico proponemos a este organismo como candidato excepcional por varios motivos:

- Puede regular el acceso a la profesión, el establecimiento de perfiles y el diseño de pruebas de tal forma que se homogenice la capacidad profesional.

- Puede emitir Normas reguladoras para la ejecución del trabajo que garanticen nuevamente la homogenización del servicio profesional.

- En coherencia con lo anterior, puede hacer que los informes de viabilidad sean más confiables para los acreedores, especialmente cuando se aplica su extensión a los disidentes.

- Establece una línea de separación nítida entre los supuestos en los que puede prosperar una petición de responsabilidad profesional contra el administrador concursal económico y en los que no cabría.

Lógicamente, correspondería al organismo establecer el acceso, formación continua, Normas Técnicas, control de calidad y medidas disciplinarias y sancionadoras referentes a la ejecución del trabajo del administrador concursal económico. Para ello consideramos que sería necesario crear un área nueva en el Ente. Esta área sería la encargada de dotar de contenido a las materias anteriores. El trabajo debería incidir en los procedimientos más adecuados para la obtención de evidencia suficiente y adecuada de la calidad de las estimaciones realizadas por la empresa deudora en relación a su continuidad futura reflejada en su plan de viabilidad.

Deberían establecerse las materias implicadas en: evaluación de los datos prospectivos, diagnóstico de la situación e identificación del tipo de la crisis empresarial y aprobar una Normas Técnicas adicionales que en unión con las actuales orienten al administrador en la valoración de la coherencia de la estrategia planteada y en esa medida pueda valorar las posibilidades de cumplimiento del plan, especialmente en lo que se refiere a los datos estimados sobre ingresos futuros, precisamente los más difíciles de alcanzar<sup>730</sup>.

## **7-METODOLOGÍA PARA LA EVALUACIÓN DEL PLAN DE VIABILIDAD PROPUESTO POR EL DEUDOR**

En este trabajo de investigación se ha desarrollado una metodología que, pensamos, puede ser útil para apoyar la labor del experto independiente o, en su caso, del administrador concursal cuando tengan que evaluar la razonabilidad y por tanto la probabilidad de cumplimiento del plan de viabilidad que presenta el deudor

La metodología utiliza el formato de programas de auditoría y papeles de trabajo al igual que lo hace el auditor de cuentas cuando desarrolla actividad<sup>731</sup>. De esta forma se facilita el trabajo del evaluador que, en varios momentos de este trabajo ya hemos advertido, según nuestra propuesta debiera recaer en la profesión del auditor de cuentas.

Se sigue un itinerario lógico y ordenado para conocer en profundidad tanto a la empresa deudora como al sector de actividad en el que opera, así como al entorno cercano y lejano en el que se desenvuelve.

El grado de detalle, creemos, es profundo. Será el propio auditor el que de acuerdo a su experiencia y opinión decidirá en cada caso hasta que nivel de detalle la aplicará.

---

<sup>730</sup> Como indica RODRÍGUEZ, C. (2012): “Los acuerdos de refinanciación...”, op. cit., p. 103. “Lo razonable del plan de viabilidad es la verificación de que las cifras mencionadas concluyen con una superación de la falta de liquidez del negocio cuyos problemas se quieren resolver. Si las facturas estimadas soportan unos aprovisionamientos a precios razonables y unos gastos y salarios y obligaciones sociales, además de otros gastos de la explotación, y de ello se deduce la capacidad de pago o excedente para pagar a los acreedores, el plan es razonable. Como siempre, lo verosímil será que la cifra de partida estimada de ventas tenga una base creíble, pues los gastos ya se conocen de ejercicios anteriores, y se supone que el deudor pondrá remedio a los excesos”.

<sup>731</sup> MARQUÉS de ALMEIDA, J. J. (1999). “La información financiera prospectiva...”, op. cit., pp. 583-584. En relación al futuro, ya comenzado, de la auditoría financiera hace suyas las cuestiones que se plantea Barrantes (1997) y que nosotros también compartimos, ¿la comprensión de las estrategias del cliente para sobrevivir en un mundo en turbulencia, el análisis de las mismas, la comprensión del sector en que el cliente se encuentra inmerso, no será, hoy, más importante que el conocimiento individualizado del hecho de la transacción?, ¿el conocimiento de la estrategia competitiva no será, en el futuro, el telón de fondo que deberá guiar a la auditoría de los estados financieros?. Y comparte también la visión de López Casuso (1997) cuando percibe “hasta el enfoque en el tiempo de la auditoría está cambiando, cada vez más se está exigiendo hacer un enfoque relacionado más con el futuro que con el pasado”. Y así se pensaba hace más de quince años. Como se puede observar esta parece ser la profesión que comparte en mayor proporción las características con la profesión que pueden dar respuesta a las necesidades de evaluación independiente del proyecto de viabilidad que presente un deudor en fase concursal o en fase previa.

Probablemente para algunas organizaciones pequeñas no será necesario desplegar los *ítems* hasta el último nivel.

El elevado número de *ítems* que apoya cada área de trabajo puede provocar, en nuestra opinión, que no sea necesaria, con carácter general, su ponderación relativa dentro de cada una de las áreas, sin perjuicio de que sí será necesario establecerla inter-áreas por cuanto cada una de ellas tendrá un peso diferente en función de la tipología de la crisis diagnosticada.

El auditor, según la información a la que tenga acceso y según su criterio profesional, valorará cada *ítem* del 1 al 5 siendo el 1 el valor que toma el *ítem* para la situación en ese tema más desfavorable para la empresa.

El valor que tomará cada área o subárea a valorar será la media aritmética del valor de los *ítems* que la componen.

## **7.1 Itinerario de la metodología de evaluación propuesta**

1 Recogida de información interna y externa ordenada y documentada de acuerdo al formato utilizado en los papeles de trabajo de las auditorías.

2 Con apoyo en el punto uno se realiza el diagnóstico de la situación de la empresa, análisis interno (debilidades y fortalezas), análisis externo (amenazas y oportunidades) y se definen las características de la crisis que padece la empresa.

3 Se analizan las coincidencias y las discrepancias, en relación a las materias del punto dos, entre la opinión del auditor y del deudor.

4 Si se alcanza un acuerdo suficiente entre las partes<sup>732</sup> el auditor (administrador concursal económico) procede a enumerar diferentes estrategias que, a su juicio, sean factibles y coherentes con los resultados obtenidos en el punto tres. El nivel de coherencia vendrá determinado, principalmente, por la tipología de la crisis acontecida. El nivel de factibilidad estará relacionado, fundamentalmente, con las distintas áreas de trabajo consideradas. En este sentido, será necesario el criterio del auditor a fin de ponderar el peso relativo que tiene que atribuir a cada una de ellas porque no todas tendrán la misma influencia en cada estrategia.

5 El auditor (administrador concursal económico) analizará si la estrategia que propone el deudor en el plan de viabilidad que ha presentado se corresponde con alguna y/o algunas de las que, a juicio del auditor, son razonables teniendo en cuenta la situación del deudor. En caso afirmativo podrá emitir una opinión favorable al plan de viabilidad por cuanto éste proporciona una garantía razonable para la continuidad de la actividad a corto plazo. En caso negativo su opinión debería ser desfavorable.

---

<sup>732</sup> Si no se alcanza un acuerdo suficiente porque persisten discrepancias que, a juicio del auditor, afectarán significativamente al plan de viabilidad, éste deberá denegar la opinión o en su caso emitir una opinión desfavorable. Para alcanzar el acuerdo cabe que el deudor realice las modificaciones al documento de viabilidad que el experto reclama o que éste sea convencido por la argumentación del primero y, por tanto, esas modificaciones no resulten necesarias.

## **7.2 Contenido de las fases fundamentales del itinerario**

1 Hemos definido las principales áreas de trabajo que afectan a una organización de tamaño pequeño o mediano, sin perjuicio de alguna otra específica que en cada caso sería preciso considerar y que, por tanto, sería necesario adicionar. Para cada una de ellas se definen los programas de las subáreas que la componen y se elaboran los programas/papeles de trabajo<sup>733</sup> en los que las últimas se apoyan:

### **-Área de trabajo general:**

Antecedentes históricos  
Actividades preliminares  
Estudio preliminar

### **-Área de trabajo actividad directiva de planificación**

Planificación estratégica  
Desarrollo e implantación de la estrategia  
Formulación de objetivos  
Documento de planificación

### **-Área de trabajo actividad directiva de organización**

Económico-financiero, patrimonial  
Compras  
Producción (productos/ servicios)  
Innovación  
Recursos humanos  
Comercial/marketing  
Informática  
Procesos

### **-Área de trabajo actividad directiva de coordinación y dirección**

Proceso de dirección y coordinación  
Liderazgo  
Clima laboral  
Cultura corporativa  
Imagen de la organización

### **-Área de trabajo actividad directiva de control**

Sistema de información de la empresa

---

<sup>733</sup> Pueden consultarse los programas completos en el anexo I de este trabajo. Su elaboración se ha basado en ALEJOS, B. (2001): “Auditoría de la gestión pública...”, op. cit., pp. 337 y ss. Se ha apoyado también en el modelo europeo de la calidad y en los papeles de trabajo del Registro de Economistas Auditores

Sistema de control interno  
Sistema de calidad

**-Área de trabajo análisis de la situación económica, financiera y patrimonial de la empresa**

Rentabilidad económica  
Situación financiera y patrimonial

**-Área de trabajo del análisis del entorno de la organización**

Análisis del entorno  
Análisis del sector de actividad

2 Diagnóstico de la situación apoyada en la recogida sistemática de información del punto anterior. Planteamos para ello el área de análisis integrado interno y externo y el análisis DAFO, y seguidamente se definirá la tipología de la crisis que afecta a la empresa<sup>734</sup>. Para facilitar el trabajo se han desarrollado las dos áreas relacionadas apoyadas en los programas de trabajo<sup>735</sup>.

**-Área análisis integrado interno y externo**

Análisis DAFO  
Análisis de las ventajas competitivas de la empresa

**-Área diagnóstico de la tipología de la crisis que afecta a la empresa**

Crisis económica  
Crisis financiera

Identificada la crisis cómo económica o financiera o como una combinación de las dos se precisa más su clasificación en relación a dos variables: la procedencia mayoritaria, externa o interna y el carácter coyuntural o, en su caso, estructural de la misma<sup>736</sup>. En muchas ocasiones las características aparecen entreveradas, cuando así sucede habrá que identificar las características dominantes.

3 La exigencia del punto dos requerirá la existencia de reuniones con el deudor encaminadas a cotejar y consensuar las informaciones y opiniones de cada una de las partes.

4 Las diferentes estrategias posibles serán tributarias de la tipología de crisis que afecta a la empresa. La clasificación más habitual propone la distinción entre crisis

---

<sup>734</sup> Las dos tipologías de crisis que hemos encontrado en la mayor parte de la bibliografía consultada son la crisis económica y la crisis financiera. Vid RUEDA, J. A. (2004), op. cit., pp. 22-23 y GARCÍA MARTÍN, V. (2010), op. cit., p. 36. Otros tipos de conclusiones que algunos autores consideran: crisis tecnológica, de obsolescencia, comercial, de madurez.....consideramos se pueden subsumir en alguna de las dos primeras. Sin perjuicio de algunos tipos de crisis minoritarias por su frecuencia en el sistema concursal, de sucesión...Es de interés la publicación de BOYCE, R.O. ; EISEN, H. (1977): “La dirección ante el diagnóstico empresarial”.

<sup>735</sup> Pueden consultarse los programas de trabajo en el anexo I

<sup>736</sup> SAFÓN, V. (2002): “Estrategia de supervivencia: aspectos de formulación”, pp. 22-23

económicas o de rentabilidad y crisis de financiación o una combinación de ambas<sup>737</sup>. Cada una de ellas estará afectada por unos problemas concretos y necesitará de unas soluciones adecuadas. Estas soluciones necesitarán apoyarse, especialmente, en unas áreas de la empresa concretas. Es en este contexto donde pedimos que el auditor, en base a su conocimiento, pondere el peso relativo de ellas para cada solución. Por tanto, la metodología que planteamos le solicita que una vez haya puntuado cada *item* de una área y haya obtenido la puntuación media alcanzada por la misma, otorgue a ese valor medio el peso específico que considere adecuado en función de la influencia que en la estrategia considerada va a tener. Esto es, es criterio del auditor la ponderación adecuada de cada área de acuerdo con las características de la estrategia planteada para la resolución de la tipología de crisis diagnosticada.

A modo de orientación, si estamos ante una crisis económica y de rentabilidad podemos trabajar en dirección de la reducción de gastos o en dirección del aumento de ingresos o en una dirección que combine ambas:

**-Reducción de gastos**

Las áreas o subáreas más afectadas y, por tanto, aquéllas cuyo peso específico es superior en una estrategia de eficiencia podrían ser:

\* Compras, producción, recursos humanos, comercial y marketing, informática, procesos y políticas financieras y de inversión/ desinversión.

**-Incremento de ingresos, más ventas y/ o mayores precios**

Las áreas más afectadas serían:

\* Innovación, recursos humanos, comercial y marketing

Si estamos ante una crisis financiera puede derivar de un desequilibrio de la financiación a largo plazo, es decir que los activos que no generan recursos en el ciclo operativo y las necesidades permanentes no están financiados con recursos propios y /o los activos fijos no están financiados con financiación propia o ajena a largo plazo, en este caso las áreas o subáreas más afectadas, entre otras, podrían ser:

\* Área general, antecedentes, histórico....si la estrategia pasa por incrementar los recursos propios y los ajenos, área de las actividades directivas como garantes que permitirá apoyar la confianza de los financiadores.

Si la crisis financiera se corresponde con un desequilibrio de la financiación a corto plazo y, por tanto, existen problemas de iliquidez, las áreas de mayor peso podrían ser:

\* Compras, producción, comercial y marketing, procesos.

Determinada la crisis según la clasificación anterior (económica o financiera) y según sus características interna o externa, coyuntural o estructural, se diseña la estrategia, a juicio del auditor, más adecuada. Dos son los principales tipos de estrategia en un

---

<sup>737</sup> Existen muchas clasificaciones para las crisis empresariales, sin embargo la mayor parte de ellas forman parte de alguna de estas dos categorías, económica y financiera, que hemos propuesto. Con ellas, desde nuestra experiencia, abarcamos a la mayor parte de las crisis que afectan a las pymes, sin perjuicio de que puedan existir otras como crisis de liderazgo, de imagen, de sucesión etc. que exceden del ámbito de este trabajo.



escenario de crisis<sup>738</sup>: estrategia de crecimiento (penetración en nuevos mercados o con más intensidad en los tradicionales, incremento de los productos en los mismos o en nuevos mercados, diversificación de actividad...), y estrategia de supervivencia (saneamiento, reestructuración financiera, reingeniería de producción, revisión procedimientos, ajuste personal...) o abandono (venta de la empresa o liquidación).

Para la estrategia de crecimiento las áreas o subáreas que el auditor ponderará en mayor medida serán:

\* Análisis de la situación económico-financiera y patrimonial, análisis del entorno, innovación, comercial y marketing.

Para la estrategia de supervivencia en su versión saneamiento las áreas más afectadas podrían ser:

\* Situación económico financiera, patrimonial, compras, producción, recursos humanos, informática, procesos.

Finalmente, cualquiera que sea la estrategia que contenga un plan de viabilidad la función directiva desempeña un papel esencial por lo que al área de trabajo de la actividad directiva hay que darle un peso esencial ya que en otro caso, muy probablemente, el plan fracasará.

5 El auditor analizará si la estrategia que propone el deudor se corresponde con alguna o algunas de las que él considera adecuadas en cuyo caso emitirá opinión favorable al plan de empresa del deudor<sup>739</sup>.

#### **-Área análisis del planteamiento de la empresa base de su plan de viabilidad**

Análisis de la estrategia planteada

Análisis de la calidad de sus previsiones

SAFÓN<sup>740</sup> propone las siguientes estrategias, con carácter general, para utilizar en cada tipología de crisis:

-Procedencia de la causa de la crisis externa

a) Tipo coyuntural

Según el caso, son factibles la estrategia de crecimiento y la de supervivencia.

b) Tipo estructural

Según el caso, son factibles la estrategia del crecimiento y la de supervivencia.

-Procedencia de la causa interna

a) Tipo coyuntural

Estrategia de supervivencia

---

<sup>738</sup> SAFÓN, V. (2002): "Estrategia de supervivencia...", op. cit., p. 25

<sup>739</sup> En el anexo I se puede encontrar los programas de trabajo que hemos elaborado para el análisis del área que afecta a este último punto del itinerario de la metodología.

<sup>740</sup> SAFÓN, V. (2002): "Estrategia de supervivencia...", op. cit., p. 26

- b) Tipo estructural  
Estrategia de supervivencia



### **PARTE TERCERA**

Validación de la propuesta por profesionales del procedimiento concursal



En la primera parte de este trabajo de investigación se ha estudiado cómo debe ser el diseño de un sistema concursal óptimo en términos de eficacia y de eficiencia.

Se han analizado algunos de los problemas fundamentales que la Ley Concursal española en vigor padece, y se ha presentado una propuesta que, incidiendo en el concurso voluntario, puede ayudar a la normativa sobre insolvencia de España en la búsqueda de esa optimización.

En la segunda parte se ha tratado la necesidad de una integración de diferentes áreas de conocimiento: económica, empresarial y jurídica en el Derecho concursal, así como el problema del deber de diligencia del administrador societario en relación a los acreedores en zonas de preinsolvencia y, además, se ha profundizado en el contenido y alcance de la profesión de administrador concursal económico.

En esta tercera parte, se presenta la investigación empírica que se ha realizado con el fin de obtener una opinión fundada de expertos y profesionales del área concursal que valore los contenidos fundamentales de la propuesta que esta tesis realiza y que está dirigida a la mejora de la Ley Concursal de España en términos de eficacia y de eficiencia.



## **CAPÍTULO VII**

### **ESTUDIO EMPÍRICO**





## 1-ASPECTOS TÉCNICOS DEL ESTUDIO

Nuestra propuesta sobre una modificación en la Ley Concursal de aplicación al concurso voluntario que permita mejorar los resultados en términos de eficacia y de eficiencia, necesitaba de una opinión de profesionales en la materia, fehaciente y expresa, que se pronunciara sobre el interés de los aspectos tratados en la misma. Dada la imposibilidad evidente de probar empíricamente los resultados que se obtendrían con la modificación legislativa la mejor opción alternativa que encontramos es la solicitud de esta opinión a cuatro tipologías de expertos agrupadas según la materia de su especialización.

Para dar respuesta a esta necesidad, la metodología Delphi que intenta obtener la centralidad de las respuestas de los expertos a través de sucesivas rondas de preguntas proporciona resultados muy interesantes<sup>741</sup>. Sin embargo a nuestro juicio será más útil, a efectos de este trabajo, plantear una modificación al tradicional contenido de esta metodología. Por ello, consideramos que en esta investigación empírica más que la metodología Delphi, *strictu sensu*, vamos a aplicar una aproximación a la misma.

Con carácter general, la metodología Delphi utiliza las medidas de tendencia central media y mediana y utiliza los cuartiles como medida de dispersión en las respuestas. Pero estos estadísticos exigen obtener una respuesta numérica. Es decir, a cada posible respuesta sería necesario asignarle un valor y, a su vez, para potenciar este valor sería necesario otorgar una amplia variedad de opciones de respuesta. Por ejemplo, para la solicitud de acuerdo ante un *item* determinado se consideraría las opciones: totalmente en desacuerdo (1), parcialmente en desacuerdo (2), ni en acuerdo ni en desacuerdo (3), parcialmente de acuerdo (4), totalmente de acuerdo (5). Sin embargo, este requerimiento no se ajusta a nuestra necesidad que no es otra que obtener el acuerdo o el desacuerdo a los diferentes puntos fundamentales contenidos en la propuesta que, sobre la Ley Concursal, aquí planteamos. Y en ese sentido, para cada uno de ellos únicamente consideramos la opción de acuerdo o la opción en desacuerdo. Por tanto, obtendremos los resultados y, con ellos, las conclusiones con dos únicas alternativas: acuerdo o desacuerdo y hallaremos el porcentaje agregado que cada una de las opciones ha recibido de tal manera que podamos afirmar que cada uno de los puntos que proponemos cuenta, o no, con el apoyo de los expertos seleccionados.

Como decimos, con la intención de cubrir el objetivo anterior se desarrolla este trabajo empírico<sup>742</sup>, y además se enmarca en cuanto a la clasificación de estudios Delphi que

---

<sup>741</sup> ALEJOS, B. (2001): “Auditoría de gestión pública: una propuesta metodológica”

<sup>742</sup> Para ello nos apoyamos en LANDETA, J. y seguimos la metodología propuesta en su Tesis Doctoral “Información subjetiva para la decisión: el método Delphi” (1992) y en su libro “El método Delphi. Una

Landeta realiza por su utilidad, en el llamado – Delphi de asesoramiento – estudios consultivos que contemplan aquellos ejercicios Delphi que buscan ayudar a tomar una decisión (opinión consensuada de los expertos sobre lo que habría que hacer en un contexto complejo determinado). A modo de ejemplo, el autor muestra un estudio Delphi realizado entre altos ejecutivos del área de dirección de recursos humanos para consensuar cuáles son las características y contenidos de un currículo de alta calidad en formación para la dirección de recursos humanos. La finalidad del mismo era servir de ayuda en la concepción de los planes de estudio de las universidades y escuelas de negocios que imparten este tipo de formación, a partir de la opinión consensuada de los expertos / clientes finales.

Este primer nivel es consultivo, el segundo nivel sería el ejecutivo – Delphi decisional – que tiene por objeto de estudio el campo de la decisión, y es utilizado para preparar y tomar decisiones, las cuales influirán en la realidad. Obviamente, un Delphi de este tipo exigiría que los panelistas tuvieran capacidad de decisión, al menos en una proporción considerable. Este segundo nivel, lógicamente, excede el alcance de nuestro trabajo donde únicamente se pretende obtener una opinión consensuada de expertos sobre lo que sería interesante modificar, o la manera de enfocar la normativa concursal, con la finalidad de que ésta aporte la utilidad máxima posible para mejorar la eficacia y la eficiencia del procedimiento concursal y que al final derive en un incremento de la riqueza nacional.

El citado autor define el método Delphi, como un proceso sistemático hacia la obtención de las opiniones, y si es posible del consenso, de un grupo o varios grupos de expertos. Sus características básicas son: el mantenimiento del anonimato de los participantes, la retroacción o *feed-back* controlado, la respuesta estadística de grupo y el proceso iterativo. Además esta metodología presenta innovaciones válidas como son, la utilidad que manifiesta en temas de previsión, creación de realidades, comunicación y participación y generación de confianza. El sistema Delphi tiene como objetivo principal la maximización de la transmisión efectiva de información útil entre los miembros del grupo colaborador, así como su integración adecuada en un resultado de grupo. Aunque no es estrictamente científico y presenta todavía importantes debilidades, tiene la ciencia como guía de desarrollo, y mantiene una superioridad significativa cuando se compara con otras técnicas existentes que comparten su ámbito de actuación, el grupo de discusión.

Por tanto, el método Delphi es una técnica de previsión y decisión grupal que se nutre de los conocimientos y experiencias de expertos con el objeto de obtener el consenso de opinión mayor posible. La investigación de Landeta ha profundizado en los ámbitos en los que se ha demostrado la utilidad de la técnica y ha establecido los que a continuación se indican<sup>743</sup>:

---

técnica de previsión para la incertidumbre” (1999), como premisa básica para justificar nuestra decisión de aplicación de esa metodología para este trabajo empírico.

En relación a la metodología Delphi Vid LINSTONE, H. A.; TUROFF, M.; HELMER, O. (2002): “The Delphi Method. Techniques and applications”, ROWE, G.; WRIGHT, G. (1999): “The Delphi technique as a forecasting tool: issues and analysis” y SANDFORD; B. A.; HSU, C.C. (2007): “The Delphi technique: making sense of consensus”

<sup>743</sup> LANDETA, J. (1992): “Información subjetiva...”, op. cit., una ampliación de este tema puede encontrarse en el capítulo I de su investigación.

- instrumento de previsión
- instrumento de decisión y de creación de realidad
- instrumento de análisis y comprensión de realidades sociales complejas
- instrumento de comunicación y de participación
- instrumento de aprendizaje
- instrumento generador de confianza.

La utilización de la técnica Delphi obliga al cumplimiento de las siguientes características básicas:

- anonimato del panel de expertos,
- retroacción, o *feedback* controlado por el conductor del proceso, y
- respuesta estadística de grupo.

En opinión del autor, la primera característica consigue que las influencias negativas de los miembros dominantes del grupo se eviten. La segunda permite la transmisión de información libre de “ruidos” entre los expertos a lo largo de las iteraciones que se dan en el proceso. La tercera garantiza que todas las opiniones individuales sean tomadas en consideración en el resultado final del grupo.

### **1.1 Características de la investigación**

Se selecciona la metodología Delphi porque presenta las siguientes ventajas:

- Al ser un tema técnico, obtiene respuestas más completas que una entrevista porque el entrevistado tiene más tiempo para pensar con tranquilidad. Él elige el momento adecuado y la duración necesaria para responder con rigor.
- Asimismo, la utilidad de las conclusiones es superior a las obtenidas con entrevistas y también con el envío de encuestas. Toda vez que la metodología Delphi busca el mayor consenso posible a través de la realización de sucesivas rondas entre los expertos en una materia, las conclusiones elaboradas están avaladas, en general, por la opinión de la mayoría de los profesionales.

Por otra parte, Delphi tiene algunas desventajas, fundamentalmente de funcionamiento, que han complicado el estudio pero que afortunadamente se han podido solventar. Dado que los participantes en el estudio son identificados como expertos profesionales de alto nivel y por tanto con escaso tiempo disponible, obtener un compromiso de participación completa, (en este caso dos rondas) no ha estado exento de dificultad. Adicionalmente, la preparación de los cuestionarios, agregación de resultados y el envío y la vuelta de respuestas de las dos rondas dilatan en el tiempo la finalización de un Delphi. En este estudio se han consumido ocho meses desde la preparación del cuestionario hasta la obtención de las conclusiones finales.

Recordemos también que vamos a utilizar una aproximación de la metodología Delphi, en cuanto no vamos a utilizar los estadísticos que ella utiliza.

## **1.2 Panel de expertos**

Dado que el objetivo de nuestro trabajo es presentar una propuesta de modificación a la Ley Concursal para concurso voluntario aplicable en España, el panel de expertos seleccionados pertenece al Estado español<sup>744</sup>.

Se selecciona un número de participantes impar, once, para evitar los casos de respuesta con el mismo porcentaje. Se aplica la metodología Delphi a cuatro grupos de expertos de forma agregada y también por grupos de especialidad para detectar los casos de respuestas y opiniones afectadas por el origen de ésta.

El primer grupo está formado por tres jueces de lo mercantil, el segundo grupo por dos académicos que imparten la materia concursal, el tercero lo forman tres administradores concursales de la rama jurídica y finalmente, el cuarto grupo corresponde a tres administradores economistas.

## **1.3 Metodología**

El itinerario seguido en el desarrollo de la metodología ha sido el siguiente:

- En primer lugar se determina cuáles son los puntos fundamentales de la propuesta de esta tesis con la finalidad de obtener la opinión de los profesionales sobre ellos. Se agrupan en cuatro bloques: normativo, documento “plan de viabilidad”, responsabilidad del administrador societario y, por último, el bloque de regulación de la profesión administrador concursal económico.
- En segundo lugar, se formulan las preguntas que, a nuestro juicio, cumplen las premisas anteriores y se someten a la consideración de un juez de lo mercantil en ejercicio en relación al contenido, a la forma y al interés de las mismas. Recogiendo sus sugerencias planteamos dos modificaciones al cuestionario inicialmente considerado y que versaba sobre los catorce puntos del contenido de la Ley Concursal española que hemos analizado, criticado y modificado a nuestro criterio a lo largo de los primeros capítulos de esta obra. En este sentido se ha eliminado la consulta sobre el art. 5 bis y su aplicación sin fisuras también a la insolvencia inminente. A este respecto el juez ha considerado que en su opinión, y sin perjuicio de otras posiciones minoritarias, su texto ya es aplicable a los escenarios de insolvencia inminente. Hemos considerado que, de acuerdo a la opinión del juez, podría no ser interesante plantear esta cuestión a los expertos porque parece que hay un elevado consenso doctrinal. A pesar de ello, reiteramos lo que ya hemos indicado en capítulos anteriores. Esto es, mantenemos el análisis, la crítica y la propuesta de modificación del texto de este artículo 5 bis para que sea especialmente contundente en su aplicación a la insolvencia inminente que es cuando, desde nuestro punto de

---

<sup>744</sup> En distintas partes de este trabajo se hace referencia a que la literatura y los distintos organismos internacionales entienden que cada país deberá disponer de una normativa de insolvencias aplicable a sus características propias, nosotros así lo creemos. Por ello, esta investigación y sus conclusiones están centradas en el Estado español, tiene en cuenta su idiosincrasia particular y, en ese sentido, las consideramos exclusivamente aplicables a España.

vista tiene todo el sentido. Asimismo, su consideración expresa facilitaría la utilización tempestiva del supuesto por parte del deudor que es, en definitiva, a quien el artículo va dirigido.

Por otra parte se ha incluido una pregunta a cerca de la discriminación positiva que obtiene el concurso de las sociedades de fútbol y que a juicio del juez no se justifican. Aún cuando en la investigación no se ha tratado este asunto se pregunta sobre él por cuanto, quizás, podamos proponer también una modificación.

Finalmente, las opciones de respuesta se han diseñado de acuerdo con los requerimientos de un estudio Delphi.

- Una vez modificado el cuestionario atendiendo a sus sugerencias se fija el panel de expertos participantes. Un conjunto de once profesionales dedicados a la actividad concursal.

- Como ya hemos indicado anteriormente se han realizado un total de dos rondas. No se ha considerado necesario realizar una tercera porque, con carácter general, los expertos han mantenido invariables sus opiniones en las dos rondas. La mayor parte de la mejora que se ha obtenido en el consenso ha sido consecuencia de haber eliminado en la segunda ronda la opción de “no sabe, no contesta”. De esta manera, si las posibilidades de respuesta eran; acuerdo, desacuerdo y no sabe/ no contesta para cada opción planteada, una vez que el experto se posicionaba en una como acuerdo, por ejemplo, el resto de opciones que tenían contenido excluyente debían marcarse como desacuerdo, en lugar de dejarlas en blanco. Por tanto, el mayor consenso que se obtenía con la vuelta siguiente tenía una influencia directa con la disminución de posibilidades de respuesta que pasaba de tres (acuerdo, desacuerdo, no sabe/no contesta), a dos (acuerdo, desacuerdo). Y no tanto con un cambio de opinión del experto que cuando, de manera excepcional, se ha producido ha sido explicado por él.

- La segunda vuelta como requiere la metodología Delphi se ha realizado con, exactamente, las mismas preguntas que la primera y se ha adicionado el valor del porcentaje agregado de opiniones coincidentes de los once participantes que resultó de la primera ronda y, además, cada grupo de expertos, según su especialización profesional, ha recibido la información del porcentaje agregado de opiniones resultante para cada *item* que se obtuvo en su especialidad profesional. Es decir, jueces, académicos, y administradores concursales en su rama jurídica y en su rama económica. Asimismo, y para facilitar las respuestas a cada participante se le ha incluido, a modo de recordatorio, las respuestas que aportó en la primera vuelta.

- Finalmente como requiere la metodología, en la segunda vuelta se han introducido opiniones y observaciones realizadas por el panel de expertos con las primeras respuestas al objeto de que en las segundas respuestas algunos puedan reconsiderar sus opiniones a la luz de esa información. Excepcionalmente, se ha conseguido en base a ella que algún experto modifique su posición inicial en algún aspecto y que haya argumentado su cambio con ese apoyo, pero como decimos, mayoritariamente los encuestados han mantenido constante su opinión, lo que parece razonable teniendo en cuenta que son profesionales y expertos en ese ámbito de actividad, que diariamente dedican sus esfuerzos a ella y, por consiguiente, tienen

una opinión muy formada. Es por este motivo, reiteramos, por el que no se ha considerado pertinente efectuar una tercera ronda de encuestas.

- Los envíos y las recepciones de los cuestionarios se han realizado mediante correo electrónico.

#### **1.4 Objetivos del estudio**

-Objetivo general: obtención de una opinión de expertos consensuada acerca de algunos aspectos de la Ley Concursal en vigor, así como del interés de esta propuesta modificativa de la legislación reguladora del concurso voluntario.

-Objetivos específicos:

Generación de conocimiento en materia concursal en el marco del Estado español.

La mejora del contenido y, por tanto, de la utilidad del documento “plan de viabilidad”.

La aportación de una nueva perspectiva para la responsabilidad del administrador societario insolvente.

La creación de una nueva profesión; el administrador concursal económico.

## **2-RESULTADOS DEL ESTUDIO**

En el anexo de esta investigación se adjunta el cuestionario enviado así como los porcentajes agregados de consenso obtenidos, en la segunda ronda, en cada *ítem* tanto del total de expertos como por especialidades profesionales.

### **A) BLOQUE NORMATIVO**

La primera pregunta hacía referencia al presupuesto objetivo de la Ley Concursal. El 81,81% de los expertos considera que el objetivo principal de la Ley Concursal es maximizar los intereses de los acreedores promoviendo la continuidad de las empresas viables y la liquidación tempestiva de las inviables y, además, el 90,90 % creen que ese contenido es compatible entre sí. Por el contrario un experto considera que “tan sólo es idílicamente factible y entendiendo como interés de los acreedores no la recuperabilidad de su crédito sino su interés en el mantenimiento del deudor”.

Hemos de explicar que en esta pregunta primera ha habido encuestados que se han manifestado de acuerdo con la opción de definir el objetivo concursal, como maximizar los intereses del acreedor, a la par que con la opción que lo define como promover la conservación de las empresas y el empleo. Al mismo tiempo que han estado de acuerdo

también con la opción de maximizar los intereses de los acreedores promoviendo la conservación de las empresas viables y la liquidación de las tempestivas, por cuanto han interpretado los dos primeros como objetivos parciales de la Ley Concursal aunque apuestan por el objetivo conjunto.

Por especialidades profesionales; el 100% de los jueces considera que el objetivo principal del concurso es maximizar los intereses de los acreedores promoviendo la conservación de las empresas viables y la liquidación tempestiva de las inviables. El mismo porcentaje de ellos está en desacuerdo sobre que alcanzar ambas metas al mismo tiempo sea incompatible.

Igual resultado se obtiene en la especialidad profesional académica, es decir, unanimidad en el mismo sentido. Sin embargo, el resultado es diferente en los administradores concursales. De esta manera, en la rama jurídica, es el 66,66% el que está de acuerdo con la consideración de que a efectos de la Ley Concursal debe buscarse el objetivo conjunto de maximización de intereses de los acreedores promoviendo la continuidad de las empresas viables y el mismo porcentaje y en el mismo sentido se obtiene con los administradores concursales de la rama económica. Sólo uno de los primeros considera incompatible alcanzar el objetivo conjunto a la vez.

En relación a si la Ley Concursal debiera contemplar como presupuesto objetivo también el desequilibrio patrimonial inminente, a efectos de una solicitud de concurso voluntario, el 45,45% se muestra de acuerdo porque completa el criterio de sobreseimiento generalizado de pagos ya que anuncia una situación de precrisis o crisis empresarial que probablemente terminará en sobreseimiento de pagos.

Contrariamente, otro 45,45% entiende que sólo interesa, a efectos de la Ley Concursal, la desatención actual o inminente de las obligaciones contraídas, un 9,09% no considera ninguna de las dos opciones.

Llama la atención tan elevada disensión en una materia tan relevante para el Derecho concursal. Prácticamente, la mitad de los expertos apoyan cada alternativa.

Clasificando los resultados por especialidades obtenemos que: el 66,66% de los jueces opina que, a efectos de la Ley Concursal, únicamente interesa la desatención actual o inminente de las obligaciones contraídas y el 33,33 % entiende que considerar el desequilibrio patrimonial inminente completaría el presupuesto objetivo de la Ley. En relación a los académicos el 50 % opina que la consideración del desequilibrio patrimonial lo completaría y el otro 50 % no, aún cuando luego se obtiene un 100 % que está en desacuerdo con entender que la Ley Concursal sólo debería considerar la desatención generalizada de obligaciones. Hay unanimidad en los administradores concursales rama jurídica al considerar que el desequilibrio patrimonial no completaría el presupuesto objetivo del concurso que es el sobreseimiento generalizado de pagos. Y finalmente, en la rama económica se obtiene el resultado contrario, es decir el 100 % de los mismos consideran que incorporar el desequilibrio patrimonial inminente completaría el presupuesto objetivo de la Ley.

A la pregunta de cuáles deberían ser los criterios orientativos que ayudaran al juez y al propio deudor a determinar cuándo se está ante una insolvencia inminente, el 45,45 % estuvo de acuerdo en establecer un plazo temporal, otro 45,45, % decidió como mejor



opción el criterio de la doctrina alemana que entiende razonable una previsión de hasta tres años, pero referida más que a una idea temporal al riesgo, amenaza del sobreseimiento. En este sentido, la doctrina alemana considera que si el rendimiento de las obligaciones es a medio plazo pero la amenaza de incumplimiento cierta, la insolvencia es amenazadora. Un experto no estuvo de acuerdo con ninguna de las dos posibilidades planteadas, el plazo temporal o la doctrina alemana. Además la mayor parte de los que apoyaron el plazo temporal, apoyaron asimismo el criterio de la doctrina alemana.

Por especialidades, el 33,33 % de los jueces optaba por el criterio de la doctrina alemana y el 66,66 % por establecer un plazo temporal de máximo doce meses hasta la previsible entrada en insolvencia entendida como sobreseimiento generalizado de pagos.

El 50 % de los académicos se decantaron por un plazo temporal superior a doce meses de la previsible entrada en iliquidez y el 100% por tener también en cuenta el criterio de la doctrina alemana. Dentro de los administradores concursales, los juristas, las respuestas son variadas. Por una parte, hay unanimidad en descartar como criterio el plazo temporal de seis meses o más hasta la previsible entrada en iliquidez. Sin embargo, posteriormente el 33,33 % considera adecuado el criterio temporal de menos de seis meses y el 66,66 % el criterio de la doctrina alemana. Y en los economistas el 100 % está de acuerdo con el criterio alemán y un 33,33 % también con el plazo temporal superior a doce meses.

Algunas de las opiniones que manifestaron al respecto fueron:

“El desequilibrio patrimonial inminente conlleva la necesidad de operaciones de reestructuración financiera que afectan al patrimonio del deudor”.

“Dependiendo de los vencimientos de las principales deudas de la empresa, de su estructura de financiación”.

“Para que el instituto del concurso sea eficaz, anticiparse a una situación de insolvencia generalizada es básico para lograr una solución razonable a los intereses de las partes afectadas e incluso para la sociedad en general”.

La tercera cuestión versaba sobre cómo consideraban que podría promoverse una solicitud de concurso voluntario más adelantada en el tiempo.

Al respecto, el 54,54 % opinaba que estableciendo normativamente una batería de indicadores de crisis empresarial, y el 81,81% diseñando un procedimiento concursal más eficaz y eficiente para que sea percibido por el deudor como posible solución a su crisis.

Por especialidades, el 66,66% de los jueces consideraba adecuada la batería de indicadores y un diseño más eficaz del procedimiento concursal. El 50 % de los académicos considera positivo establecer normativamente una batería de indicadores y el 100 % diseñando un procedimiento más eficaz. A su vez, el 100 % de los administradores concursales juristas está en desacuerdo con la batería de indicadores y el 66,66 % opta por un diseño de procedimiento más eficaz. Y, por último, el 100 % de los administradores concursales economistas está de acuerdo con establecer normativamente una batería de indicadores de crisis empresarial, concretando normativamente el concepto de insolvencia amenazante, con una Ley Concursal más

exigente con la diligencia en la profesión de administrador de empresas y diseñando un procedimiento concursal más eficaz y eficiente.

Las opiniones que manifestaron los expertos en este apartado fueron.

“Incorporando al procedimiento concursal instrumentos específicos de financiación para empresas en crisis, de apoyo a la dirección en materia económica-jurídica...”.

“He cambiado de opinión ya que, las últimas jornadas de Auditoría de Cuentas a las que he asistido, me han hecho reflexionar sobre la necesidad de un nuevo cambio normativo en el Plan General de contabilidad, que debiera ir dirigido hacia un nuevo modelo de Estados Financieros, tanto trimestrales como anuales, con información y datos más útiles para conocer, entre otros, la capacidad de la empresa para atender regularmente sus obligaciones a corto y medio plazo y los riesgos de insolvencia”.

La cuarta pregunta argumentaba acerca de que la Ley Concursal permite presentar, junto con la solicitud de concurso voluntario una propuesta anticipada de convenio o una propuesta de liquidación. Pero si éstas no se producen, durante el procedimiento cabe que se abra la fase de convenio. Para hacer más eficiente y eficaz el procedimiento se pidió a los expertos que valoraran la siguiente opción: cuando se produce la solicitud de concurso voluntario, el deudor que desea continuar con la actividad ya debería tener elaborado un plan de viabilidad y, por tanto, debería en todo caso presentar propuesta anticipada de convenio apoyada en el mismo junto con la solicitud de concurso y en caso de no hacerlo el procedimiento concursal debería dirigir la empresa a liquidación, ( no en todo caso extinción, cabe la venta de la unidad empresarial). Matizábamos en esta pregunta que nos referíamos a la viabilidad operativa, esto es económica, ya que la viabilidad financiera se obtendría con el apoyo de los acreedores al convenio propuesto o a otro alternativo que fuera también factible.

El 90,90% de los expertos se muestra en desacuerdo con esta opción.

Por especialidades; el 100 % de los jueces está en desacuerdo, igual que el 100 % de los académicos, el 66,66 % de los administradores jurídicos y el 100 % de los economistas.

Algunas de las opiniones manifestadas fueron:

“La viabilidad se puede buscar en el concurso, una vez que la administración concursal rediseñe la empresa en cuestión”.

“La administración concursal debe intervenir para orientar la solución del procedimiento concursal hacia la liquidación o hacia el convenio”.

“Con la cultura actual de la “insolvencia”, muchas empresas con viabilidad potencial se verían abocadas a la liquidación. Por supuesto, en el caso de que el procedimiento de insolvencia fuera razonablemente acogido por la sociedad y la cultura empresarial, estaría de acuerdo con el planteamiento realizado”.

“Me parece una medida que restringe innecesariamente la salida del procedimiento concursal a través del convenio ya que, durante la fase común se puede y se deben tomar medidas de gestión-reestructuración, a través de las propias herramientas que ofrece la legislación concursal, que pueden redundar en mejores proyecciones de negocio”.

“Salvo alguna circunstancia, lo razonable para un buen gestor es que cuando acuda al concurso tenga claro el plan de viabilidad que pueda permitir la continuidad de la

empresa y, asimismo, ese buen gestor debe conocer cuáles son sus deudas y clasificación para vislumbrar las condiciones del convenio a proponer que pueda ser soportado por las previsiones del plan de viabilidad”.

La quinta cuestión que se planteaba era que la entrada en concurso, considera la doctrina y el propio texto de la Ley, supone un estigma muy negativo para la empresa lo que conlleva una dificultad añadida para salir de la crisis y se les preguntaba cuáles podrían ser las razones de ese estigma.

El 100 % consideró como razón la entrada en concurso de las empresas cuando ya están tan deterioradas que no hay posibilidad de reflotamiento. El 45, 45 % además consideró el hecho de la duración del coste del procedimiento frente a un 54, 54 % que no estaba de acuerdo con esa consideración y el 81,81 % estaba en desacuerdo con la razón de que aunque resultara aprobado el reflotamiento y, por tanto, el convenio éste, probablemente, no se cumpliría y habría que liquidar finalmente.

Por especialidades, los jueces consideran unánimemente que una razón del estigma es la entrada de empresas excesivamente deterioradas y, adicionalmente, un 66,66 %, también encuentran razones de duración del procedimiento y de incumplimiento de los convenios aprobados. El 100 % de los académicos acogen la razón de la entrada tardía en concurso y rechazan la del incumplimiento de los convenios. Los administradores concursales jurídicos coinciden exactamente con los anteriores y los economistas también.

Algunas de las opiniones manifestadas son:

“La excesiva protección que el legislador da al acreedor laboral, administración pública y acreedor bancario; que se traduce en mejorar su posición, hasta tal punto que el convenio no les afecta. Como su porcentaje en el pasivo es tan grande que un eventual convenio no es viable, al tener que pagar íntegramente esos créditos”.

“la ausencia de una cultura empresarial ante la insolvencia, la falta de profesionalización en esta materia entre los asesores y la administración concursal y la desigualdad de trato entre los acreedores, es decir, la ruptura de la *par conditio creditorum*”.

La pregunta sexta planteaba la siguiente propuesta: la Ley Concursal no debería penalizar los préstamos aportados por los socios o personas vinculadas a la empresa en crisis.

El 72,72 % de los profesionales estuvieron de acuerdo con la propuesta.

Por especialidades; el 66, 66 % de los jueces estuvieron de acuerdo, el 100% de los académicos, el 33,33 % de los administradores abogados y el 100 % de los economistas.

Algunas de las opiniones fueron:

“Las aportaciones de los socios y personas vinculadas deben tener la misma consideración que los fondos propios”.

La pregunta séptima sugería que la Ley Concursal no incentiva adecuadamente la entrada de inversores privados para la compra de créditos concursales y se solicitaba la opinión respecto a esta cuestión.

El 81,81 % de los participantes estuvo de acuerdo en considerar que el objetivo principal del concurso es la maximización de los intereses de los acreedores del concurso y que, por tanto, no debe limitarse la posibilidad de la compra de créditos concursales. Aunque paralelamente, un 54,54 % de ellos sí son partidarios de establecer alguna limitación normativa para evitar fraudes.

Por especialidades; el 100 % de los jueces estuvo de acuerdo con la no limitación de entrada aunque un 33,33 % consideraba la necesidad de algún tipo de control. Los académicos aportaron los mismos resultados que los jueces en el primer *item* y el 50 % solicitó algún control. El 66,66 % de los administradores abogados estuvieron en desacuerdo con no limitar, por tanto proponían limitar, este tipo de compras y el 100 % de los administradores economistas estuvieron de acuerdo con no limitarlas.

## B) BLOQUE PLAN DE VIABILIDAD

La octava pregunta solicitaba la opinión acerca de si opinaban que los planes de viabilidad presentados en los concursos estaban siendo garantes, con una probabilidad razonable, del cumplimiento de los convenios así como de la continuidad a medio plazo de la actividad de la empresa.

El 81,81 % de los encuestados opinaron que no estaban siendo garantes.

Por especialidades: el 66,66 % de los jueces entendían que sí lo estaban siendo, pero el 100% de los académicos, de los administradores jurídicos y de los economistas consideraban que no lo estaba siendo.

Algunas de las opiniones aportadas fueron:

“La viabilidad no depende realmente de plan alguno, y además es algo que debe tener un empresario dispuesto a acometerla, y no sólo un consultor que recopila datos previsionales y ratios”.

“Los planes se hacen muchas veces de atrás para adelante, se define antes cuál es el objetivo de pagos, beneficios, que se necesitan para presentar una justificación adecuada, y se redacta en base a ello”.

“Aunque no en todos los casos, los planes de viabilidad que se presentan no contienen toda la información que se requiere para poder confiar en los mismos”.

“Un plan lo soporta todo y da igual quien lo emita. Es más un documento trámite que un plan verdadero, en el que las más de las veces se justifica lo injustificable o lo que se quiere justificar. Debe ser un documento de reflexión para la empresa pero no se debieran extraer consecuencias procesales de su presentación. (Igual sí de su ausencia)”.

“Son de mero trámite pues es muy duro para el experto no validar los planes de viabilidad”.

“Se prioriza la continuidad con el argumento de que siempre cabe la liquidación. No obstante, en ocasiones a costa de un considerable incremento infructuoso de deudas de la masa”.

La novena pregunta pretendía profundizar en la opinión de los profesionales sobre el plan de viabilidad. Acerca de si éste debía construirse sobre la actividad preexistente, acerca de si su contenido debiera estar sometido a algún tipo de límite.

El 100 % consideró que no deben existir límites sustanciales al contenido del plan de viabilidad. Además, el 90,90 % consideraba que cabía que contuviera modificaciones sustanciales del producto/servicio, de la tipología de clientes, de la tecnología utilizada e incluso, del sector de actividad. Finalmente el 81,81 % opinó que manteniendo la misma persona jurídica, cabe modificar todos los aspectos que sean necesarios para viabilizar la empresa siempre que cuente con el apoyo de los acreedores.

Por especialidades sólo el 33,33 % de los jueces encontró que existía límites al contenido del plan de viabilidad si las modificaciones eran muy sustanciales.

Algunas de las opiniones manifestadas fueron:

“Lo mismo que cabe una actividad cesada que se resucite por quien adquiere la empresa o unidad de negocio, en convenio con asunción o liquidación traslativa, sumándola o no a actividad diferente, cabe que en el convenio propio el titular proceda a convenir un canje de modelo de negocio y actividad empresarial, adelgace o elimine una actividad y la suplante”.

“El plan de viabilidad debe realizarse sobre el pronóstico de nueva realidad de la empresa, una vez redimensionada por la administración concursal”.

“Un plan de viabilidad debe contener toda la información necesaria y suficiente sobre el futuro del negocio del deudor, que sirva para convencer a sus inversores, acreedores, organismos públicos...del buen fin de sus inversiones y riesgo. Aunque sea difícil su estandarización, convendría emitir una guía normativa que recomiende qué información y datos debiera contener”.<sup>745</sup>

“No veo por qué limitar el que una empresa pueda buscar su viabilidad por diferentes vías”.

La pregunta décima solicita opinión a los expertos acerca de qué materias deberían formar parte del contenido de un plan de viabilidad que la Ley Concursal no concreta.

Para el 81,81 % debe contener los antecedentes de la empresa, actividad e hitos principales. Para el 90,90 % también la evaluación y conclusiones de las circunstancias por las que se ha llegado a esa situación. El 100 % añade el análisis/ diagnóstico de la situación actual: DAFO empresarial, la elaboración de alternativas/estrategias factibles, la justificación de la elección de la más adecuada y el plan de producción, marketing, recursos humanos, plan económico financiero y de tesorería derivado de la elección anterior.

Por especialidades; Los jueces están de acuerdo con esos contenidos en el 100 % de los casos. Los académicos también salvo por lo que respecta al contenido histórico y de antecedentes así como a la evaluación de las circunstancias que han ocasionado la situación, ambos contenidos sólo lo comparten el 50 % de ellos. En relación a los administradores concursales, el 33,33 % de los abogados no incluiría los antecedentes y el 100 % de los economistas incluirían todo.

---

<sup>745</sup> En el anexo II de esta obra proponemos una mitología que recoge, entre otros aspectos, el contenido recomendado.

Las opiniones aportadas fueron:

“Cada caso exigiría otras materias a contemplar en el plan. Por ejemplo apoyos externos”.

“Marco temporal y parámetros bajo los que se podrá calificar si el plan se está desarrollando con éxito. Parámetros de autocontrol de su desarrollo”.

Pregunta undécima, solicita opinión sobre si la Ley Concursal debiera exigir, preceptivamente, una valoración positiva del plan de viabilidad realizada por el administrador concursal, cuando normativamente es necesario, para poder continuar con la tramitación del convenio al que acompaña.

El 54,54 % considera que la Ley Concursal debiera exigir preceptivamente que el informe del administrador concursal de evaluación del plan de viabilidad que acompaña sea favorable porque de otra forma el convenio no sería fiable. Es decir, su opinión sería vinculante para el juez. Al mismo tiempo, el 81,81 % estaba en desacuerdo con la idea de dejar a la voluntad de los acreedores la aprobación de un convenio con base en un plan de viabilidad con informe del administrador concursal desfavorable. El 81,81 % está en desacuerdo con el planteamiento de que ya que un plan de viabilidad contiene estimaciones, su cumplimiento es incierto y, por ello, el informe concursal que lo valora nada aporta.

Por especialidades; el 66,66 % de los jueces está en desacuerdo con requerir un informe preceptivo favorable, el 66,66 % está de acuerdo con dejar la aprobación del convenio a la voluntad de los acreedores y, el 66,66 % está en desacuerdo con la idea de que, dada la necesidad de efectuar estimaciones y por ello trabajar con datos futuros inciertos la evaluación del administrador nada aporta. El 100 % de los académicos consideran la necesidad de informe preceptivo favorable y el 100 % está en desacuerdo con dejarlo a la voluntad de los acreedores. El 100 % de los abogados están en desacuerdo con exigir el informe favorable preceptivo, así como también están en desacuerdo con dejarlo a voluntad de los acreedores y además están en desacuerdo con la idea de que el informe de evaluación del plan nada aporta. Finalmente, el 100 % de los economistas están de acuerdo en la necesidad de que se haga preceptivo el informe de valoración favorable para aprobar un convenio, en desacuerdo con dejar la aprobación a la voluntad de los acreedores y en desacuerdo con la idea de que el informe independiente del administrador concursal nada aporta.

La pregunta duodécima hace referencia a la necesidad de una clasificación temprana entre las empresas viables y no viables que entran en concurso. Solicita la opinión de los participantes, en el cuestionario Delphi, acerca del interés que puede tener que la Ley Concursal contemple medidas para fomentar la propuesta anticipada de convenio y su plan de viabilidad con la solicitud de concurso voluntario en detrimento de su presentación en fase de convenio y de esta manera si el deudor no pudiera presentar junto con la solicitud de concurso voluntario propuesta de convenio acompañada de plan de viabilidad, en su caso, o si éstos no resultaran factibles a juicio del administrador concursal proceder a la liquidación de la empresa.

El 63,63 % de los participantes opina que la Ley debería incentivar la propuesta anticipada de convenio porque un deudor diligente que desea continuar la actividad tiene que tener elaborado un plan cuando presenta la solicitud de concurso. Sin

embargo, al mismo tiempo el 90,90 % de ellos cree que los momentos de presentación, la anticipada con la solicitud o la presentada en fase de convenio deben ser alternativos y opcionales para el deudor ya que no afecta a la eficacia y eficiencia de la Ley.

Por especialidades; un 66,66 % de jueces se muestra contrario a la incentivación temprana en esos términos y un 33,33 % a favor, aunque posteriormente, el 100 % de ellos se muestra a favor de los dos momentos. El 50 % de los académicos se muestra a favor de esa opción de incentivación temprana y nuevamente, el 100 % a favor de los dos momentos. En cuanto a los administradores concursales jurídicos el 66,66 % está de acuerdo con esa incentivación temprana pero a su vez el 100 % considera alternativos los dos momentos. Y por último, el 100 % de los administradores concursales economistas se muestra de acuerdo con la incentivación temprana tal y como la proponemos pero paralelamente, el 66,66 % también considera los dos momentos alternativos.

Alguna de las opiniones aportadas son:

“Ceo que sí hay que incentivar la propuesta anticipada de convenio pero no siempre se puede tener preparado un buen plan de viabilidad ante la inminencia de la solicitud de declaración de concurso. Lo urgente deja a tras lo importante”.

“Es deseable que se incentive la propuesta anticipada pero debe mantenerse la alternativa de presentarlo con posterioridad. Porque en el momento de presentar la solicitud puede no conocerse el posicionamiento de los acreedores necesarios y ello no tiene una relación directa con la diligencia del deudor”.

“La propuesta anticipada puede interpretarse como intención clara de continuidad de la actividad, en caso de ser posible”.

“Durante la fase común pueden realizarse determinadas actuaciones de gestión-reestructuración que pueden suponer mejoras sensibles para la viabilidad de la concursada”.

La pregunta decimotercera trae a colación la realidad concursal española en la que la solución conservativa es minoritaria y además sucede, en demasiadas ocasiones, que cuando se alcanza una vía conservativa en virtud de la aprobación de un convenio finalmente se termine en liquidación por su incumplimiento. Se quería conocer las razones que, en opinión de los expertos, llevan a esta realidad.

El 100 % de los participantes está de acuerdo en que una de las razones es la solicitud de concurso tardía. El 90,90 % de ellos considera otra razón que el convenio aprobado es poco real ya que no se apoya en un plan de viabilidad completo, razonable y realizable. El 81,81 % considera otra razón el trato de favor que reciben algunos acreedores como trabajadores, administraciones públicas y entidades financieras y finalmente un 54,54 % considera otra razón la discriminación existente entre la globalidad de los concursos y el trato de favor de los equipos de fútbol.

Por especialidades, el 100 % de los jueces está de acuerdo con todas las razones salvo la que se refiere a que el convenio aprobado muchas veces no tiene basamento real en un plan de viabilidad adecuado, el acuerdo con ella alcanza el 66,66 %. El 100 % de los académicos están de acuerdo con la razón de solicitud tardía y de convenios poco realistas. También lo están el 100 % de los administradores abogados y de los economistas.

### C) BLOQUE RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR SOCIETARIO

La pregunta decimocuarta pretende obtener la opinión de los expertos sobre si consideran que el Derecho societario español exige algún tipo de profesionalización para ser administrador social.

El 72,72 % está de acuerdo en que no se exige profesionalización para ser administrador de una sociedad, aunque el 45, 45 % está de acuerdo en que en algunos casos se exige profesionalización. La aparente contradicción se resuelve en el sentido de que aunque con carácter general no se exige requisitos profesionales, la situación cambia cuando se trata de actividades especiales o reguladas.

Por especialidades, el 66,66 % de los jueces considera que no se exige profesionalización y el 33,33 % que se exige en algunas actividades. Para el 50 % de los académicos no se exige profesionalización, el porcentaje asciende al 100 % para los administradores abogados y el 66,66 % de los economistas tampoco cree que se exige.

La pregunta decimoquinta solicita opinión acerca de si los administradores de las pequeñas y medianas empresas gestionan las mismas, con carácter general, de acuerdo a la diligencia de un “ordenado empresario”.

El 81, 81 % de los participantes consideran que los administradores de las pequeñas y medianas empresas no gestionan con la diligencia de un “ordenado empresario”.

Por especialidades; el 66, 66 % de los jueces están de acuerdo con la idea de que en la mayor parte de las ocasiones estos administradores no actúan con esa diligencia. El 100 % de los académicos opinan lo mismo, así como el 66, 66 % de los administradores abogados y el 100 % de los economistas que tampoco creen que los administradores societarios operen con esa diligencia.

Se aportó una opinión sobre la materia:

“La gestión deficiente-no profesional- aunque sea de buena voluntad es una causa frecuente de la crisis de la empresa y la gestión no malintencionada, aunque visible a *posteriori*, no se puede penar”.

La pregunta decimosexta plantea la duda de que si estando en un escenario de gestión no adecuada al estándar de un ordenado empresario, entonces sería posible o no entender que la limitación de responsabilidad que ofrecen las sociedades capitalistas a sus propietarios traslada a los terceros acreedores un riesgo superior al que les correspondería asumir por el tráfico mercantil.

El 81, 81 % está de acuerdo en admitir que este traslado de riesgo superior al que correspondería por el tráfico mercantil se produce.

Por especialidades; el 66, 66 % de los jueces considera que no se produce este traslado de riesgo. El 100 % de los académicos opinan que sí se produce claramente, así como el 100 % de los administradores abogados y economistas consideran que efectivamente se produce el mencionado traslado.



Se aporta una opinión en el siguiente sentido; “a los acreedores ordinarios sí. A los garantizados no”.

La pregunta decimoséptima en su apartado A), en relación a los deberes de los administradores societarios que recoge la Ley de Sociedades de Capital, desea conocer si hay que ser más rigurosos con el deber de lealtad que con el deber de diligencia como algunos autores mantienen.

El 81, 81 % está de acuerdo en afirmar que hay que ser igual de rigurosos en la exigencia del cumplimiento de los dos tipos de deberes del administrador, es decir, el de lealtad y el de diligencia.

Por especialidades; el 100 % de los jueces está de acuerdo con la misma exigencia para ambos. El 50 % de los académicos está de acuerdo con la misma exigencia. El porcentaje llega al 66,66 % de acuerdo en los administradores concursales abogados y al 100 % de los economistas.

Opiniones aportadas.

“No veo por qué discriminar los deberes legales que aparecen parificados en el canon legal de conducta”.

“Nunca puede relajarse el deber de diligencia del administrador social”.

“Debe prevalecer la diligencia para con los demás por encima de la lealtad para con uno mismo o para con los socios”<sup>746</sup>.

El apartado B) de la pregunta decimoséptima pregunta sobre si sería interesante que la Ley Concursal exigiera al administrador social de la concursada acreditar una actuación diligente lo que no significaría que los resultados de esa actuación fueran enjuiciados, únicamente los medios.

El 63, 63 % de los expertos lo consideran adecuado, aunque posteriormente un 45, 45 % considera que la Ley Concursal ya es suficientemente estricta con la responsabilidad del administrador.

Por especialidades; el 100 % de los jueces están de acuerdo con pedir normativamente la acreditación de esa diligencia a la vez que ese mismo 100 % considera que la Ley Concursal no es suficientemente estricta con la responsabilidad del administrador de la concursada. El 50 % de los académicos considera interesante la acreditación de diligencia, aunque posteriormente el 100 % considera la Ley en vigor suficientemente estricta con esa responsabilidad. Sin embargo, el 100 % de los administradores concursales abogados no está de acuerdo con la acreditación normativa de la referida diligencia y considera la Ley actual suficientemente estricta al respecto. Por el contrario, el 100 % de los administradores economistas consideran adecuado exigir normativamente la acreditación de la diligencia del administrador de la concursada a la vez que todos ellos están en desacuerdo al considerar a la Ley vigente suficientemente estricta con la responsabilidad del mencionado administrador.

Opiniones que aportaron los expertos en contra de la acreditación de diligencia:

---

<sup>746</sup> Esta idea participa de la corriente, ya puesta de relieve, que considera el deber de diligencia en relación con terceros y acreedores y el deber de lealtad en relación a los socios y/o a la sociedad.

“La Ley Concursal no es la sede para acuciar la responsabilidad de los administradores sociales, sino para analizar la causalización con la lesión patrimonial que supone la insolvencia”.

“No debemos complicar el procedimiento concursal. Si la administración concursal considera que por omisión de determinadas actuaciones se ha incrementado o agravado la insolvencia ya cuenta con el cauce apropiado para exigir responsabilidades en la sección de calificación. Por otra parte, no se agotan en dicha sección los cauces de exigencia de responsabilidades de administradores sociales”.

A favor de la acreditación, “me parece básico que el concurso solicitado vaya precedido de actuaciones demostrables que hayan tratado de evitarlo”.

Pregunta decimoctava solicita opinión acerca de que en el caso de considerar interesante la exigencia normativa de prueba documental que acredite la diligencia, cuál debiera ser la consecuencia de la ausencia de la prueba.

El 45,45 % se muestra de acuerdo con la idea de que en ausencia de prueba documental, con presunción *iuris tantum*, se pueda comprometer el patrimonio personal del administrador para satisfacer el déficit empresarial, el 54,54 % se muestra en desacuerdo.

Por especialidades; El 66,66 % de los jueces se muestra a favor de la propuesta. El 100 % de los académicos se posicionan en contra. También están el 100 % de los administradores abogados en contra de la propuesta, pero se muestran a favor de esa extensión de la responsabilidad patrimonial del administrador social en ausencia de prueba documental de diligencia el 100 % de los administradores concursales economistas.

Opiniones aportadas por los expertos:

“La conducta diligente y una prueba documental no son de equivalencia sencilla”.

“El problema es tener elementos de juicio suficientes para incluir en el informe de calificación pruebas que justifiquen la falta de diligencia del administrador y, con ello, el perjuicio ocasionado”.

“La actitud diligente es un deber sin el cual nadie debe ejercer el cargo de administrador social”.

“De acuerdo con la propuesta porque sería un supuesto más de los que sirven para acreditar el dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia”.

#### D) BLOQUE REGULACIÓN DE LA PROFESIÓN ADMINISTRADOR CONCURSAL ECONÓMICO

La pregunta decimonovena solicita opinión sobre cuáles deben ser las principales áreas de conocimiento del profesional administrador concursal economista.

El 81,81 % considera que el plan de contabilidad aplicable a la empresa, el 100 % está de acuerdo, además, en el conocimiento de la técnica para poder opinar si la

documentación aportada por la deudora es fiable y representa la situación real en todos sus aspectos. Además el 90,90 % le atribuye la necesidad de disponer del conocimiento de la técnica profesional para valorar si el diagnóstico de la situación realizado por la deudora es adecuado y, finalmente, para el 90,90 % estos profesionales deben dominar la técnica para evaluar si la estrategia empresarial que plantea el deudor es coherente, razonable y factible con la situación de la empresa y con su entorno particular y general.

Dado el elevado consenso alcanzado en esta materia, a nuestro juicio, la desagregación de los resultados por especialidades nada aporta.

La pregunta vigésima solicitaba opinión sobre la necesidad o no de que esta profesión disponga de unas Normas Técnicas para orientar y homogeneizar los trabajos.

El 63,63 % las consideran interesantes para orientar el trabajo de este profesional, el 100 % de ellos creen que ayudarían a homogeneizar los trabajos.

Por especialidades; el 66,66 % de los jueces opina que orientarían al profesional. El 50 % de los académicos apoyan esta opinión. El 66,66 % de los administradores abogados están en desacuerdo. Y por último, el 100 % de los administradores economistas, destinatarios directos de la propuesta, cree que les orientaría.

Se han recogido las siguientes opiniones:

“En realidad no debería distinguirse entre la profesión administrador concursal económico y jurídico. Todo el que sea nombrado, bien abogado, bien economista, bien persona jurídica; debe ser experto de forma integral. Tanto en el campo económico como en el jurídico”.

“Creo que en todo caso el concurso precisa de mayor flexibilidad en el actuar de la administrador concursal. Si todo lo reglamos e incrementamos las responsabilidades de los profesionales, la reacción defensiva de los mismos, va a impedir el planteamiento de muchas soluciones concursales. A veces se precisa de soluciones creativas”.

“La emisión de Normas Técnicas por un futuro registro de Administradores Concursales serviría para profesionalizar la administración concursal, mejorar la calidad del trabajo, introducir controles de calidad y exigir responsabilidades a quien incumpliendo produzca daños a terceros por negligencia profesional”.

La pregunta vigésimo primera nuevamente, pero ahora en el marco de la profesión del administrador concursal, pregunta sobre si el informe que éste emite en relación al plan de viabilidad, cuando apoya una propuesta de convenio debe exigirse como preceptivo con resultado favorable para continuar con la tramitación del convenio.

El 54,54 % se muestra favorable a la opción planteada y el 45,45 % se muestra en desacuerdo. El porcentaje es el mismo que el correspondiente al resultado de la pregunta undécima lo que nos ha servido como prueba de control para detectar errores en las respuestas de los expertos.

Y para terminar, la pregunta vigésimo segunda solicita la opinión de los participantes en relación con cómo y en qué sentido debe exigirse, si procede, la responsabilidad del administrador concursal cuando habiendo emitido un informe favorable del convenio

propuesto y del plan de viabilidad que lo acompaña, en su caso, el primero finalmente no resulta factible o rentable.

El 72,72 % de los encuestados considera que debiera ser un supuesto para pedir responsabilidad profesional, pero que sería suficiente con acreditar que su informe se apoyó en una actuación profesional diligente para combatir esa responsabilidad. Y a su vez, el 81,81 % está en desacuerdo con atribuir al plan de viabilidad tanta volatilidad que no cabe exigir algún tipo de responsabilidad.

Por especialidades; el 66,66 % de los jueces considera la atribución de esa responsabilidad profesional. El porcentaje de la misma opinión asciende al 100 % para los académicos. Sin embargo, el 66,66 % de los administradores concursales abogados no están de acuerdo con la atribución de responsabilidad por ese motivo a los administradores concursales. Pero, sorprendentemente, el 100 % de los economistas sí creen que debe ser exigida.

### **3-ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS**

#### **A) BLOQUE NORMATIVO**

Es destacable que una mayoría muy acentuada considera el objetivo de la Ley Concursal coincidente con el que se propone en este trabajo, esto es, maximizar los intereses de los acreedores promoviendo la continuidad de las empresas viables y la liquidación tempestiva de las inviables. Si esto es así, sería interesante que la Ley Concursal hiciera una definición expresa en este sentido. Asimismo, siendo este el objetivo fundamental todo el contenido de esta Ley debería ir dirigido a la obtención del mismo.

Adicionalmente es importante que todos los expertos, salvo uno de ellos, consideran compatible el contenido completo del objetivo así definido.

En relación al presupuesto objetivo de la Ley hay total dispersión entre los que opinan que éste debería ser modificado para recoger también el supuesto de desequilibrio patrimonial y los que opinan que no sería necesario. La mitad de ellos opinan en un sentido y la otra mitad en el contrario quedando al margen una respuesta. Parece que en las opiniones tiene peso la procedencia de la disciplina profesional de la que procede cada participante, porque están de acuerdo con incluir el desequilibrio patrimonial en el presupuesto objetivo el 100 % de los administradores de la rama económica, profesión directamente experta en esta materia. Adicionalmente, también lo está un juez.

Respecto al establecimiento de posibles criterios de determinación de insolvencia inminente, orientativos para los jueces, el 45,45 % estuvo de acuerdo con el establecimiento de un plazo temporal hasta la previsible entrada en iliquidez generalizada y otro 45,45 % en el criterio único de la doctrina alemana. Como hemos manifestado anteriormente un encuestado no apoyó alguna de las opciones planteada.

Podemos observar el escaso consenso existente en esta materia que, sin embargo, es fundamental para el procedimiento. En nuestra propuesta, como hemos venido indicando, proponemos la aplicación de un plazo temporal como indicador orientador de una insolvencia inminente.

En cuanto a la tercera cuestión planteada sobre posibles formas de promover el adelanto de la solicitud de concurso voluntario, la opción mayoritaria, con el 81,81 %, fue, rediseñando el procedimiento concursal. A esta opción nada podemos proponer en el ámbito de nuestra investigación por cuanto no es objeto de la misma. Pero además, la mayoría, eso sí limitada al 54,54 %, pedía completarlo con una batería de indicadores orientadores para la administración societaria. Una muestra posible de una de ellas se ha aportado en capítulos anteriores.

Es importante destacar que la mayoría de los jueces, en concreto dos tercios, solicitan la aportación de una batería de indicadores, así como la totalidad de los administradores concursales economistas. Lógicamente, estos últimos confían en la aportación de ratios y otras magnitudes económico-financieras. Y para los primeros es un tema con influencia en su trabajo diario.

La cuarta interrogación solicitaba opinión sobre anular, normativamente, la posibilidad de que el deudor presente convenio, y plan de viabilidad en su caso, en momento posterior a la solicitud.

Una muy elevada mayoría se muestra contraria a esta idea. A pesar de ello, en esta investigación optamos por mantenerla. Consideramos que aporta varias ventajas: obliga a los administradores societarios a desplegar una conducta diligente trabajando sobre las posibilidades de continuidad de la empresa, como quiera que son ellos los que finalmente deben implementar el plan de viabilidad y cumplir el convenio, son ellos los que deben creer y apostar fuertemente por su proyecto de empresa, de hecho deben hacerlo en mayor medida que los terceros. Tengamos en cuenta también que son los que mejor conocen su organización en todos los aspectos.

Por otra parte, sólo de esta manera podrá cumplirse uno de los requisitos principales que manifestamos para mejorar la eficacia y la eficiencia de la Ley, que es la clasificación temprana de la empresa como viable o inviable y esto requiere que el deudor tenga ya al inicio un proyecto de empresa económicamente, que no financieramente, viable.

Hemos constatado que, en algunos casos, los participantes al responder han considerado que durante la fase común también se puede buscar la viabilidad financiera de la empresa a través de los acreedores, por supuesto, pero nosotros nos referimos a la viabilidad económica. En la segunda ronda hemos clarificado esta cuestión, pero tenemos que decir que, a pesar de ello, las respuestas no se han modificado significativamente.

En relación a la cuestión quinta sobre las causas de la estigmatización de las concursadas, hubo unanimidad en considerar una de ellas la entrada tardía en el procedimiento. Destacamos que además dos tercios de los jueces también encuentran la causa del incumplimiento frecuente de los convenios.

Respecto a la sexta cuestión acerca de penalizar la aportación de préstamos realizada por los socios o por personas vinculadas, una amplia mayoría, 72,72 % se mostró partidario de no hacerlo. De manera similar nueve de ellos, es decir, el 81,81% del total estuvieron a favor de no limitar la compra de créditos concursales, planteamiento séptimo. Como vemos, hay bastante consenso en pedir la mayor flexibilidad posible en estos aspectos a la Ley Concursal.

## **B) BLOQUE PLAN DE VIABILIDAD**

La pregunta octava es una de las principales para este trabajo. Y en relación a la misma el 81,81 % consideraba que los planes de viabilidad no estaban siendo garantes, de forma razonable, de la continuidad de la actividad. Este resultado nos parece altamente preocupante y merecedor de tratamiento por cuanto puede ser una de las causas fundamentales de los escasos resultados que obtiene el concurso de acreedores y por ello, creemos, habría que tenerlo en cuenta en las sucesivas modificaciones legislativas. Circunstancia que no parece vaya a ocurrir en un futuro.<sup>747</sup>

Con respecto a si el contenido del plan de viabilidad debía estar sometido a alguna limitación, pregunta novena, unánimemente consideraron que no procedían limitaciones sustanciales y además todos ellos, salvo una persona, admitían modificaciones muy sustanciales del modelo de negocio preexistente.

En lo que hace referencia a las materias contenido del plan de viabilidad, pregunta décima, resaltamos el alto consenso que alcanzan todas las materias que proponemos y, especialmente, por lo relevante, la unanimidad que se alcanza para el diagnóstico de situación y elaboración de la estrategia empresarial. La valoración del rigor del diagnóstico y de la coherencia con él de la estrategia aprobada es parte fundamental de la propuesta de este trabajo.

La cuestión planteada en el undécimo lugar, pregunta sobre el posible carácter preceptivo y vinculante de la evaluación del administrador concursal cuando enjuicia el plan de viabilidad del deudor para poder continuar con la tramitación del convenio al que acompaña. Esta opción la considera una mayoría de participantes, aunque no muy destacada, en concreto el 54,54, %. Nos sorprende este resultado por cuanto, posteriormente, el 81,81, %, es decir, nueve de los once, está en desacuerdo con dejar a la voluntad de los acreedores la aprobación de un convenio con base en un plan de viabilidad que ha recibido un informe desfavorable de la administración concursal.

En la propuesta para la mejora de la eficacia y de la eficiencia de la Ley Concursal española de esta obra, hacemos especial énfasis en la necesaria clasificación al inicio del proceso entre empresas viables económicamente e inviables. Para que esto sea factible es necesario que sólo al inicio del concurso voluntario el deudor pueda presentar su propuesta de convenio y su plan de viabilidad. Preguntados por esta consideración en la duodécima cuestión que se les plantea, parece que así lo considera el 66,66 % de los participantes cuando dicen estar de acuerdo con la idea de que un deudor diligente que

---

<sup>747</sup> En este sentido parece el contenido de la Ley de Emprendedores de 2013 y del Real Decreto-ley 4/2014

desea continuar con la actividad debe tener para el momento de la solicitud un proyecto de empresa para someter a la aprobación de sus acreedores. Pero resulta sorprendente que el 90,90 % mantenga, al mismo tiempo, que debe mantenerse la posibilidad de presentar la propuesta en una fase posterior, es decir, que para ellos debe mantenerse la opción vigente de la fase de convenio. Como se ha puesto de manifiesto somos contrarios a esa idea.

En la pregunta decimotercera acerca de las razones que estiman para que se produzca un incumpliendo de convenio de forma tan frecuente, queremos destacar que con independencia de la unanimidad que atribuye una de las causas a la presentación tardía, un 90,90 % de los expertos, es decir, diez de los once, consideran otra razón fundamental el hecho de que el convenio no se apoya en un plan de viabilidad completo, razonable y realizable. Solventar esta circunstancia es una piedra angular de nuestra propuesta.

### C) BLOQUE RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR SOCIETARIO

La pregunta decimocuarta consulta sobre si el ordenamiento jurídico exige algún tipo de cualificación profesional para ser administrador social. El 72,72 % considera que ésta no se exige de manera alguna. Como se sabe, a nuestro juicio, esta situación debiera ser objeto de modificación y para ello el Derecho societario y Derecho concursal podrían desempeñar un papel fundamental.

Relacionado con lo anterior se formula la decimoquinta pregunta que versa sobre la gestión diligente de los administradores de las pequeñas y medianas empresas y se obtiene un resultado, a nuestro juicio, que debe ser tenido en cuenta por el legislador. El 81,81 % de los expertos opina que los administradores societarios no gestionan las empresas con la diligencia de un “ordenado empresario”. De acuerdo con esta realidad hay que pensar que tenemos un problema de primera magnitud. Y para reafirmarlo la decimosexta cuestión indaga sobre el hecho de que siendo cierto lo anterior, entonces se está trasladando a los acreedores un riesgo superior al que debieran asumir por ejercer la actividad mercantil. El 81,81 % está de acuerdo en admitir que esa traslación se produce.

No parece adecuada la existencia de esa traslación, de hecho produce unas desventajas importantes que esto sea así, como por ejemplo: peor y más cara financiación, empresas menos competitivas, un tejido productivo más estrecho, entre otras. Creemos que una propuesta en el sentido que hacemos ayudaría a revertir la realidad.

En esta línea una amplia mayoría, el 81,81 % está de acuerdo en la necesidad de ser rigurosos con el deber de diligencia del administrador, al menos tanto como con el deber de lealtad, resultados de la pregunta decimoséptima, y adicionalmente el 63,63 % estaría de acuerdo con una responsabilidad concursal para el administrador societario que exija la acreditación de una actuación diligente pero en modo alguno de resultados.

La cuestión anterior es también nuclear para nuestra propuesta y nos parece muy interesante el desglose de resultados por especialidades. De hecho, el 100 % de los jueces, así como el 100 % de los administradores concursales economistas avalarían esta acreditación de conducta diligente.

Para acreditar esa conducta la pregunta decimoctava pregunta sobre la prueba documental de esa acreditación. El 45,45 % se muestra de acuerdo con la idea de que en ausencia de prueba documental de una actuación diligente con presunción, *iuris tantum*, la Ley Concursal pudiera, en virtud de la responsabilidad concursal extender al patrimonio del administrador la cobertura del déficit patrimonial de la empresa. Esta también es una idea nuclear de nuestra propuesta y, aunque no tiene aceptación mayoritaria nos parece muy importante que casi llegue a la mitad a pesar de ser una idea que no se encuentra en la doctrina con carácter general. De hecho, en toda la bibliografía a la que hemos tenido acceso no hemos encontrado reflejo alguno de ella. Resaltamos también que avala la idea la mayoría de los expertos participantes jueces, el 66,66 %.

#### D) BLOQUE REGULADOR DE LA PROFESIÓN ADMINISTRADOR CONCURSAL ECONÓMICO

En virtud de la respuesta a la decimonovena pregunta, destacamos la unanimidad existente en considerar que este profesional debe conocer las técnicas para determinar si la situación real del deudor se refleja en la documentación que éste aporta en todos sus aspectos. Esta técnica se desarrolla en la profesión del auditor de cuentas, profesión que como hemos puesto de manifiesto, a nuestro juicio, es la que mejor se adapta a la profesión de este administrador concursal económico. Asimismo el 90,90 % también estima necesario el conocimiento de estrategia empresarial. De esta manera, el perfil que consideran la mayor parte de los participantes en este estudio empírico se asemeja, extraordinariamente, al perfil que proponemos en otro capítulo de la obra.

Por otra parte, de acuerdo con el resultado de la cuestión vigésima el 100 % de los participantes están de acuerdo en que la existencia de unas Normas Técnicas para la profesión homogenizarían los trabajos. Recordamos que un contenido potencial de éstas también se aporta en esta obra. Por otra parte, todos los administradores economistas están de acuerdo en que además estas Normas Técnicas les ayudarían en su trabajo y, no olvidemos, éstos son los destinatarios de ellas.

La pregunta vigésimo primera se ha previsto como prueba de control de errores. Dado que se ha producido el mismo resultado que en la pregunta undécima podemos estar razonablemente seguros que no hay errores en la emisión de opinión de los expertos.

Y finalmente, en relación con la responsabilidad del administrador concursal económico, ante un plan de viabilidad informado favorablemente que posteriormente resulta no factible, el 72,72, % de los expertos atribuyen a este profesional esa responsabilidad pero consideran eximente de la misma haber realizado el trabajo diligentemente. La solución que proponemos de apoyo para este enjuiciamiento en el cumplimiento del contenido de las Normas Técnicas parece bien acogida por ellos.







## **CONCLUSIONES**

La influencia del sistema concursal para la economía de un país está fuera de toda duda. Diversos organismos internacionales emiten principios y recomendaciones para un diseño óptimo del mismo. Sin embargo, a pesar de estos documentos (los propios organismos emisores predicán la necesidad de su adaptación) y, a pesar también de que en la doctrina se pueden encontrar autores que caracterizan de forma general, con independencia del país de aplicación, los sistemas concursales eficientes, la idiosincrasia de cada nación así como sus particulares circunstancias y características deben presidir el diseño del Derecho de insolvencia a implementar en cada Estado.

La insuficiente precisión que se manifiesta en la literatura, tanto nacional como internacional, existente sobre el Derecho de insolvencias en relación a los conceptos de eficacia y de eficiencia del sistema concursal nos lleva a poner de relieve la necesidad de profundizar en esta materia. De esta manera, los instrumentos que se propongan para la mejora de cada una de las dos dimensiones estarán directamente relacionados con ellas y los resultados serán superiores. En este trabajo se han presentado las conceptualizaciones de eficacia y de eficiencia concursales que nos parecen más adecuadas.

Dentro de la amplia variedad de problemas que afectan a la Ley Concursal española, a efectos de este trabajo, hemos acotado los siguientes: la necesidad de concretar inequívocamente el objetivo de la Ley; de ampliar el presupuesto objetivo también al desequilibrio patrimonial actual o futuro; de definir criterios orientadores para conocer cuándo una empresa se encuentra en el escenario del presupuesto objetivo de la Ley, en mayor medida si el escenario corresponde a una insolvencia inminente; la solicitud extraordinariamente tardía que se produce en la mayor parte de los concursos voluntarios, lo que provoca que las crisis empresariales de las concursadas sean mayoritariamente irreversibles; la excesiva duración del procedimiento concursal; la incapacidad que ha demostrado para promover la conservación de las empresas económicamente viables; el estigma que la sociedad española vierte sobre los concursados; la insuficiente garantía que proporciona en relación con el cumplimiento de los convenios aprobados y del mantenimiento de la actividad empresarial base de los mismos y, por último, la escasa colaboración con el Derecho societario en la promoción de conductas diligentes de los administradores sociales de las empresas de capital con lo que se permite trasladar a los acreedores un riesgo superior al que estarían obligados a asumir por realizar una actividad de empresa.

En relación a todos ellos hemos manifestado y argumentado nuestra postura y nuestras propuestas. Pero, dado que en sede jurídica por razones evidentes no es posible validar los resultados reales de una hipotética reforma normativa en la dirección que recomendamos, hemos considerado, alternativamente, el interés de someterlas a la opinión de expertos en la materia.

Desde nuestro punto de vista un porcentaje muy importante de las ideas que aportamos han recibido el apoyo mayoritario de los profesionales consultados, aunque hemos de reconocer que alguna idea, que para nosotros es relevante, no ha recibido apoyo suficiente. En concreto, las validaciones de los contenidos solicitadas a los expertos han aportado los siguientes resultados:

- a) Mayoritariamente se avala la idea propuesta en este trabajo acerca de que el objetivo de la Ley Concursal española debe ser maximizar los intereses de los acreedores promoviendo la continuidad de las empresas viables y la liquidación temprana de las empresas inviables.
- b) En cuanto a nuestra sugerencia de que el presupuesto objetivo de la Ley concursal en España contemple junto con el sobreseimiento generalizado de pagos también el desequilibrio patrimonial actual o inminente, existe una total dispersión en la opinión de los profesionales participantes en el estudio empírico. Aún cuando se ha utilizado una aproximación a la metodología Delphi, no ha sido posible conseguir un mayor consenso en esta materia.
- c) Con respecto a la pretensión que establecemos para que esta la Ley incorpore en su texto, o a través de un Reglamento de desarrollo, criterios orientadores para determinar los escenarios de insolvencia inminente, la mayor parte de los profesionales están de acuerdo con ella, aunque no se alcanza un consenso suficiente a la hora de determinar la naturaleza de éstos.
- d) Para la mayoría de los profesionales, de acuerdo con nuestro pensamiento, estos criterios orientadores materializados en una batería de indicadores unidos a un rediseño del procedimiento concursal colaborarían para conseguir un adelanto de las solicitudes de concurso voluntario.
- e) Un amplio porcentaje de los expertos opina, de igual forma que lo hacemos nosotros, que es necesario que la normativa sobre insolvencia española promueva más eficazmente que la propuesta de convenio y el plan de viabilidad que la apoya, en su caso, se presenten junto con la solicitud de concurso voluntario. Como ya hemos tratado suficientemente en distintos momentos de este trabajo, nuestra propuesta es severa en este punto. Tanto, que de no presentarse en ese momento, se invalida la posibilidad de hacerlo en fases posteriores del procedimiento concursal. Sin embargo, esta opción no ha encontrado el apoyo de los profesionales, quienes, por amplia mayoría, consideran que se debe mantener la opción de que el deudor presente propuesta de convenio en fases ulteriores. A pesar de ello, nosotros mantenemos nuestra postura por cuanto la consideramos esencial para promover conductas diligentes en la actividad de administración de empresas, principalmente cuando éstas están en dificultades y pretenden el auxilio del ordenamiento jurídico.
- f) Proponemos que la Ley Concursal sea lo más flexible posible en cuanto a la admisión de diferentes tipos de financiación para empresas en crisis así como en cuanto a la entrada de nuevos acreedores que han adquirido créditos concursales, siempre, lógicamente, penalizando conductas fraudulentas. La mayoría del panel de expertos también así lo considera. Hemos de decir que incluso el legislador

parece que lo busca a la luz de las últimas reformas legislativas. En especial a través del Real Decreto-ley 11 /2014.

- g) Consideramos que es necesario realizar suficientes esfuerzos para que los planes de viabilidad que se presentan en sede concursal sean garantes, en mayor medida, de la continuidad a medio plazo de la concursada. Esta postura es avalada por los expertos considerados.
- h) Una idea esencial en nuestra investigación es la consideración de que a toda propuesta de convenio acompañe, en todas las circunstancias, un plan de viabilidad empresarial que lo sustente, así como que éste debe ser evaluado independientemente por el administrador concursal en sede de concurso o por un experto designado en sedes preconcursales. Para nosotros la opinión expresada en el informe de este experto debe establecerse como preceptiva y como vinculante para el juez a la hora de determinar la continuidad de la tramitación de la propuesta. En conexión con este asunto, un porcentaje mayoritario, aunque muy ajustado (el 54,54%), de los expertos considera que, efectivamente, este informe independiente debería ser vinculante para el juez. Pero resaltamos que, al mismo tiempo, el 81,81% de ellos está en desacuerdo con la posibilidad de dejar a la voluntad de los acreedores la aprobación de un convenio con base en un plan de viabilidad que ha recibido una opinión desfavorable de la administración concursal.
- i) A lo largo de todo el trabajo hemos sido muy críticos con la calidad que, a nivel general, tienen los planes de viabilidad de las empresas que se presentan a concurso y por ello, hemos trabajado para que, al respecto, se produzcan mejoras sustanciales. Los profesionales consultados participan de nuestra opinión, ya que todos ellos, salvo uno, estiman que una de las razones fundamentales del incumplimiento del convenio aprobado guarda relación directa con no apoyarse en un plan completo, razonable y realizable.
- j) Hemos puesto de relieve cómo, a nuestro juicio, con carácter general, las pequeñas y medianas empresas españolas no son gestionadas por administradores que despliegan una conducta suficientemente diligente como “un ordenado empresario” y, por ello, se traslada al acreedor un riesgo superior al que le correspondería asumir por el ejercicio de su actividad mercantil. La mayor parte de los expertos así lo consideran también.
- k) En este trabajo proponemos que en ausencia de prueba documental demostrativa de una conducta de administración diligente con presunción *iuris tantum*, la Ley Concursal pudiera, en virtud de la responsabilidad concursal, extender al patrimonio del administrador societario la cobertura del déficit patrimonial de la empresa. Somos conscientes de que esta opción puede ser muy arriesgada y, por ello, valoramos que sea apoyada aunque minoritariamente por un 45,45% de los profesionales. Destacamos, al mismo tiempo, que en ese porcentaje de apoyo se incluye al 66,66% de los jueces por lo que aún siendo, como hemos reconocido, una postura arriesgada no puede ser considerada, nos parece, una postura temeraria.

- l) A nuestro juicio, una de las ideas más novedosas que plantea esta tesis es la configuración de un nuevo perfil profesional para la administración concursal de la rama económica. Sus características han sido tratadas en profundidad en distintos epígrafes así como ha sido tratada también la necesidad de emitir unas Normas Técnicas reguladoras de sus trabajos. Casi por unanimidad, a excepción de una persona, los expertos avalan nuestra opción. Por tanto, el administrador concursal económico sería experto en auditoría financiera para determinar la situación económica financiera y patrimonial de la concursada, así como en estrategia empresarial y su forma de auditarla. Y contaría con unas Normas Técnicas de su profesión.

Finalizamos con el contenido sumarial de la propuesta de esta tesis doctoral que tiene por objeto mejorar la eficacia y la eficiencia de la Ley Concursal española y que lo hace promoviendo la continuidad de las empresas viables. O expresado de otra manera, la continuidad de las empresas viables en el concurso de acreedores pasa por mejorar la eficacia y la eficiencia de ese sistema:

- 1) El objetivo de la Ley Concursal debe ser maximizar los intereses de los acreedores, promoviendo la continuidad de las empresas viables y la liquidación temprana de las inviables.
- 2) la Ley Concursal debe impulsar que las pequeñas y medianas empresas implanten sistemas de alertas tempranas de crisis en sus empresas premiando, junto con otros criterios, a las concursadas que así lo hagan.
- 3) El presupuesto objetivo de la Ley debe ampliarse hasta la consideración del desequilibrio patrimonial actual o inminente, de esta forma una empresa en esa situación que cuente con un plan viable podría beneficiarse del procedimiento y, así, mantener la actividad, lo que redundará en el interés general.
- 4) No habrá acuerdo de refinanciación cuando el plan de viabilidad, que obligatoriamente habrá de acompañarle, sea informado desfavorablemente por el experto independiente.
- 5) La información al juzgado de inicio de negociaciones sólo cabrá ante supuestos de insolvencia inminente. La solicitud de concurso voluntario procederá dentro de los dos meses anteriores a producirse la insolvencia real.
- 6) La Ley Concursal debe introducir criterios orientativos para la determinación judicial del presupuesto objetivo.
- 7) Sólo cabrá que el deudor presente propuesta de convenio, unido al plan de viabilidad que lo apoye, con la solicitud de concurso voluntario puesto que un deudor diligente que desee continuar su actividad, para ese momento ya tendrá realizado su plan de empresa económicamente viable. Cuestión diferente es que la viabilidad financiera se busque a través del procedimiento concursal. Si el deudor no presenta ambos documentos en esa fase procesal la empresa irá a liquidación (venta o cese de actividad).

8) La Ley Concursal establecerá al inicio del procedimiento, en base al plan presentado por el deudor, la clasificación de la concursada como empresa económicamente viable o no, para dirigirla en el primer caso a convenio y en el segundo a liquidación.

9) La implementación del plan así como el cumplimiento en sus propios términos será supervisada por el administrador concursal económico o por el experto independiente.

10) La ley Concursal debe promover la gestión diligente de las empresas concursadas. Por ello, en fase de liquidación se abrirá la pieza de calificación del concurso y el juez lo calificará como culpable si el administrador societario no ha podido demostrar que durante los doce meses anteriores a declararse la insolvencia ha desarrollado sus funciones con la diligencia de un “ordenado empresario”.

11) La mayor parte del contenido fundamental de esta propuesta ha encontrado apoyo en los expertos consultados. Queremos resaltar, sin embargo, que no lo ha recibido la opción de no permitir que el deudor presente propuesta de convenio en fase posterior a la solicitud. A pesar de ello, mantenemos esta idea en el presente trabajo porque consideramos que en caso contrario se ampara conductas de los administradores sociales no suficientemente diligentes como requiere la situación de crisis en la que la empresa se encuentra y con ellas, en último extremo, se ampara el perjuicio a los derechos de terceros que el ordenamiento, creemos, debe penalizar.

## **LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN FUTURAS**

A nuestro juicio, investigaciones en las líneas que a continuación indicamos completarían este trabajo:

- Nuevos modelos de predicción de crisis empresarial para la pyme española.
- Profundización en la teoría del análisis económico-financiero de la pyme.
- Mejora de las metodologías de evaluación independiente de los planes de viabilidad.
- Marco regulatorio de la profesión de administrador concursal económico.
- Profundización en la responsabilidad concursal y en la promoción de la conducta como un ordenado empresario del administrador societario.
- El deber de diligencia del administrador en relación con terceros en la Ley de Sociedades de Capital.





## **BIBLIOGRAFÍA<sup>1</sup>**

- ABRAMS, R.; KLEINER, E. (2003): "The successful business plan: secrets and strategies, 4<sup>th</sup> edition" Planning shop, Palo Alto: CA
- \*ACERO, I.; ALCALDE, N. (2012): "Gobierno corporativo y rendición de cuentas: ¿existe algún efecto sobre la performance empresarial?" *Revista de Contabilidad* pp. 143-178
- ACHARYA, V.; SUNDARAM, R. K.; JOHN, K. (2010): "Cross-country variations in capital structures: The role of bankruptcy codes" *Journal of Financial Intermediation* n° 20 <http://www.elsevier.com>
- ADIEGO, M. J.; GONZÁLEZ, J. (2011): "Análisis bibliográfico del concurso de acreedores" AECA [http://aeca1.org/pub/on\\_line/comunicaciones\\_xvcongresoaece](http://aeca1.org/pub/on_line/comunicaciones_xvcongresoaece)
- AECA (2007): "El fracaso empresarial: características y tipos" Editorial Fuinco
- AECA (2011): "Los modelos de predicción del fracaso empresarial. Propuesta de una taxonomía" [http://aeca1.org/pub/on\\_line/comunicaciones\\_xvcongresoaece](http://aeca1.org/pub/on_line/comunicaciones_xvcongresoaece)
- AGHION, P.; HART, O.; MOORE, J. (1994): "The Economics of Bankruptcy Reforms" pp. 215-244 <http://www.nber.org/chapters/c6727>
- AGÜERO, A. (2014): "El mediador concursal como administrador extraconcursal" *Revista de Derecho concursal y paraconcursal* n° 20 pp. 273-289
- AGUILA DEL, P. (2011): "Hacia una reestructuración del sistema concursal" *Revista de la Competencia y la Propiedad* n° 12 pp. 113-126 <http://aplicaciones.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/boletines>
- \*ALBA, J. (2012): "El llamado convenio de asunción en la ley concursal" *Noticias jurídicas* [http://noticiasjuridicas.com/articulos/50-Deusto-Mercantil/201206-convenio\\_asuncion-1](http://noticiasjuridicas.com/articulos/50-Deusto-Mercantil/201206-convenio_asuncion-1)
- ALCALÁ, M. A.; AA.VV. (2010): "Los deberes de los administradores en la pyme" en "Creación, gestión estratégica y administración de la pyme" Editorial Cívitas, Cizur menor
- ALCORN, P. (1982): "Success and survival in the family-owned firm" McGraw-Hill
- ALEDO, J; MARTÍNEZ, J; CAMACHO, M. ; ROJO, J ( 2010): " Información contable en la fase previa a la declaración del concurso: análisis descriptivo" *Revista concursal y paraconcursal* n° 13, pp. 329-336
- ALEJOS, B. (2001): "Auditoría de la gestión pública: una propuesta metodológica" Tesis Doctoral
- \*ALFARO, J. (1991): "Las condiciones generales de contratación" Editorial Cívitas
- \*ALFARO, J. (2007): "Los juristas españoles y el análisis económico del derecho" *InDret* 1/2007 pp. 1-13
- ALONSO, R. (2000): "Consideraciones sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima" Editorial La Ley *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* pp. 1869-1874
- ALONSO, A. (1990): "Presupuestos de la responsabilidad de los administradores de una sociedad anónima" *Revista de Derecho mercantil* n°198 pp. 639-727

---

<sup>1</sup> Esta es la relación de la bibliografía utilizada para la elaboración del presente trabajo. No toda ella se ha referenciado en el texto puesto que hemos considerado que las obras no referenciadas o bien aportaban ideas, ya sean detractoras o avalistas de las propuestas que hacemos, que estaban extensamente recogidas por las referencias a otros autores, o bien las materias sobre insolvencia que trataban no guardaban una relación absolutamente directa con las acotadas en este trabajo. A pesar de ello, consideramos muy importante relacionarlas porque todas ellas nos han servido para formarnos una opinión, creemos que fundada, y que ha derivado en la propuesta de mejora, en términos de eficacia y de eficiencia, de la Ley Concursal española que aquí presentamos. Señalamos con un asterisco las obras no referenciadas.

- ALONSO, A. (2002): “La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 171.3 de la Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)” Estudios sobre el anteproyecto de Ley Concursal de 2001 GARCÍA, ALONSO, PULGAR directores
- ALONSO, A. (2004): “El artículo 48.2 LC y el marco de las relaciones de responsabilidad concursal del artículo 172.3 LC con la responsabilidad de los auditores y con las acciones societarias de responsabilidad de los administradores y liquidadores” *Revista de Derecho concursal y paraconcursal* pp. 91-107
- ALONSO, A. (2012): “El concurso de acreedores adaptado a la ley de reforma 38/2011” PULGAR, J. dirección Editorial La Ley
- ALONSO, F. (2006): “La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital y sus elementos configuradores” Cuadernos Cívitas, Cizur Menor
- ALONSO, C. (2010): “La cuestión del capital en la PYME” en ALCALÁ, M. A. “Creación, gestión estratégica y administración en la PYME”
- ALONSO, C. (2012): “El concurso de acreedores adaptado a la ley de reforma 38/2011” dirección Pulgar, J. Editorial La Ley
- ALONSO, F. J. (2012): “La empresa familiar como problema” *Revista de Derecho mercantil* nº 283 pp. 33-76
- ALONSO, F. J. (2013): “El informe del administrador concursal: un intento de clarificación sistemática” *Revista de Derecho concursal y paraconcursal* nº 19 pp. 101-114
- ALONSO-MUÑAMER, M. E. (2007): “La judicialización de los concursos extrajudiciales: la propuesta anticipada de convenio” Monografía nº 6 Editorial La Ley
- ALONSO-MUÑAMER, M. E. (2010): “La gestión de la morosidad empresarial como instrumento preventivo del concurso de acreedores” en ALCALÁ, M. A. “Creación, gestión estratégica y administración de las PYMES”
- ALONSO-MUÑAMER, M. E. (2013): “El plan de viabilidad en el ámbito de los acuerdos de refinanciación” en “Conservación de empresas en crisis. Estudios económicos y jurídicos” director ARIAS, F. J. Monografía nº 17 Editorial La Ley pp. 105-133
- ALVARADO, D (2003): “La reorganización empresarial de los Estados Unidos de América: el Chapter 11” <http://www.gestipolis.com>
- ÁLVAREZ, J. A. (1997): “El mandato y la comisión mercantil” Editorial Comares
- \*ÁLVAREZ, J. (2010): “La responsabilidad de los administradores de las personas jurídicas en la nueva ley tributaria” Aranzadi cizur menor
- ÁLVAREZ, J. (2012): “La responsabilidad de los administradores de las personas jurídicas en la nueva Ley general Tributaria” Aranzadi cizur menor
- \*ÁLVAREZ-OSORIO, A.; MORENO, E. (1998): “Responsabilidad de administradores: aspectos procesales (formularios y jurisprudencia)” Dykinson
- ALTMAN, E.I. (1968): “Financial ratios. Discriminant analysis and the prediction of corporate bankruptcy” *the journal of finance* vol XXIII nº4 pp. 589-609
- AMAT, J. M. (2007): “La continuidad de la empresa familiar” Ediciones Gestión 2000
- AMESTI, C. (2013): “Responsabilidad social empresarial: comentario de la Sentencia núm. 321 /2011 de 11 de noviembre de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28)” *Revista de Derecho de Sociedades* nº 40 pp. 335-360
- \*ANDRADE, G.; KAPLAN, S. N.(1998): “How costly is financial (not economic) distress?. Evidence from highly leveraged transactions that became distressed” *The journal of finance* vol. LIII nº 5

- \*ANG, J.; MAUCK, N. (2010): "Fire sale acquisitions: Myth vs. reality" *Journal of Banking & Finance* nº 35
- \*ANGLÁS, D. J. (2008): "Teoría del análisis económico del derecho" [http://www.teleley.com/articulos/art\\_160708-2.pdf](http://www.teleley.com/articulos/art_160708-2.pdf)
- ARIAS, F. J. (2013): "Conservación de empresas en crisis. Estudios jurídicos y económicos", director Monografía asociada a la revista de Derecho Concursal y Paraconcursal nº 17 La Ley
- \*ARNAU, L. (2013): "Insolvencia, declaración de concurso y vicios de consentimiento, a propósito de la STS de 5 de sept de 2012" *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* nº 19 pp. 203-213
- ARRIBAS, A. (2010): "Planteamiento del debate doctrinal sobre el momento de emisión del informe técnico en acuerdos de refinanciación". *El Derecho on line* Editorial el Derecho. Artículos Doctrinales
- \*ARROYO, I; EMBID, J.M. (2001): "Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas" coords. Editorial Tecnos
- ARSHT, S. (1979): "The business judgment rule revisited" *Hofstra Law Review*, version on-line
- AZNAR, E (2012): "La comunicación del art 5 bis de la ley Concursal" Tirant Lo Blanch
- \*AZNAR, E. (2012): "Contabilidad y fiscalidad del concurso de acreedores" Tirant Lo Blanch
- \*AZNAR, E. (2012): "La acción rescisoria concursal. Doctrina, jurisprudencia y formularios" Tirant Lo Blanch
- \*AZNAR, E. (2014): "Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores" Tirant Lo Blanch
- AZNAR, E. (2014): "Mediación concursal: los acuerdos extrajudiciales de pago" Tirant lo Blanch
- \*AZNAR, E. (2014): "La reforma concursal del Real Decreto-ley 4/2014, en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial" Tirant lo Blanch
- AZOFRA, F. (2012): "La agilización de la reestructuración del activo: "pre-pack" y procedimiento abreviado en la reforma de la Ley Concursal" *Revista de Derecho concursal y paraconcursal* nº 17, pp. 131-143
- BACIGALUPO, S. (2010): "Insolvencia y Derecho Penal" *Revista de Derecho concursal y paraconcursal* nº 13, pp. 123-140
- BACIGALUPO, S. (2013): "Implicaciones concursales del anteproyecto de reforma del Código Penal" *Revista de Derecho concursal y paraconcursal* nº 19 pp. 361-373
- BALOUZIYEH, J.M.B. (2012): "Las sociedades mercantiles estadounidenses" Editorial Marcial Pons
- BANCO MUNDIAL (2001): "Sistemas de insolvencia efectivos: principios y líneas rectoras"
- BANCO MUNDIAL (2005): "Sistemas de insolvencia efectivos: principios y líneas rectoras" revisión
- \*BAÑO, J. M. (2009): "La responsabilidad de los administradores en la actual crisis financiera: la encrucijada norteamericana" *Revista de Derecho mercantil* nº 274 pp. 1499-1520
- \*BELTRÁN, E. (2009): "Los problemas de la Ley Concursal, Congreso Español de Derecho de la Insolvencia" coordinador Editorial Cívitas
- BELTRÁN, E. (2011): "La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles" director Editorial Tirant Lo Blanch
- \*BELTRÁN, E (2012): "Haciendo una tesis" Editorial Tirant Lo Blanch

- BELTRÁN, E. (2012): “De nuevo sobre la “naturaleza” de la responsabilidad concursal” *Revista de Derecho de Sociedades* nº 39 pp. 355-376
- BELTRÁN, E. (2013): “Enfoque (y desenfoque) de la reforma concursal 2009-2011. Los problemas del derecho concursal español” *Revista on line del colegio Notarial de Madrid* nº 41
- BELTRÁN, E. (2013): “Derecho concursal. Summa *Revista de Derecho mercantil*” director Editorial Cívitas
- BELTRÁN, E. (2013): “El incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado como hecho conducente a la calificación culpable del concurso (SJM-1 de las Palmas 18.7.2011)” *Anuario de Derecho Concursal* nº29 pp. 479-505
- BELTRÁN, E.; SÁNCHEZ, M. L.; LÓPEZ, A. (2009): “Cinco años de aplicación de la Ley Concursal” directores y colaborador Editorial Cívitas Thomson Reuters
- \*BENEGAS, R; MANZANEQUE, M.; ROJAS, J.A. (2006): “Importancia de la previsión en los casos de procesos de insolvencia. Aportación de la Ley concursal 22/2003” <http://www.uclm/cu/sociales/pdf/documentosTrabajo>
- \*BENEGAS, R; MANZANEQUE, M.; PRIEGO, A. M. (2007): “Análisis de la conducta de los stakeholders en situaciones de crisis empresarial. Aplicación a la Pyme Castellano Manchenga” <http://www.viiaccountingworks.upct.es/papers/72c38006919f62485183861f2cb65c64>
- BERCOVITZ, R. (2004): “Comentarios a la ley concursal” vol. I y II coordinador Editorial Tecnos
- BERCOVITZ, A. (2006): “La sociedad de responsabilidad limitada” coordinador Aranzadi
- \*BERCOVITZ, A.; BARBA DE LA VEGA, J. ; BERCOVITZ, R. (2013): “Sociedades Mercantiles” Editorial Aranzadi
- BERMEJO, N; RODRÍGUEZ, E. (2006): “Normas de protección de acreedores: entre el Derecho de Sociedades y el Derecho Concursal” *InDret* nº 4
- BHABRA, G. S.; YAO, Y. (2011): “Is bankruptcy Costly?. Recent Evidence on the Magnitude and Determinants of Indirect Bankruptcy Costs” *Journal of Applied Finance & Banking* vol. 1 nº 2
- BISBAL, J. (1986): “La empresa en crisis y el Derecho de quiebras (una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresa)” *Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia*
- \*BLASCO, F. (2007): “Responsabilidad concursal y embargo de los bienes de los administradores” Editorial Tirant Lo Blanch
- BOQUERA, J. (1995): “La sociedad unipersonal de responsabilidad limitada” *Estudios de Derecho Mercantil*
- BOYCE, R.O.; EISEN, H. (1977): “La dirección ante el diagnóstico empresarial” traductor Lerchundi, I. Ediciones Deusto
- BRANCH, B. (2002): “The costs of bankruptcy. A review” *International Review of Financial Analysis* nº 11
- \*BROSETA, M. (2010): “Manual de Derecho Mercantil” Editorial Tecnos
- \*BUEYO-DÍEZ, M. VVAA (2000): “Responsabilidad de los administradores. Levantamiento del velo” Francis Lefebvre
- BUIL, I. (2011): “La financiación de las empresas en situación concursal: una visión española basada en el “debtor-in-possession-financing” del sistema norteamericano de insolvencias” *Revista de Derecho concursal y paraconcursal* nº 14 pp. 373-394
- BUIL, I; ARA, C. (2011): “El mercado español de deuda en el proceso de reforma concursal” *Revista concursal y paraconcursal* nº 15 pp. 311-328

- BUJIDOS, E.; MARQUÉS, I.; FERNÁNDEZ, A. (2011): “Análisis económico de los concursos en España” pp. 41-58 PricewaterhouseCoopers
- \*BULNES, A.; THERY, A.; GARCÍA, R. (2009): “Algunas cuestiones sobre la problemática suscitadas en la adquisición de acciones o participaciones o activos de sociedades concursadas” *Revista de Derecho de sociedades* nº 33 pp. 203-218
- \*BUSTILLO, L. L. (2012): “El concurso de acreedores. Cuestiones de interés notarial” *Cuaderno de Derecho y Comercio* nº 58 pp. 341-370
- \*BUSTOS, J. E. (2004): “La antijuridicidad, presupuesto de la responsabilidad excontractual” *Revista de Derecho* nº 9 pp. 29-38
- CABANAS, R.; BONARDELL, R. (2008): “Operación acordeón, pérdidas y concurso en la sociedad de responsabilidad limitada” Editorial Tirant Lo Blanch
- \*CABANAS, R.; BONARDELL, R. (2013): “Modificaciones estructurales en el concurso de acreedores” *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* nº 18 pp. 93-106
- \*CABANILLAS, A. (1993): “Las obligaciones de actividad y de resultado” Editorial Bosch
- \*CABANILLAS, A. (2000): “Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral” Editorial Cívitas
- \*CALBACHO, F. (1999): “El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima: doctrina y jurisprudencia” Editorial Tirant Lo Blanch
- \*CALVO, I.A. (2012): “La persona jurídica societaria” Editorial Consejo General del Notariado
- CAMACHO, M.; MARTÍNEZ, J.; URQUÍA, E. (2010): “Enfoque económico y jurídico del procedimiento concursal” *Revista Partida Doble* nº 223 pp. 80-94
- CAMACHO, M. M.; SEGOVIA, M. J. (2011): “¿Qué indicadores económico financieros podrían condicionar la decisión del experto independiente sobre la supervivencia de una empresa en su fase preconcursal. Evidencia empírica en España” [http://www.aecalorg/pub/on\\_line/comunicaciones\\_xvcongresoaece](http://www.aecalorg/pub/on_line/comunicaciones_xvcongresoaece)
- CAMACHO, M. M., SEGOVIA, M. J. (2013): “Las variables económicas de las empresas que condicionan el éxito del precurso” en “Conservación de empresas en crisis. Estudios jurídicos y económicos” pp. 137-156 Monografía nº 17 La Ley
- CAMPUZANO, A.B. (2008): “La sociedad de responsabilidad limitada” Editorial Tirant Lo Blanch
- CANDELARIO, M. I. (1999): “El convenio de continuación como medio de protección del crédito en los procedimientos concursales” Editorial Comares
- CANDELARIO, M. I. (2010): “Una mirada reflexiva hacia la identidad y recorrido de la insolvencia empresarial” *Revista de Derecho Privado* año nº 94, mes 2 pp 3-40
- CANDELARIO, M.I. (2013): “Estudios e interpretación práctica de la legislación sobre morosidad” directora Editorial Tirant Lo Blanch
- CANO, F. (2013): “El expediente regulador de empleo concursal” Editorial Fe d’erratas
- CARBAJO, F. (2002): “La sociedad de capital unipersonal” Editorial Aranzadi
- \*CARBAJO, F. (2012): “La contabilidad y las cuentas anuales en el concurso de acreedores” *Revista Anuario de Derecho concursal* nº 27 pp. 95-136
- CASADO, J. (2011): “La liquidación concursal de la empresa en sociedades de capital: apertura, efectos y operaciones de capital” Tesis Doctoral on line
- CASANELLAS, R. (2006): “El informe de la administración concursal: aspectos económicos” *Revista Refor (Revista de Economistas Forenses)* nº 18 pp. 11-19
- CASANELLAS, R. (2009): “El nuevo Plan General de Contabilidad y el concurso de acreedores” *Revista de Derecho concursal y paraconcursal* nº 11 pp. 395-401

- CASANELLAS, R. (2011): “La eficiencia económica del procedimiento y su duración” *Revista de Derecho concursal y paraconcursal* nº 15 pp. 389-397
- CASANELLAS, R. (2014): “La administración concursal persona jurídica” *Anuario de Derecho concursal* nº 31 pp. 177-196
- CASANOVA, M. J. (2012): “La fundamentación de los fiduciary duties de los administradores de sociedades y sus consecuencias en la acción social de responsabilidad” Tesis Doctoral on line
- CASTAÑO, J. (2013): “Variables y modelos para la evaluación del fracaso empresarial. Propuesta de una metodología de fronteras en percentiles” Tesis Doctoral on line
- \*CASTIELLO, A. (2013): “Financiación de empresas en crisis y acuerdos de reestructuración de deudas” *Revista de Derecho concursal y paraconcursal* nº 19 pp. 329-343
- CASTILLEJO, R. (2013): “La figura del mediador concursal en el acuerdo extrajudicial de pagos” *cuadernos electrónicos de estudios jurídicos* [www.ceej.es](http://www.ceej.es)
- CAZORLA, L. (2003): “El plan de viabilidad en el contexto de la nueva ley concursal” *Revista Refor (Revista de Economistas Forenses)* nº 8 pp. 18-29
- CAZORLA, L. (2012): “Aprobación de los principios de Gobierno Corporativo por la Business Roundtable el pasado 26 de julio de 2012” *Revista de Derecho de sociedades* nº 39 pp. 673-674
- CELENTANI, M.; GARCÍA-POSADA, M.; GÓMEZ, F. (2010): “El enigma de los concursos empresariales en España” en “La crisis de la economía española. Análisis económico de la recesión” Fundación FEDEA
- CERDÁ, F. (2001): “Responsabilidad civil de los administradores sociales: ¿solos ante el peligro?. Un análisis jurisprudencial (1990-2000)” *InDret* nº 1
- \*CHENG, C.S.A. y THOMAS, W.B. (2006): “Evidence actual anomaly incremental to operating cash flows” *the accounting Review* vol 81 pp 1151-1167
- \*CHINCHILLA, C. (1989): “La desviación de poder” Editorial Cívitas
- CONDE, C.; ESMERATS, I. (2014): “Administración concursal, mediación y acuerdo extrajudicial de pagos” Editorial Bosch
- \*CONGREGADO, E.; POMARES, I.; RAMA, E. (2001): “Análisis económico del derecho” pp. 331-340 <http://www.uhu.es/derechoyconocimiento>
- \*CONGRESO VII JUECES DE LO MERCANTIL, BILBAO (2010)
- \*CONGRESO VII JUECES DE LO MERCANTIL (2011): “Mesa redonda sobre R.D. Ley 3/ 2009, conclusiones” *Revista Anuario de Derecho concursal* nº 23 pp. 441-451
- \*CONGRESO I DE DERECHO DE LA INSOLVENCIA Gijón (2009): “Los problemas de la Ley Concursal” Editorial Cívitas Thomson Reuters
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2011): “Informe al anteproyecto de ley de reforma de la ley concursal”
- CONSEJO GENERAL DE ECONOMISTAS (2012): “Manual de Auditoría” Editorial Francis Lefevre
- CORELLA, A. (2004): “Los consejeros españoles vuelven a la escuela” Artículo publicado en *Cinco Días* el 06/09/2004
- \*COSTAS, J. (1999): “El deber de abstención del socio en las votaciones” Editorial Tirant Lo Blanch
- COUTINHO, J. A. (2002): “Interés social y lealtad de los socios” *Revista de Derecho de sociedades* nº 19 pp. 39-56
- CUENA, M. (2014): “Ley de emprendedores y exoneración de deudas o fresh start” *Revista Anuario de Derecho concursal* nº 31 pp. 123-162

- CUTILLAS, J.M. (2012): “El artículo 5 bis de la Ley Concursal y la posterior solicitud de concurso voluntario” en “Tratado práctico del derecho concursal y su reforma” director MARTÍNEZ, F. Editorial Tecnos
- DALHUISEN, J. H. (1968): “Compositions in bankruptcy: a comparative study of the laws of the E.E.C. countries, England and the U.S.A.” Sijthoff, Leiden (Holanda)
- \*DASSO, A. (2011): “El derecho concursal en la crisis global” Revista jurídica pp. 139-169 <http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui>
- \*DATADIAR (2005): “Lex mentor: responsabilidad jurídica de la empresa 2005 (administradores y empresarios)” Editorial Deusto Jurídico
- \*DE ADAME, F. (2009): “Autoría y otras formas de participación en el delito fiscal: la responsabilidad penal de los administradores y asesores fiscales” Editorial Comares
- DE ÁNGEL, R. (1993): “Tratado de responsabilidad civil” Editorial Cívitas
- DE ÁNGEL, R. (2013): “La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la jurisprudencia” Editorial Cívitas
- DE CÁRDENAS, C.; NÚÑEZ-LAGOS, A. (2011): “Algunos comentarios a la Ley de Reforma Concursal” Revista Uría, número extraordinario “homenaje al profesor Juan Luis Iglesias Pradas”
- DE CASTRO, J. M.; RAMOS, T. (2012): “La administración concursal: actuación, estatuto jurídico, responsabilidades y funciones” Editorial Bosch
- DE CASTRO, J.M.; RAMOS, T. (2012): “Aspectos procesales del concurso” Editorial Bosch
- DE LA CUESTA, J. M<sup>a</sup>. (2004): “El convenio concursal: comentarios a los artículos 98 a 141 de la Ley Concursal” Editorial Aranzadi
- DE LOS MOZOS, J.L. (1965): “El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español” Editorial Bosch
- \*DEL ROSAL, B. (1998): “Los delitos societarios en el Código penal de 1995” Editorial Tirant Lo Blanch
- DÍAZ, J. L. (1995): “La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima” Editorial Montecorvo
- DÍAZ, J. L. (2004): “Deberes y responsabilidades de los administradores de las sociedades de capital conforme a la ley 26/2003 de 17 de julio” Editorial Thomson-Aranzadi
- \*DÍAZ, J.L. (2006): “Deberes y responsabilidades de los administradores de sociedades de capital” Editorial Aranzadi
- DÍAZ, J.L. (2012): “Manual Práctico del Derecho Concursal (la Ley Concursal tras la reforma de la ley 38/2011)” Ediciones experiencia
- DÍAZ, J.L. (2012): “Presupuestos de la responsabilidad de los administradores concursales” Aranzadi Cizur menor
- DÍAZ, J. L. (2013): “La discutida naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal a la luz de la última jurisprudencia” Revista Anuario de Derecho concursal, nº29 pp. 153-202
- DÍAZ, M. (2012): “El incidente concursal. Un instrumento autónomo de tutela en el concurso de acreedores” Editorial Tirant Lo Blanch
- DÍAZ, M.A. (2012): “La Sociedad familiar de capital: reflexiones sobre su organización y la incidencia del concurso de acreedores” Revista de Derecho de sociedades nº 38 pp 199-224
- DIÉGUEZ, J. (2010): “Causa final del despido objetivo por necesidades de la empresa. La utilización de indicadores económico-financieros para su adecuada medición e interpretación” Revista Temas laborales nº 104/ 2010 pp. 85-119 on line

- \*DIEZ-PICAZO, L; GULLÓN, A. (1995): “Sistemas de derecho civil” Editorial Tecnos
- \*DJANKOV, S. (2008): “Debt enforcement around the world” Journal of Political Economy vol. 116 nº 6
- DURÉNDEZ, A. (2001): “La auditoría de cuentas en España: un estudio empírico sobre la función, utilidad y comprensión del informe de auditoría” Tesis Doctoral on line
- EASTERBROOK, F.H. (1990): “Is corporate bankruptcy efficient?” Journal of financial economics 27 pp 411-417
- EDELBERG, G. (2012): “Administración de empresas, una profesión” <http://www.guillermoedelberg.com.ar/pdf/158.pdf>
- ELIZALDE, G. (2010): “No promover despido colectivo: concurso culpable. BIB 2013/422” Revista Aranzadi Doctrinal nº 11/2013 Editorial Aranzadi
- \*EL DERECHO, BASE DE DATOS DE BIBLIOGRAFÍA DEL DERECHO (2008) EDB 2008/ 103202 “Procedimiento concursal”
- \*EMBED. J. M. (2011): “La incesante reforma del Derecho español de sociedades” Cuaderno de Derecho y Comercio nº 55 pp. 15-36
- EMPARANZA, A. (2011): “Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital” Revista de Derecho mercantil nº 281 pp. 13-45
- \*ENCISO, M (2007): “La judicialización de los concursos extrajudiciales: la propuesta anticipada de convenio” La Ley monografía nº 6
- \*EPIFÂNIO, M. R. (2012): “La reforma del Código de la insolvencia y de la recuperación de empresas (Ley nº16/2012 de 20 de abril)” Revista de Derecho concursal y paraconcursal nº 17 pp. 423-425
- ESMERATS, I. (2014): “Administración concursal, mediación y acuerdo extrajudicial de pagos” Editorial Bosch
- ESPINA, A. (1999): “Crisis de empresas y sistema concursal. La reforma española y la experiencia comparada”. Editorial Consejo Económico y Social (España)
- \*ESPINA, D. (2003): “La autonomía privada en las sociedades de capital: principios configuradores y teoría general” Editorial Marcial Pons
- \*ESPINIELLA, A. (2013): “La propuesta de la Comisión Europea para la reforma del Reglamento europeo de insolvencia” Revista de Anuario de Derecho concursal nº 29 pp. 423-440
- ESPINÓS, A. (2005): “La responsabilidad civil en las sociedades mercantiles” Editorial Bosch
- ESTEBAN, G. (2011-2012): “La administración de las sociedades de capital” Revista de Derecho de sociedades nº 36 pp. 149-170
- ESTERUELAS, M. (2012): “La acumulación de acciones contra la sociedad y su administrador” Revista de Derecho de sociedades nº 38 pp. 325-332
- ETXARANDIO, E. (2009): “Manual de Derecho Concursal. Adaptado al Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de reforma de la Ley Concursal” Editorial La Ley
- \*FARRAN, J. (2004): “La responsabilidad de los administradores en la administración societaria” Editorial Bosch
- \*FARRANDO; I. (2009): “Comentarios a las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2008 sobre retribución de los administradores. La remuneración de los administradores y la doctrina jurisprudencial del doble vínculo” Revista de Derecho de sociedades nº 32 pp. 99-132
- FEIJOO, J (2009): “Sociedades Mercantiles en crisis y Derecho Penal (sobre la función social y el fundamento del injusto del delito concursal art 260 CP” Revista Anuario de Derecho concursal nº 16 pp. 25-80



- \*FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (1996): “Responsabilidad de los consejeros y altos cargos de sociedades de capital” coord. Editorial McGraw-Hill
- FERNÁNDEZ, A. I. (2004): “La reforma concursal: ¿un diseño eficiente?” <http://www.redalyc.org>
- \*FERNÁNDEZ, J. A. (2005). “La responsabilidad fiscal de los administradores y sucesores de personas jurídicas” Editorial Bosch
- FERNÁNDEZ, A. (2009): “Las soluciones preconcursales” Editorial Fundación de Estudios Financieros papeles de trabajo nº 33
- FERNÁNDEZ, A.; GARCÍA-ALAMÁN, B.; THERY, A.; VERDUGO, J. (2010): “¿Crisis del Derecho concursal? Hacia un derecho de reestructuraciones empresariales” Diario La Ley nº 7411, Ref D-179. Editorial La Ley
- FERNÁNDEZ DEL POZO, J. L. (2001): “Posibilidad y contenido de un derecho preconcursal. Auditoría y prevención de la crisis empresarial (art. 209.1.b) LSA” Editorial Marcial Pons
- FERNÁNDEZ DEL POZO, J. L. (2010): “El régimen jurídico preconcursal de los acuerdos de refinanciación (d.ad.4ª LC). Propuesta de reforma legislativa” Cuadernos de Derecho Registral
- FERNÁNDEZ DEL POZO, J. L. (2010): “Una lectura preconcursal del régimen jurídico de los acuerdos de refinanciación. El expediente registral preconcursal” Revista Anuario de Derecho concursal nº 21 pp 9-79
- FERRÁN, J. (2004): “La responsabilidad de los administradores en la administración societaria” Editorial Bosch
- FERRÉ, J.; KELLER, N. (2012): “La reforma de la legislación concursal en Alemania” Revista Anuario de Derecho nº 27 pp. 327-334
- FINCH, V. (2009): “Corporate insolvency law: perspectives and principles” Cambridge University press
- FMI (FONDO MONETARIO INTERNACIONAL) (1999): “Orderly and Effective Insolvency Procedures: Key Issues”
- FONT, J. I. (2002): “El Derecho de información de los administradores sociales” Editorial Eprinsa
- FONT, J. I. (2005): “El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de administradores sociales” Revista Derecho de Sociedades nº 25 pp. 71-107
- FRAGUAS, R. (2003): “Patologías de los consejos de administración en España”. Tesis Doctoral on line
- FRAMIÑÁN, J. (2012): “Liquidez transitoria y presupuesto objetivo del concurso: experiencia alemana y derecho español” Revista de Derecho concursal y paraconcursal nº17 pp. 299-310
- FRAU, S. (2014): “La calificación en el concurso de acreedores. Una visión crítica” Editorial Tirant lo Blanch
- \*FUENTES, R. (2013): “La declaración y conclusión simultánea de concurso o concurso express” Editorial fe d’erratas
- GADEA, E. (2011): “La prueba de la insolvencia en el procedimiento concursal” Revista de Derecho concursal y paraconcursal nº 14 pp. 293-296
- \*GALA, C. (2007): “La responsabilidad laboral y de seguridad social de los administradores de las sociedades mercantiles” Editorial Bosch
- \*GALÁN, E.; GARCÍA-CRUCES, J. A. (1999): “La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital: aspectos civiles, penales y fiscales” Editorial Tecnos
- \*GALLEGO, E. (2009): “El director general de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada” Editorial La Ley

- GALLEGO, E. (2014): “La mediación concursal” *Revista Anuario de Derecho concursal* nº 31 pp. 11-65
- \*GARCÍA, M. (2005): “La sociedad de responsabilidad limitada en el diván. El diagnóstico de la “personalidad múltiple” (desde el nacimiento de la Sociedad Limitada Nueva Empresa” Editorial Marcial Pons
- GARCÍA, M. (2011): “Cuestiones problemáticas relacionadas con el trámite de \*oposición al convenio en el concurso de acreedores” *Revista actualidad jurídica Uría Homenaje al profesor Juan Luis Iglesias Prada* pp. 208-215
- GARCÍA, M. (2012): “La “honda” de la legislación antimorosidad para evitar la declaración de concursos” *Revista de Derecho concursal y paraconcursal* nº 17 pp. 67-93
- GARCÍA, A. (2006): “Las instrucciones de la Junta General a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada” Editorial Aranzadi
- GARCÍA, E (2010): “Cuestiones procesales en el Derecho Concursal “Tesis Doctoral on line
- GARCÍA, E (2011): “Un convenio concursal poco común” *Revista Anuario de Derecho concursal* nº 22 pp. 671-678
- \*GARCÍA, E. (2012): “Las compras desmesuradas del deudor en apuros, efectuadas a crédito y realizadas en estado de insolvencia” *Revista Anuario de Derecho concursal* nº 25 pp. 237-254
- GARCÍA, V. (2010): “Viabilidad financiera de la empresa de negocios” Editorial Tirant Lo Blanch
- \*GARCÍA, E.; CALBACHO, F. (2011): artículo publicado en *Actualidad jurídica Uría y Menéndez* <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3360/documento/art04>
- GARCÍA, E; CALBACHO, F (2012): “La paralización de las ejecuciones individuales en situaciones preconcursales” *Actualidad jurídica Uría y Menéndez* nº 31 pp. 53-59
- \*GARCÍA-CRUCES, J. A. (2013): “El fracaso del proceso concursal ya declarado” *Revista Anuario de Derecho concursal* nº 30 pp. 11-46
- \*GARCÍA-CRUCES, J.A. (2011): “La liquidación concursal” *Estudios de Derecho Concursal* Editorial Cívitas Thomson Reuters
- \*GARCÍA-CRUCES, J. A. dir. (2013): “Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis: autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial” Editorial Bosch
- \*GARCÍA-CRUCES, J.A. (2013): “Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada” *Revista Anuario de Derecho Concursal* nº 28 pp. 31-68
- GARCÍA-CRUCES, J. A. (2013): “La responsabilidad concursal” en “la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles” ROJO, A.; BELTRÁN, E. directores
- \*GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1984): “Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho” Editorial Cívitas
- \*GARCÍA DE ENTERRÍA, L.; VELAZQUEZ, J. (1996): “Los delitos societarios. Un enfoque mercantil” Editorial Cívitas
- GARCÍA-VILLARRUBIA, M. (2011): “Cuestiones problemáticas relacionadas con el trámite de oposición al convenio en el concurso de acreedores” pp. 209-214 *Revista actualidad jurídica Uría y Menéndez* nº extraordinario homenaje a Juan Luis Pradas
- GARCIMARTÍN, F. J. (2010): “La eficacia en España de los “Schemes of arrangement ingleses” *Revista de Derecho concursal y paraconcursal* nº 13 pp. 383-398

- \*GARNACHO, L. (2012): “Resolución del Parlamento Europeo de 18 de mayo de 2010 sobre cuestiones deontológicas relativas a la gestión de empresas.” *Revista de Derecho de sociedades* n°37 pp. 535-536
- GARNACHO, L. (2014): “Naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal” *Revista de Derecho concursal y paraconcursal* n° 20 pp. 215-235
- GARRETA, J. M. (2014): “La diligencia y responsabilidad de los administradores y la contabilidad” Editorial Marcial Pons
- \*GARRIDO, V.M. (1991): “Estudios sobre la sociedad anónima” Editorial Cívitas
- GARRIGUES, (2012): “Novedades reestructuraciones e insolvencias” <http://www.garrigues.com/es/publicaciones/Boletines/Documentos/Novedades-RI-L-2012>
- \*GIRGADO, P. (2002): “La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores de una empresa en grupo” Editorial Marcial Pons
- \*GÓMEZ, F. (2004): “Administración concursal” Editorial Ciss
- GÓMEZ, M.A.; GÓMEZ, M. A.; MÁRQUEZ, R. (2012): “Ley concursal y legislación complementaria” Editorial Colex
- GONDRA, J. M. (2010): “La teoría contractual de la sociedad anónima: una aproximación a sus fundamentos teórico-económicos” *Revista de Derecho mercantil* n° 278 pp. 1171-1233
- GONZÁLEZ, E. (2003): “Los intereses tutelados en la nueva ley” *El Derecho Editores/ Boletín Legislación El Derecho* n° 306
- \*GONZÁLEZ, M. B. (2004): “La sociedad unipersonal en el Derecho español (S.A.; S.R.L.; S.L.N.E.)” Editorial La Ley
- GONZÁLEZ, A. (2010): “Dirección estratégica de la PYME” en ALCALÁ, M. A. “Creación, gestión estratégica y administración de la PYME”
- GONZÁLEZ, J. M. (2011): “Acortando plazos: el procedimiento abreviado en el Proyecto de Reforma Concursal” *Revista de Derecho concursal y paraconcursal* n° 15 pp. 377-388
- GONZÁLEZ, I. (2013): “Primeras reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores sociales en la propuesta de código mercantil” *Revista de Derecho de sociedades* n° 41 pp 331-377
- \*GONZÁLEZ, I. (2014): “El conflicto de intereses de los administradores sociales y su eventual responsabilidad concursal” *Revista de Derecho concursal y paraconcursal* n° 20 pp 237-262
- \*GONZÁLEZ, I.; ESTUPIÑÁN, R. (2009): “La figura del empresario individual de responsabilidad limitada al hilo de una proposición de ley de mayo de 2008” *Revista de Derecho de sociedades* n° 32 pp. 341-356
- GOODMAN, J. (1998): “Defining the new professional: the family business conselor” *Family Business Review* n° 11 (4) 349-354
- GROSS-BROWN, S. (2012): “Deberes de los administradores en el derecho comparado: el deber de diligencia y el business judgement rule” *Revista de Derecho de sociedades* n° 37 pp 307-320
- GUERRA, G. coord. (2011): “La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital” Editorial La Ley
- GUERRERO, C. (2011): “La business judgment rule en los procesos de M&A” *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil* n° 2010/32 Universidad Complutense, disponible en <http://eprints.ucm.es/11914/1>
- GUERRERO, C. (2011): “Cómo salvar mi negocio. Guía para reestructurar con éxito su empresa” FC Editorial

- \*GUIRAL, A.; ANGULO, J.A. (2005): “Informe de auditoría y comportamiento de los analistas de riesgos: el modelo de revisión de creencias” *Revista Española de Financiación y Contabilidad* nº 125
- GURREA, A. (2012): “La importancia del informe de auditoría en la calificación del concurso de acreedores” *Revista Anuario de Derecho concursal* nº26 pp 273-288
- GUTIÉRREZ, A. (2011): “La reforma del convenio concursal” *Revista de Derecho concursal y paraconcursal* nº 15 pp. 75-90
- GUTIÉRREZ, A. (2012): “Falta de depósito de las cuentas y aprobación de propuesta anticipada de convenio: virtualidad del art 105.2 LC” *Revista de Derecho concursal y paraconcursal* nº 17 pp. 231-237
- HERBOSA, I.; GADEA, E.; GUTIÉRREZ, A.; LARENA, J.; MONJE, O (2012): “Mecanismos de prevención y reorganización de PYMES ante una eventual situación de concurso” *Bizkailab Universidad de Deusto, Diputación Foral de Bizkaia*
- HERMOSILLA, R. y RODRÍGUEZ, D. (2013): “Memento Concursal” Editorial Francis Lefevre
- \*HERNÁNDEZ, M. (2012): “Solicitud de concurso: la solicitud anticipada” *Tratado Judicial de la Insolvencia Tomo I* Editorial Aranzadi
- HERNÁNDEZ, J. (2009): “El presupuesto objetivo del concurso y fundamento de la solicitud” Editorial Tirant Lo Blanch
- HERNANDO, J. (2013): “Calificación del concurso y coexistencia de las responsabilidades concursal y societaria. La Ley 38/2011, de 10 de octubre, y la primera jurisprudencia del tribunal Supremo” Editorial Bosch
- HERNANDO, L. (2009): “El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales. La regla del buen juicio empresarial” Editorial Marcial Pons
- HERNANDO, L. (2010-2012): “La configuración estatutaria del deber de diligente administración” *Revista de Derecho de sociedades* nº 34 pp. 125-165
- HÖLDERL, F.; HORST, A. (2005): “El convenio en la quiebra” Editorial Tirant lo Blanch
- HOLGER, LL. M. (2002): “La “business judgment rule” a la luz de la comparación jurídica y de la economía del Derecho” *Revista de Derecho mercantil* nº 246 pp. 1727-1754
- HONIG, B.; KARLSSON, T. (2004): “Institutional forces and the written business plan” *Journal of management*, 30 (I) pp. 29-48  
<http://dx.doi.org/10.1016/j.jm.2002.11.00>
- HOPT, K. J.; STEFFEK, F (2010): “La reforma del Derecho de Insolvencia: la perspectiva alemana y europea” *Revista Anuario de Derecho concursal* nº 21 pp. 565-586
- HORMOZI, A.M. ; SUTTON, G.S. ; McMINN, R. D. ; LUCIO, W. (2002): “Business plans for new or small business: paving the path to success” *Management decision*, 40 (7/8) pp. 755-763 [http:// dx.doi.org/10.1108/00251740210437725](http://dx.doi.org/10.1108/00251740210437725)
- HORST, A. (2005): “El convenio en la quiebra y en la Ley Concursal” Editorial Tirant Lo Blanch
- HUALDE, I. (2014): “Las soluciones a la situación de insolvencia. Un análisis jurisprudencial y económico” coordinador Editorial Aranzadi
- \*HUBIN, J. (2010): “La recuperación de las empresas en dificultades y la crisis financiera: la ley belga de 31 de enero de 2009, sobre continuidad de las empresas” *Revista de Derecho concursal y paraconcursal* nº 13 pp. 445-466
- HURTADO, J. (1998): “La responsabilidad de los administradores societarios: estudio de su problemática en la praxis judicial” Editorial Atelier Mercantil

- \*IGARTUA, F. (2005): "Deberes de los administradores (reforma de la L.S.A. por la Ley de Transparencia" Revista de Derecho de sociedades nº 24 pp. 75-89
- IRIBARREN, M. (2005): "El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital" Editorial Cívitas
- JACQUET, T. (2011): "La propuesta anticipada de convenio" Tesis Doctoral on line
- \*JACQUET, T. (2013): "Acuerdos de refinanciación versus propuesta anticipada de convenio" Revista de Derecho concursal y paraconcursal nº 18 pp. 107-123
- JORDÁ, R. (2013): "La protección de los acreedores en la reducción de capital de la sociedad de responsabilidad limitada" Editorial Aranzadi
- \*JORDANO, F. (1987): "La responsabilidad contractual" Editorial Cívitas
- \*JORDANO, F. (1994): "La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento" Editorial Cívitas
- KAORU, T.; MIKI, T. (2010): "Dynamic DEA: A slacks-based measure approach" Omega-International Journal of Management Science, 38 (3-4) pp. 145-156  
<http://dx.doi.org/10.1016/j.omega.2009.07.003>
- KARSTEN, H. C. (2011). "La reforma concursal alemana de 2011" Revista de Derecho concursal y paraconcursal nº 15 pp. 509-510
- \*LACRUZ, J. L. y otros (2002): "Derecho de obligaciones. Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito" Vol. II, edición segunda revisada y puesta al día por RIVERO, F. Editorial Dykinson
- LAITINEN, E. K. (2011): "Assessing viability of finnish reorganization and bankruptcy firms" European Journal of law and economics nº 31 pp. 156-198
- LANDETA, J. (1992): "Información subjetiva para la decisión: el método Delphi" Tesis Doctoral
- LANDETA, J. (1999): "El método Delphi. Una técnica de previsión para la incertidumbre" Editorial Ariel Practicum
- \*LANDWELL ABOGADOS (2003): "Factbook responsabilidad de administradores y directivos" Editorial Aranzadi
- LARA, R. (2004): "Concreciones y ampliaciones en el contenido del informe de gestión: el desarrollo de la exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación de la sociedad, y el necesario reflejo de la gestión del riesgo financiero" Revista de Derecho mercantil nº 252 pp. 569-596
- LARGO, R. (2008): "El convenio concursal mediante la modificación estructural de la sociedad concursada ( algunas consideraciones a los cuatro años de la entrada en vigor de la ley concursal" Revista de Derecho concursal y paraconcursal nº 9 pp. 87-114
- LINSTONE, H. A.; TUROFF, M.; HELMER, O. (2002): "The Delphi Method. Techniques and applications" <http://is.njit.edu/puhs/delphibook>
- LÓPEZ, C. (2005): "Insolvencia financiera en la Unión Europea: efecto de la legislación concursal sobre la valoración del mercado" Tesis Doctoral on line
- LÓPEZ, C.; TORRE, B.; SANFILIPPO, S. (2008): "Una aproximación teórica a la solución de los problemas de insolvencia empresarial" Universidad de Cantabria  
<http://www.aedm-virtual.com/articulos/iedee>
- LÓPEZ, C.; TORRE, E.; SANFILIPPO, S. (2011): "¿Puede una ley concursal ser eficiente?. Una aproximación conceptual a la solución de los problemas de insolvencia" Dialnet
- LÓPEZ, C.; GARCÍA, M; TORRE, B. (2007): "Implicaciones financieras de la legislación concursal: una comparativa europea" Revista de contabilidad vol. 9 nº 18 pp. 111-143

- LÓPEZ, A. (2012): “Claves de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad concursal o frente a la masa” Diario La ley nº 7917 Editorial La Ley 8243/2012
- MACHADO, J. (2013): “La responsabilidad de los administradores sociales en el ámbito contable” en “La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles” dirección ROJO, A.; BELTRÁN, E. Editorial Tirant Lo Blanch
- MADRID, A. (2012): “Paraconcursalidad y crisis financiera en el marco norteamericano y español” Revista de Derecho concursal y paraconcursal nº 17 pp. 279-297
- \*MANCHADO, R. (2012): “Contestaciones recibidas a la consulta sobre el futuro del Derecho de Sociedades Europeo planteada por la Comisión Europea Dirección General del Mercado interior y servicios” Revista de Derecho de sociedades nº 39 pp. 649-655
- MANZANEQUE, M. (2006): “Caracterización y predicción de los desenlaces del fracaso empresarial” Tesis Doctoral on line
- MARCUS, G. (2011): “El derecho de insolvencia norteamericano en un contexto global” Revista de Derecho concursal y paraconcursal nº 15 pp. 545-551
- MARÍN DE LA BÁRCENA, F. (2005): “La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital: art. 135 LSA” Editorial Marcial Pons
- MARÍN DE LA BÁRCENA, F. (2013): “Responsabilidad concursal” Revista Anuario de Derecho concursal nº 28 pp. 103-160
- \*MARINA, A. (2013) “Información financiera y preconcursalidad” Revista de Derecho concursal y paraconcursal nº18 pp. 67-91
- MARQUES DE ALMEIDA, J. J. (1999): “La información financiera prospectiva y su análisis: el auditor ante un horizonte de incertidumbre” Tesis Doctoral on line
- MARSH, D. (2013): “A straightforward guide to bankruptcy, insolvency and the law” Straightforward Publishing
- \*MARSHALL, J. (2005): “European cross border insolvency” London.Sweet & Maxwell
- MARTÍ, J. (2005): “El ejercicio de la acción de responsabilidad del administrador societario” <http://www.bufetejmarti.com>
- MARTÍ, J. M. (2010): “Guía para la planificación en la pyme: las decisiones empresariales en la pequeña y mediana empresa española” documento apoyado en la Tesis Doctoral on line
- \*MARTÍN, R; MATEOS, A. (2009): “La responsabilidad de empresas y administradores con la seguridad social” Editorial Aranzadi cizur menor
- \*MARTÍN, M. A. (2010): “La insolvencia de las sociedades de capital y la exigencia de responsabilidad a sus administradores” Revista de Derecho mercantil nº 277 pp. 835-898
- MARTÍN, P. (2012): “La detección por terceros de la situación de preinsolvencia: prácticas perniciosas contables” Tratado Judicial de la Insolvencia Editorial Aranzadi
- MARTÍN, P. (2013): “La aplicación práctica de la nueva ley concursal tras un año de vida: el análisis de los especialistas” Editorial Dykinson
- MARTÍN, P.; CARRE, J. M. ; LOPO, M. A. coordinadores (2014): “La Ley concursal y la mediación. Un estudio conjunto realizado por especialistas” Editorial Dykinson
- MARTÍNEZ, F. (2002): “Algunos apuntes sobre el plan de viabilidad de las empresas en situación concursal” Revista Refor Economistas Forenses nº 4 pp. 27-29
- \*MARTÍNEZ, A. (2004): “El director general de las sociedades de capitales” Revista de Derecho mercantil nº 253 pp. 977- 1004

- MARTÍNEZ, M. T. (2011): “Concesión abusiva del crédito en las refinanciaciones preconcursales: su discutible margen ante la proyectada reforma de la ley concursal” *Revista de Derecho concursal y paraconcursal* nº 15 pp. 183-198
- MARTÍNEZ, M. D. (2013): “Las soluciones al concurso por vía de convenio” Editorial Thomson Reuters
- MARTÍNEZ-BUJÁN, C. (2001): “El delito societario de administración desleal” Editorial Tirant Lo Blanch
- MARTÍNEZ-CALCERRADA, L. (2004): “La responsabilidad civil: de los informáticos, auditores de cuentas, periodistas, arquitectos, peritos, médicos, peritos-médicos y judiciales, en general, administradores/consejeros de las sociedades mercantiles y de los abogados” Editorial Codex
- MAX SAFLEY, T. (2013): “The history of bankruptcy: economic, social and cultural implications in early modern Europe” Routledge, London
- \*McMAHON, R.; HOLMES, S. (1989): “Small Business Financial Management Practices in North America: A literature review” *Journal of Small Business Management*
- McMILAN, L. (2013): “The business judgment rule as an immunity doctrine” *William & Mary Business Review* <http://scholarship.law.wm.edu/wmblr/vol4/iss2/5>
- \*MEGÍAS, J. (2012): “El abuso a la minoría y el interés social” *Revista de Derecho de sociedades* nº 39 pp. 425-446
- MELERO, L. V. (2011): “Hacia la societarización de la administración concursal” *Revista de Derecho concursal y paraconcursal* nº 15 pp. 249-260
- \*MÉNDEZ, R. M.; VILALTA, E. (2001): “Acciones de responsabilidad de los administradores en la S. A. y S. L.” Editorial Bosch
- \*MENÉNDEZ, A. director (2005): “Lecciones de derecho mercantil” Editorial Thomson Cívitas
- MENÉNDEZ, F. J. (2009): “La oposición a la aprobación del convenio concursal” Editorial Tirant lo Blanch
- MIQUEL DE, J. (2012): “La pieza de calificación en el concurso de acreedores. Concurso fortuito, concurso culpable” Editorial Bosch
- MIRANDA, L.M. (2014): “Morosidad y Ley 11/2013 de medidas de apoyo al emprendedor” *Revista de Derecho concursal y paraconcursal* nº20 pp. 93-132
- MITCHELL, W.; BERCOVITZ, J. (2007): “When is more better? The impact of business scale and scope on long-term business survival, while controlling for profitability” *Strategic management journal* vol 28, nº 1 pp. 61-79
- MOLINA, H. (1997): “La planificación de la auditoría” *Registro de Economistas Auditores*
- MONTOYA, J. (2008): “La vertiente cualitativa de la materialidad en auditoría: marco teórico y estudio empírico para el caso español” Tesis Doctoral on line
- \*MONTOYA, A. (2013): “Derecho laboral concursal” Editorial Cívitas
- MOORE, R. (1987): “Prediction of bankruptcy using financial ratios, information measures, national economic data and Texas economic data” UMI, Ann Arbor, Michigan
- MORA, A. (1995): “Utilidad de los modelos de predicción de la crisis empresarial” *Revista de Finanzas y Contabilidad*
- MORALES, J. (2013): “La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles en situación de pérdidas y de insolvencia” Editorial Tirant Lo Blanch
- MORÁN, D. (2006): “Guía legislativa de UNCITRAL sobre el régimen de insolvencia” coordinador Monografía nº 5 Editorial La Ley

- \*MORENO, J. D. (2010): “Entre la paraconcursabilidad y la jurisdiccionalidad del concurso: (la declaración de concurso a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo)” *Revista Anuario de Derecho concursal* nº 21 pp. 163-176
- MORENO, I.; SIERRA, G. (2005): “La necesaria ampliación del marco de análisis sobre los riesgos empresariales en contabilidad” *Universidad de Sevilla* <http://www.ti.usc.es/lugo-xiii-hispano-lusas>
- MORENO, E. (2011-2012): “La financiación y el espíritu empresarial de nuevo en la mesa de debate comunitaria” *Revista de Derecho de sociedades* nº 36 pp. 643-649
- MORENO, E. (2012): “La posición jurídica del órgano de administración de las sociedades de capital en concurso” *Tesis Doctoral on line*
- MORILLAS, M. J. (2002): “Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital” *Editorial La Ley*
- MOSSMAN, C.; BELL, G., SWARTZ, L.; TURTLE, H. (1998): “An empirical comparison of bankruptcy models” *The Financial Review* nº 33
- MOYA, A. (2007): “La responsabilidad penal de los administradores y otras formas delictivas” *Editorial Bosch*
- \*MOYA, A. (2009): “La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes (con la repercusión de los Juzgados de lo mercantil en la “acumulación de acciones”, y la influencia de la crisis económica en el incremento de los concursos de acreedores y en la responsabilidad de las empresas concursadas” *Editorial Bosch*
- MOYA, A. (2010): “La responsabilidad penal de los administradores. Delitos societarios y otras formas delictivas (adaptado a la ley 5/2010 de reforma del código penal)” *Editorial Bosch*
- MOYA, A. (2012): “La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes” (8ª edición) *Editorial Bosch*
- MOYA, A. (2012): “La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes adaptado a la ley de sociedades de capital, a la ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la ley concursal y al Real Decreto ley 9/2012 de 16 de marzo que modifica la Ley de Sociedades de Capital” *Editorial Bosch*
- \*MOYA, J. (2009): “El plazo de prescripción aplicable a la acción individual de responsabilidad de administradores de sociedades de capital (comentario a la STS de 3 de julio de 2008)” *Revista de Derecho de sociedades* nº 33 pp. 279-291
- \*MOYA, J. (2010): “La responsabilidad de los administradores de sociedades en situaciones de crisis” *Editorial La Ley*
- MOYA, J. (2011): “La responsabilidad de los administradores de sociedades en situaciones de crisis” *Editorial La Ley*
- MUÑOZ, A. (2006): “Crisis empresariales. La función de los auditores y el deber de alerta en las sociedades de capital” *Gobierno corporativo y crisis empresariales, seminario Harvard-Complutense de Derecho mercantil* pp. 157-176
- \*MUÑOZ, A. (2007): “La responsabilidad civil preconcursal de los administradores en las sociedades de capital. Efectos del convenio concursal societario” *Revista de Derecho de sociedades* nº 28 pp. 183-215
- MUÑOZ, A. (2012): “El requisito de probar la insolvencia del deudor” *Editorial Noticias jurídicas. Artículos Doctrinales de Derecho mercantil*
- MUÑOZ, M. (2012): “La administración concursal tras la reforma de 2011: una perspectiva práctica” *Editorial Tirant lo Blanch*
- \*MUÑOZ, A. (2013): “Protocolo concursal” *Editorial Paredes*
- MUÑOZ DE BENAVIDES, C. (2011): “La finalidad del concurso de acreedores. Reformas introducidas por la ley 38 / 2011” *Editorial La Ley 19609/2011*



- \*NEILA, J. M. (2002). “Manual de responsabilidad penal de los administradores de las sociedades de capital” Editorial Edersa
- NEILA, J. M. (2012): “La responsabilidad penal de los delitos cometidos por los administradores sociales y personas jurídicas /adaptado a la Ley de Sociedades de Capital, a la reforma del Código Penal de 2010 y a las medidas de agilización procesal así como al Real Decreto Ley 9/2012 de 16 de marzo)” Editorial Bosch
- NIETO, C. (2012): “Soluciones societarias ante la insolvencia: el aumento y reducción del capital social. La operación acordeón como mecanismo de reestructuración empresarial” Tratado Judicial de la Insolvencia Tomo I Editorial Aranzadi
- NIETO, C. (2013): Memento Concursal Editorial Francis Lefevre
- NÚÑEZ-LAGOS, A. (2003): “El convenio del concurso: contenido y procedimiento” Revista Actualidad Jurídica Uría y Menéndez nº 6 pp. 35-50
- \*NÚÑEZ-LAGOS, A. (2007): “Restricciones en el mercado español de deuda concursal: el art 122.1.2º de la ley concursal” Revista de Derecho concursal y paraconcursal nº 7 pp. 129-140
- \*OLIVENCIA, M. (2006): “Presentación del libro recomendaciones del buen gobierno de las empresas familiares” Revista de Derecho mercantil nº 262 pp. 1441-1446
- OLIVENCIA, M. (2009): “Del concurso en tiempos de crisis: una reforma ortopédica” Revista de Derecho concursal y paraconcursal nº 11 pp. 23-34
- OLIVENCIA, M. (2012): “Los motivos de la reforma de la ley concursal” Revista de Derecho concursal y paraconcursal nº 17 pp. 23-30
- OLMEDO, E. (2014): “La responsabilidad contable en el gobierno corporativo de las sociedades de capital” Marcial Pons
- ONU ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (2006): “Guía legislativa sobre el régimen de Insolvencias” Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
- ORELLANA, N. (2012): “Comentario práctico a la nueva Ley Concursal” Coordinadores López, E. y Macías, A. Editorial La Ley
- \*ORELLANA, N. (2012): “El concurso laboral” dirección Editorial La Ley
- \*ORIOL, J. (2011): “Los deberes y la responsabilidad de los administradores” en “La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles” ROJO, A; BELTRÁN; E. directores Editorial Tirant lo Blanch
- ORIOL, J. (2013): “Contratación hipotética y leyes concursales” Revista Anuario de Derecho concursal pp. 193-206
- ORTIZ, C. (2013): “Anteproyecto de ley de apoyo a emprendedores, su internacionalización y segunda oportunidad” Revista de Derecho concursal y paraconcursal nº 19 pp. 407-409
- ORTIZ, A. (2013): “La mediación en el concurso de acreedores: reflexiones y estrategias” [http:// www.diariojuridico.com](http://www.diariojuridico.com)
- ORTIZ DEL VALLE, M.C. (2005): “La administración delegada de las sociedades anónimas. Estudio del artículo 141 de la Ley de Sociedades Anónimas” Tesis Doctoral on line
- OTXOA-ERRATE, R. (2010): “La responsabilidad de los socios por la infracapitalización de su sociedad” Editorial Aranzadi
- PALAO, J. M. (2010): “La insolvencia inminente” Tesis Doctoral
- PALAO, J. M. (2011): “La insolvencia inminente: (análisis comparativo español y alemán)” Revista Anuario de Derecho concursal nº 24 pp. 179-190
- PALAO, J. M. (2013): “La insolvencia inminente y el sistema concursal preventivo” Editorial Bosch

- PANTALEÓN, F.; FERNÁNDEZ, B. (2009): “Aplicación de la Ley Concursal” Editorial Fundación de Estudios Financieros papeles de trabajo nº 33
- \*PAREJO, D. (2012): “¿Existe obligación de convocar junta general de una sociedad en caso de concurrencia de causa legal de disolución por pérdidas estando la misma en concurso?” *Revista de Derecho de sociedades* nº 38 pp. 333-340
- PARRA, F.(1993): “La empresa contra sí misma: la perentoria necesidad de una nueva formación empresarial como salida de la crisis” Editorial Deusto,
- PARRA, F. (1997): “La formación del directivo empresarial como variable estratégica del cambio” pp. 217-245 <http://file.IIIC:users>
- PASTOR, D. (2014): “Informes de la administración concursal” Editorial Tirant Lo Blanch
- \*PASTRANA, J. M. (2010-2012): “Modelo de auditoría legal (due diligence) en operaciones de adquisición societaria” *Revista de Derecho de sociedades* nº 34 pp. 295-302
- \*PATÓN, G. (2014): “La liquidación de empresas en crisis. Aspectos mercantiles, laborales y fiscales” coordinadora Editorial Bosch
- PAZ-ARES, C. (1994): “La infracapitalización. Una aproximación contractual” *Revista de Derecho de sociedades* nº extra pp. 253 y ss
- PAZ-ARES, C. coord. (1997): “Tratado de la sociedad limitada” Fundación Cultural del Notariado
- PAZ-ARES, J. C. (2003): “la responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo” *Revista de Derecho de sociedades* nº 20 pp. 67-109
- PAZ-ARES, C. (2007): “Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo” Colegio de Registradores de la Propiedad
- \*PEDREÑO, F. y BARÓ, A. (1998): “Derecho concursal: la suspensión de pagos” Editorial Cedecs
- \*PEINADO, J. I. (2006): “Cooperación y pillaje en el concurso” <http://www.cremadescalvosotelo.com>
- \*PENA, J. M. (2004): “Función, naturaleza y sistema de responsabilidad civil aquiliana en el ordenamiento jurídico español” *Revista de Derecho comparado* año nº 88 pp. 174-208
- \*PEREYRA, A. S.(2004 ): “La continuación de la explotación de la empresa en quiebra y la cooperativa de trabajadores ¿realidad o utopía?” Instituto de Derecho Concursal Colegio de Abogados de Rosario <http://www.estudioton.com.ar/congresos>
- \*PÉREZ, A. I. (1997): “La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución” Editorial Cedecs
- PÉREZ, E. F. (2000): “El deber de diligencia de los administradores de sociedades” *Revista de Derecho de sociedades* nº 14 pp. 275-324
- \*PÉREZ, E. F.; RAMOS, M. E. (2007): “El seguro de responsabilidad de administradores y altos ejecutivos: D.O. en España y Portugal a la luz de los regímenes de responsabilidad de los administradores” *Revista de Derecho de sociedades* nº 28 pp. 257-293
- \*PÉREZ, A. (2012): “Ejercicio del derecho de información y sociedades cerradas: (en torno a la SSTs de 30 de noviembre de 2011 y de 16 de enero de 2012)” *Revista actualidad civil* nº 17-18
- PÉROCHON, F. (2011): “La predicción de las crisis en el derecho francés” traducción Montero *Revista de Derecho concursal y paraconcursal* nº 15 pp. 5 11-521
- PERRY, S.C. (2001): “The relationship between written business plan and the failure of small business in the U.S.A” *Journal of small business management*, 39 (3) pp. 201-208 <http://dx.doi.org/10.1111/1540-627X.00019>

- PINDADO, J.; RODRIGUEZ, L.; DE LA TORRE, C. (2008): “ How do insolvency codes affect a firms’s investment? *Internacional Review of law and economics* 28 pp. 227- 228
- PINKAS, B. (2008): “Eficiencia y racionalidad en el sistema concursal. El caso peruano” Tesis Doctoral on line
- PINSON, L. (2005): “Anatomy of a business plan: a step-by-step guide to building a business and securing your company’s future” Chicago, IL, Kaplan Publishing
- POLO,F coord.(2012): “Fundamentos de auditoría de cuentas” Editorial Pirámide
- POMPE, P.P.M.; BILDERBEEK, J. (2005): “The predition of bankruptcy of small and medium sized industrial firms” *Journal of Business Venturing* 20 pp. 847-868
- POZUELO, J.; LABATUT, G.; VERES, E. (2013): “validez de la información financiera en los procesos de insolvencia. Un estudio de la pequeña empresa española” *Cuadernos de Economía y Dirección de la Empresa* pp. 29-40
- PRADES, D. (2011): “La responsabilidad del gestor en las sociedades de capital: exigencia legal al administrador (Jurisprudencia del Tribunal Supremo e influencia en el desempleo” Tesis Doctoral
- PRENDES, P. (2012): “La responsabilidad civil de los administradores de sociedades capitalistas. Armonización con el sistema de responsabilidad concursal” *Tratado Judicial de la Insolvencia* Editorial Aranzadi
- \*PRZEMYSŁAW, K.(2012): “The IASB’S Management . Commentary and modern paradigms of management” [http:// www.ccsnet.org/ijbm](http://www.ccsnet.org/ijbm)
- PULGAR, J. (2012): “La financiación de empresas en crisis” *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho mercantil* <http://www.ucm.eprints>
- PULGAR, J. (2012): “El concurso de acreedores. Reforma ley 38/2011” dirección Editorial La Ley
- PULGAR, J. (2012): “Preconcurso y acuerdos de refinanciación” en “El concurso de acreedores. Adaptado a la ley 38/2011 de 10 de Octubre de reforma de la ley concursal” Editorial La Ley
- PULGAR, J. (2013): “Reforma concursal, satisfacción de acreedores y reestructuración de empresas en crisis” *Revista on line del Colegio Notarial de Madrid* nº 41
- PULGAR, J. (2013): “Refinanciación de deuda: un enfoque contractualista versus concursalista de la insolvencia” en “Conservación de empresas en crisis” ARIAS, F. J. director *Monografía nº 17* Editorial La Ley pp. 3-29
- PULGAR, J. (2014): “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores” *Revista de Derecho concursal y paraconcursal* nº 20 pp. 43-72
- PUYOL, B. (2004): “La responsabilidad concursal de los administradores” *Corporate Governance conflicts and corporate insolvency II Harvard-Complutense Seminar on Business Law* [http://www.pendientedemigracion.ucm.es/info/mercantil/documentos/comunicaciones\\_blanca\\_puyol.pdf](http://www.pendientedemigracion.ucm.es/info/mercantil/documentos/comunicaciones_blanca_puyol.pdf)
- \*QUIJANO, J. (2002): “La responsabilidad de los administradores por la no disolución de la sociedad y las causas de exoneración” *Revista de Derecho de sociedades* nº 19 pp. 73-87
- QUIJANO, J. (2013): “La responsabilidad concursal tras la Ley 38/2011 de reforma de la ley concursal” *Revista de Derecho concursal y paraconcursal* nº 18 pp. 51-66
- \*RAMÍREZ, J.A. (1998): “La quiebra” Tomo I y II (2ª edición) Bosch Editorial
- RAMOS, I. (2006): “El estándar mercantil de diligencia: el ordenado empresario” *Revista Anuario de Derecho civil* pp. 195-226

RAPOSO, J.M. (2008): “El nuevo acuerdo de capital de Basilea. Estimación de un modelo de calificación de pequeñas y medianas empresas para evaluar el riesgo de crédito” Tesis Doctoral on line

\*RECALDE, A. (1993): “Deberes de fidelidad y exclusión del socio incumplidor en la sociedad civil” Editorial La Ley

RECALDE, A. (2003): “Los administradores de las sociedades anónimas en un entorno de Buen Gobierno” R-V-E-H nº 7 I/2003

RECAMÁN, E. (2012): “Responsabilidad de administradores de sociedades en crisis en EEUU (Directors liability in a crisis context in american law)” Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil Universidad Complutense nº 2012/56

REGISTRO GENERAL DE AUDITORES (2012): “Manual de Auditoría” Ediciones Francis Lefevre

RENART, M. A. (2007): “Una propuesta alternativa a la valoración del riesgo de fracaso empresarial mediante la elaboración y aplicación a priori de modelos de predicción y alerta de crisis” Revista de Centro de Estudios Financieros, Contabilidad y Tributación pp. 111-162

RIBAS, V. (2004): “Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades” Tesis Doctoral on line

RIBAS, V. (2010): “El deber de lealtad del administrador de sociedades” Editorial La Ley

RIBAS, V. (2012): “Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital” Revista de Derecho de sociedades nº 38 pp. 73-154

\*RICHARD, H. (2004): “Tempestividad en la presentación del concurso” Editorial Astrea

\*ROCA, E. (2009): “El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal supremo español” InDret 4/2009

\*RODRÍGUEZ, F. (2003): “Sociedad de responsabilidad limitada y empresa familiar (notas sobre una reforma de la S.R.L.)” Revista de Derecho de sociedades nº 21 pp. 15-38

RODRÍGUEZ, J.C. (2004): “Sobre el concepto de insolvencia en la nueva Ley. Exégesis del artículo 2” <http://www.rodriguezmaseda.com7documentos>

\*RODRÍGUEZ, I. (2005): “El concurso de las sociedades personalistas” Revista de Derecho mercantil nº 257 pp. 973-1036

\*RODRÍGUEZ, I. (2012) “La acción contra los socios personalmente de las deudas de la persona jurídica declarada en concurso en la ley de reforma de la ley 22/2003 de 9 de julio” Revista de Derecho de sociedades nº 37 pp. 323-332

\*RODRÍGUEZ, I. (2013): “La responsabilidad del representante del administrador persona jurídica en el concurso culpable” Revista Anuario de Derecho concursal nº 30 pp. 139-180

\*RODRÍGUEZ, S. (2012): “Instrumentos de tutela de los acreedores sociales en las operaciones de escisión” Revista de Derecho de sociedades nº 39 pp. 19-50

RODRÍGUEZ, C. (2012): “Los acuerdos de refinanciación en la Reforma Concursal 2011” Editorial Bosch

RODRÍGUEZ, C.; ESMERATS, I. (2014): “Administración concursal, mediación y acuerdo extrajudicial de pagos” Editorial Bosch

RODRÍGUEZ, D.; HUERTA; M. I. (2008): “La responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital: en las leyes de sociedades anónimas, de sociedades de responsabilidad limitada, de sociedad limitada nueva empresa, concursal y general tributaria” Editorial Aranzadi Cizur menor

- \*RODRÍGUEZ, D.; HUERTA, M. I. (2012): “Responsabilidades de los administradores de las sociedades de capital en crisis. En las leyes de capital, concursal, general tributaria y de responsabilidad medio ambiental” Editorial Aranzadi Cizur menor
- RODRÍGUEZ-VILARIÑO, M. L. (2009): “Solvencia y liquidez en la época de crisis: un análisis empírico” *Revista de Contabilidad* nº 16 pp. 47-60
- \*ROEMER, A. (1994): “Introducción al análisis económico del derecho” Instituto Tecnológico Autónomo de México
- ROJAS, J.; BERTRAN, S. (2010): “El plan de viabilidad: guía práctica para su elaboración y negociación” coordinadores Editorial Profit
- ROJAS, J. (2003): “¿Qué es una empresa viable?” *Revista Refor* (Revista de Economistas Auditores Forenses) nº 5 pp. 11-15
- ROJO, A.; BELTRÁN, E. directores (2008): “La responsabilidad de los administradores” Editorial Tirant Lo Blanch
- ROJO, A. (2011): “Análisis económico financiero de la empresa” grupo Editorial Garceta
- ROJO, A.; BELTRÁN, E. directores (2011): “La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles” Editorial Tirant Lo Blanch
- ROJO, A. (2012): “Las cuentas anuales de la empresa” grupo Editorial Garceta
- ROJO, A., BELTRÁN, E. (2013): “La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles” directores Editorial Tirant lo Blanch
- \*RONCERO, A. (2002): “El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima: sujetos, interés y riesgo” Editorial Aranzadi
- \*RONCERO, A. (2009): “Comentarios a las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2008 sobre la retribución de administradores. Grado de concreción del sistema retributivo de los administradores en los estatutos sociales de la sociedad anónima.” *Revista de Derecho de sociedades* nº 32 pp. 79-98
- RONCERO, A. (2010): “La sociedad unipersonal como forma de organización de la pequeña y mediana empresa” en ALCALÁ, M. A. “Creación, gestión estratégica y administración de la PYME”
- ROUILLON, A. (2007): “El cambio del paisaje concursal a comienzos del s XXI” *Revista Anuario de Derecho concursal* vol. 11 pp 256-261
- ROWE, G.; WRIGHT, G. (1999): “The Delphi technique as a forecasting tool: issues and analysis” *International Journal of Forerecasting* <http://www.forecastingprinciples.com/files/delphi>
- RUBIO, P.J. (2006): “Prevención de la insolvencia y propuestas de reforma” *Revista de Derecho concursal y paraconcursal* nº 4 pp. 187-210
- RUBIO, P. J. (2012): “La liquidación concursal” en *El concurso de acreedores adaptado a la ley 38/2011* dirección PULGAR, J. Editorial La Ley pp. 435-516
- RUBIO, J. (2010): “El deber legal de solicitud del concurso y el patrón de conducta de los administradores de la sociedad insolvente” *Revista Anuario de Derecho concursal* nº 21 pp 81-130
- RUEDA, J.A. (2004): “Diagnóstico y respuesta ante la crisis empresarial (especial referencia al nuevo proceso empresarial)” Editorial Club Universitario
- RUIZ, J. I. (2005): “La responsabilidad judicial de la dominante” en “La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles” coord. VILATA, S. Consejo General del Poder Judicial
- RUIZ, S.; LÓPEZ, F. J. (2003): “La aplicación del principio de empresa en funcionamiento. Valoración de la opinión de auditoría” *Revista Técnica Contable* nº 652 pp. 4-16

- RUIZ, D. (2010): “La solvencia empresarial. Pirámides de ratios vs. Marco teórico” Tesis Doctoral on line
- RUIZ, D. (2010): “El análisis de solvencia convencional. Problemas e implicaciones” Universidad de Málaga <http://www.eaca.es/xivencuentroaeca/cd/74><sup>a</sup>
- SABOGAL, L. F. (2012): “El margen discrecional de los administradores en Colombia: ¿es aplicable la “Regla del Buen Juicio Empresarial” (Business Judgment rule) en el ámbito de su deber de diligencia? *Revist@-Mercatoria* vol. 11 nº 1
- SAÉZ-SANTURTÚN, J. (2010): “Efectos de la legislación concursal en la crisis empresarial. Luces y sombras” *Revista on line de Notariado*. Conferencia dictada en la Academia Matritense del Notariado
- SAFÓN, V. (2002): “Estrategia de supervivencia: aspectos de formulación” *Revista Refor de Economistas Forenses* nº 4 pp. 19-26
- SAGRERA, J.M. (1989): “Estudios de derecho concursal” Editorial Bosch
- SAINT-ALARY, H. (2005): “La prevención de las crisis económicas en el Derecho Francés” *El concurso de sociedades en el Derecho Europeo (una experiencia comparada)* pp 191-220
- \*SALDAÑA, B. (2009): “La acción individual de responsabilidad en el marco de la crisis disolutoria y concursal de la sociedad de capital: especial referencia al cierre de hecho” *Revista de Derecho mercantil* nº 274 pp. 1329-1368
- \*SALDAÑA, B. (2009): “La acción individual de responsabilidad: su significación en el sistema de responsabilidad de los administradores sociales (estudio jurisprudencial)” Editorial Tirant Lo Blanch
- SALVADOR, P.; FERNÁNDEZ, A. (2006): “Causalidad y responsabilidad” *InDret* nº 329
- \*SALVADOR, P. (2009): “Alteración de las circunstancias en el art.1213 de la Propuesta de Modernización del código civil en materia de Obligaciones y Contratos” *InDret* nº 4
- SÁNCHEZ, S. (2004): “Evidencia empírica de la estructura financiera de la pequeña y mediana empresa familiar” Tesis Doctoral on line
- SÁNCHEZ-CALERO, J. (2002): “La competencia entre la sociedad y sus directivos” *Revista de Derecho de sociedades* nº 18 pp. 21-44
- SÁNCHEZ-CALERO, J. (2005): “El presupuesto objetivo en la ley concursal” *Estudios sobre la ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia* vol. I pp. 1195-1217
- SÁNCHEZ-CALERO, J. (2011): “Sobre la diligencia de los administradores” disponible en <http://jsanchezcalero.blogspot.com.es>
- SÁNCHEZ-CALERO, J. (2012): “El fin del concurso” <http://jsanchezcalero.blogs.com.es>
- SÁNCHEZ-CALERO, J. (2013): “Crisis económica y Gobierno Corporativo” *Revista de Derecho mercantil* nº 287 pp. 63-88
- SÁNCHEZ-CALERO, F. (1995): “Perspectivas actuales del derecho mercantil” dirección Editorial Aranzadi
- SÁNCHEZ-CALERO, F. (2007): “Los administradores en la sociedad de capital” Editorial Thomson Cívitas
- SÁNCHEZ, A. (2008): “La aplicación de mecanismos de alerta temprana de la insolvencia en el ámbito deportivo” I.E. Business School
- SÁNCHEZ, A. (2014): “Aspectos concursales de la Ley de Emprendedores” en *Manual de especialización en derecho concursal*, coordinador Díaz, E. Editorial Fe d’erratas
- SÁNCHEZ, H. (2011): “El capital social: presente y futuro” Tesis Doctoral on line

- SANCHO, I. (2009): "La ley concursal y su aplicación: planteamiento general" Editorial Fundación de Estudios Financieros. Papeles de la Fundación nº 33 <http://biblioteca.cunef.edu/gestion>
- SANDFORD, B. A.; HSU, C.C. (2007): "The Delphi technique: making sense of consensus" Practical Assessment, Research & Evaluation vol. 12 nº 10 <http://www.pareonline.net/pdf>
- SANJUAN, E. (2007): "Ingeniería financiera y derecho concursal" Revista de Derecho concursal y paraconcursal nº 6 pp. 195-277
- \*SEBASTIÁN, R. (2012): "Fundamentos de Derecho empresarial. Derecho concursal" Tomo IV Editorial Cívitas
- \*SEBASTIÁN, R. (2013): "Concurso y rescisión" Editorial Tirant Lo Blanch
- \*SEBASTIÁN, R.; VEIGA, A. (2014): "Problemas actuales del concurso de acreedores" directores Editorial Cívitas
- SEGUÍ-MAS, E.; MATEOS, A.; MARÍN, M. M.; MICHAEL, M. (2011): "Factores determinantes en la predicción del fracaso empresarial en cooperativas: un análisis Delphi" [http://www.aeca1.org/pub/on\\_line/comunicaciones\\_xvcongresoaecca](http://www.aeca1.org/pub/on_line/comunicaciones_xvcongresoaecca)
- \*SENBET, L.; WANG, T. (2012): "Corporate Financial Distress and Bankruptcy: A survey" <http://ssrn.com/abstract=2034646>
- \*SENÉS, C. (2013): "La homologación de los acuerdos de refinanciación" Revista Anuario de Derecho concursal nº 30 pp. 47-74
- \*SEQUEROS, F. (2003): "Delitos societarios y conductas afines: la responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores" Editorial La Ley
- SERRA, A. J. (2003): "Las sociedades unipersonales en el Derecho español" Editorial Práctica del Derecho
- \*SERRANO, M. (2009): "Aspectos concursales del patrimonio insolvente. El concurso de acreedores tras cinco años de vigencia de la Ley Concursal" Editorial Comares
- SHAW, L. (2014): "Calificación concursal" Editorial Fe d'erratas
- SIERRA, I. (2008): "Tratado de responsabilidad civil" coordinador Editorial Bosch
- SILVA, A. (2009): "Cómo prevenir y afrontar la crisis de la empresa" <http://www.congresoconcursal.com.ar/pdfs/ponencias>
- SWIEC, A. (2013): "El plan de viabilidad en el concurso de acreedores" Editorial Fe d'erratas
- TADEO, R. J. (2005): "Comportamientos en la dirección y gobierno de la empresa familiar: análisis empírico de la profesionalización como garantía de continuidad" Tesis Doctoral on line
- TASCÓN, M.; CASTAÑO, F.J. (2012): "Variables y modelos para la identificación y predicción del fracaso empresarial: revisión de la investigación empírica reciente" Revista de Contabilidad Vol. 15 nº 1 pp. 7-58
- \*TELLES, J. (2010): "Breve estudio comparativo del derecho concursal español y brasileño" Anuario Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá III
- TERCEÑO, A., VIGIER, H. (2008): "A model for the prediction of "diseases" of firms by means of fuzzy relations. Fuzzy Sets and System" vol. 159 nº 17
- \*THERY, A.; FERNÁNDEZ, A. (2013): "Primera exclusión concursal del derecho individual de oposición de acreedores: (convenio de fusión)" Revista de Derecho concursal y paraconcursal nº 19 pp. 273-280
- TIRADO, I. (2009): "Reflexiones sobre "el interés concursal". Ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores" Revista Anuario de derecho civil vol. 62 nº 3 pp. 1055-1108
- \*TODO S.R.L. (2010-2011) Editorial Ciss

- TORO, B. (2009): “El auditor y la aplicación del principio de empresa en funcionamiento en entornos de crisis” *Revista Partida Doble* nº 214 pp 14-28
- \*TORRUBIA, B. (2013): “La responsabilidad concursal en la Ley 38/2011. Carácter sancionador y encaje en las acciones societarias” *Revista de Derecho mercantil* nº 287 pp 211-236
- URQUIZU, O. J. (2013): “La quiebra y el concurso de acreedores: origen, pervivencia y recepción en el sistema jurídico español” Tesis Doctoral on line
- VALENZUELA, J. (2007): “La responsabilidad de los administradores en la disolución y el concurso de sociedades capitalistas” Editorial Marcial Pons
- \*VALMAÑA, M. (2010): “El empresario individual. El trabajador autónomo empresario” en ALCALÁ, M. A. y AA. VV “Creación, gestión estratégica y administración de la PYME”
- VALMAÑA, A. (2011): “Las acciones contra la sociedad y su administrador. Prescripción, acumulación, competencia” Editorial Bosch
- VAN HEMMEN, E. (2000): “Posibilidades y limitaciones en la modelización económica de las salidas judiciales a la crisis empresarial. El caso español” <http://www.uam.es/otroscentros/klein/docjor/hemmen.pdf>
- VAN HEMMEN, E. (2009): “Formalismo judicial, control e incentivos en el concurso de acreedores” *Revista Estabilidad Financiera del Banco de España* nº 16 pp. 113-144
- VAN HEMMEN, E. (2009): “La duración del concurso: una interpretación económica” *Revista Anuario de Derecho concursal* nº 16 pp. 247-256
- VAN HEMMEN, E. (2009): “La ley concursal y sus efectos en las situaciones de insolvencia” en “La Ley Concursal y su aplicación” Fundación de Estudios Financieros nº 33 papeles de trabajo
- VAN HEMMEN, E. (2011): “Análisis comparativo de empresas concursadas y no concursadas con trayectoria dilatada en los mercados” *Revista Anuario de Derecho concursal* nº 23 pp. 237-260
- VAN HEMMEN, E. (2013): “¿continuidad o transición?. Valoración del sistema concursal a partir del anuario 2011 editado por el Colegio de Registradores” *Revista Anuario de Derecho concursal* nº 28 pp. 235- 244
- VAQUER, F. J. (2011): “El convenio como medio para la continuación de la actividad empresarial” *Revista Anuario de Derecho concursal* nº 24 pp 153-165
- VARGAS, P; VARGAS, J.; FERNÁNDEZ, C y BELDA, J. M. (2005): “El plan de viabilidad y la ley concursal” *Revista Partida Doble* nº 172 pp. 90-109
- \*VÁZQUEZ, C. (2011): “Ley de sociedades de capital. Doctrina y jurisprudencia” Editorial La Ley
- VÁZQUEZ, J.C. (2012): “La reforma del régimen de las Cuentas Anuales de la Sociedad de Capital en concurso” *Revista de Derecho de sociedades* nº38 pp. 19-54
- VELASCO, E. (1995): “Responsabilidad civil de los administradores” *Enciclopedia Jurídica* Editorial Cívitas
- VELAYOS, C.(2012): “Los Órganos de gobierno de la sociedad familiar” Editorial Aranzadi
- VIDAL, R; ÁLVAREZ, M.; BABÍO, M. R.; SUÁREZ, O. (2011): “La utilidad de la información narrativa: un análisis del contenido del informe de gestión” <http://www.redalyc.org>
- VIERA, A. J. (2001): “Las sociedades de capital cerradas y causas de separación y expulsión en la S.A. y en las S.R.L.” *Revista de Derecho de sociedades* nº 17 pp. 47-108



- \*VIERA, A. J. (2002): “Las sociedades de capital cerradas. Un problema de relaciones entre los tipos S.A. y S.R.L.” Editorial Aranzadi. Colección: derecho de sociedades
- VILLANUEVA, B. A. (2013): “El ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima” Tesis Doctoral on line
- VILLARROYA, M. B. (2001): “Alteraciones y manipulaciones de la contabilidad” Tesis Doctoral on line
- VILLORIA, I. (2008): “El mito de la par conditio creditorum” Revista de Derecho concursal y paraconcursal nº 9 pp. 319-326
- VIÑUELAS, M. (2011): “Responsabilidad por obligaciones sociales y responsabilidad concursal” Editorial Tirant Lo Blanch
- \*VIÑUELAS, M. (2013): “El nuevo procedimiento de “sauvegarde financière accélérée” en derecho francés” Revista Anuario de Derecho concursal nº 29 pp. 367-387
- VITOLO, D. EMBID, J. M. (2011): “Derecho de sociedades y concurso” directores Editorial Comares
- WARREN, I.; ARONSTAM, B. (2007): “Delaware’s business judgment rule and varying standards of judicial review for assessing director conduct in M&A transactions” <http://NY1:1513195703WFL703!.DOC>
- \*WU, B. (2013): “Opportunity costs, industry dynamics, and corporate diversification” Strategic management journal, vol. 34 nº 11 pp. 1265-1287
- ZUMAQUERO, L. (2013): “La responsabilidad civil de los administradores concursales” InDret 1/2013



*Una propuesta para la continuidad de las empresas viables en el concurso de acreedores*

## **ANEXO I**

### **Papeles de trabajo para la evaluación independiente del plan de viabilidad**

*Una propuesta para la continuidad de las empresas viables en el concurso de acreedores*

### PROGRAMA DE VALORACIÓN

-Objetivo del área: General

-Objetivo de la subárea: Antecedentes históricos

Conocer los principales hitos históricos, jurídicos y económicos de la organización

|                          |                         |
|--------------------------|-------------------------|
| <b>ENTIDAD:</b>          |                         |
| <b>ÁREA DE TRABAJO:</b>  | General                 |
| <b>SUBÁREA:</b>          | Antecedentes históricos |
| <b>FECHA DE TRABAJO:</b> |                         |

| Tiempo Estimado | valor |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | Ref. P/T | Realizado por |
|-----------------|-------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|---------------|
|                 |       | <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Fecha de la constitución. Socios fundadores. Socios actuales. Itinerario de modificaciones y razones de las mismas.</li> <li>2. Misión inicial definida. Misión actual definida, itinerario y razones de las modificaciones.</li> <li>3. Forma jurídica, capital fundacional, modificaciones y razones.</li> <li>4. Marco jurídico y normativa reguladora de aplicación a la empresa.</li> <li>5. Documentación registrada, análisis histórico de:                         <ul style="list-style-type: none"> <li>-estructura financiera</li> <li>-rentabilidad</li> <li>-crecimiento</li> <li>-endeudamiento (financiero y comercial), cumplimiento de las obligaciones contraídas en tiempo y forma</li> </ul> </li> <li>6. Cambios de los administradores societarios, razones de los cambio. Perfil profesional de los administradores societarios.</li> <li>7. Cambios en el equipo directivo, razones. Perfil profesional de los miembros del equipo directivo: conocimientos, pericia, experiencia, contactos, relaciones.</li> <li>8. Son los directivos propietarios de un porcentaje significativo de la empresa.</li> <li>9. Sector de actividad en el que opera. Evolución histórica de los sectores de actividad, razones de la evolución.</li> <li>10. Descripción de los principales productos o servicios o líneas de ellos ofertados en la actualidad. Evolución de la oferta desde su origen. Razones de los cambios.</li> <li>11. Cuota de la empresa en los mercados de su actividad. Evolución histórica de la cuota.</li> <li>12. Principales cambios organizativos producidos a lo largo de la historia de la empresa y sus motivos.</li> <li>13. Análisis de la información económico financiera patrimonial de los últimos años. Supervisión de los informes de auditoría existentes, en su caso, o de cualesquiera otros informes externos existentes.</li> <li>14. Historia de los litigios y de sus resultados ocurridos durante la vida</li> </ol> |          |               |

|  |  |                                                           |  |  |
|--|--|-----------------------------------------------------------|--|--|
|  |  | de la empresa. Información sobre los litigios existentes. |  |  |
|--|--|-----------------------------------------------------------|--|--|

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

### PROGRAMA DE VALORACIÓN

-Objetivo del área: General

-Objetivo de la subárea: Actividades preliminares

Conocer la misión y visión de la empresa y sus características generales

|                          |                          |
|--------------------------|--------------------------|
| <b>ENTIDAD:</b>          |                          |
| <b>ÁREA DE TRABAJO:</b>  | General                  |
| <b>SUBÁREA:</b>          | Actividades preliminares |
| <b>FECHA DE TRABAJO:</b> |                          |

| Tiempo estimado | valor |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | Ref. P/T | Realizado por |
|-----------------|-------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|---------------|
|                 |       | <p>1 MISIÓN de la entidad.</p> <p>2 VISIÓN de la actividad.</p> <p>3 Equipo directivo. Características fundamentales.</p> <p>4 Existencia de planificación estratégica en la empresa.</p> <p>5 Existencia de planificación operativa en la empresa.</p> <p>6 Determinación de los objetivos a alcanzar en la empresa.</p> <p>7 Frecuencia con la que la empresa analiza las desviaciones producidas y determina los ajustes necesarios.</p> <p>8 Variables clave para el éxito empresarial respecto a: el entorno macroeconómico, el entorno inmediato, el mercado en el que opera, la normativa reguladora, el proceso productivo y comercial, la organización y los recursos internos.</p> |          |               |



|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

### PROGRAMA DE VALORACIÓN

-Objetivo del área: General

-Objetivo de la subárea: Estudio preliminar

La dirección de la organización realiza funciones de planificación, organización, coordinación y control

|                          |                    |
|--------------------------|--------------------|
| <b>ENTIDAD:</b>          |                    |
| <b>ÁREA DE TRABAJO:</b>  | General            |
| <b>SUBÁREA:</b>          | Estudio preliminar |
| <b>FECHA DE TRABAJO:</b> |                    |

| Tiempo Estimado | Valor |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Ref. P/T | Realizado por |
|-----------------|-------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|---------------|
|                 |       | <p><b>A) Entorno de dirección</b></p> <p>1 Misión de la entidad y visión de la entidad. Proceso seguido para su aprobación.</p> <p>2 Conocimiento del entorno general y cercano y cómo afectan a la empresa.</p> <p>3 Principales productos y servicios que se ofertan.</p> <p>4 Características fundamentales de los clientes.</p> <p>5 Objetivos estratégicos, tácticos y operativos.</p> <p>6 Grado de consecución de los mismos en los tres últimos ejercicios</p> <p><b>B) Planificación</b></p> <p>7 Existe un proceso definido para efectuar la planificación a sus tres niveles: estratégico, táctico y operativo. Está documentado.</p> <p>8 Existe un sistema de información documentado que facilita el conocimiento de todas las variables relevantes para efectuar la planificación. El proceso de planificación utiliza siempre esta información obtenida.</p> <p>9 La planificación se revisa en el tiempo adecuado cuando la nueva información recibida así lo requiere. Se vuelve a reformular las variables de planificación.</p> <p>10 Existen responsables de diferentes niveles de planificación en las áreas funcionales.</p> <p>11 La alta dirección supervisa la coherencia existente entre su planificación estratégica y las planificaciones tácticas y operativas.</p> <p>12 Se realiza seguimiento de los resultados de la planificación efectuada.</p> <p>13 Se arbitran medidas correctoras cuando se identifican desviaciones.</p> |          |               |

|  |  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |  |  |
|--|--|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|
|  |  | <p><b>C) Organización</b></p> <p>14 Existe un organigrama detallado.</p> <p>15 Están definidos claramente los niveles de responsabilidad. Cada puesto dispone de los instrumentos necesarios para ejecutar su responsabilidad.</p> <p>16 La estructura organizativa facilita la consecución de los objetivos. No se solapan las funciones entre los diferentes puestos y tampoco hay funciones clave sin responsable.</p> <p>17 Existe una adecuada comunicación y coordinación de actividades en dirección horizontal y vertical.</p> <p>18 Los departamentos funcionales son coherentes con las actividades desarrolladas y las facilitan.</p> <p>19 Cada departamento funcional responde de los objetivos operativos que tiene establecidos y de esta manera colabora con los objetivos de la dirección.</p> <p><b>D) Dirección/ Coordinación</b></p> <p>20 La dirección sigue un modelo participativo o un modelo autoritario.</p> <p>21 El clima laboral, favorece o dificulta el desarrollo de las actividades.</p> <p>22 Rotación del personal inferior o superior a la habitual en el sector comparativo.</p> <p>23 Motivación del personal.</p> <p>24 Remuneración del personal, superior o inferior a la media del sector de referencia.</p> <p>25 Desarrollo de la capacitación del personal.</p> <p>26 Evaluación del desempeño. Existe un sistema definido y conocido por todos.</p> <p>27 Imagen de la Entidad.</p> <p><b>E) Control</b></p> <p>28 Existe un sistema de control interno definido, documentado y conocido por el personal.</p> <p>29 Existe evidencia documentada de que el sistema funciona adecuadamente durante todo el tiempo</p> <p>30 El sistema de control interno establecido garantiza:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- La medición del cumplimiento de los objetivos.</li> <li>- La disposición de información fiable, relevante y oportuna para la emisión de informes correctos.</li> </ul> <p>31 Los resultados de este sistema de información se tienen en cuenta para modificar los programas y para tomar decisiones sobre su renovación o cancelación.</p> |  |  |
|--|--|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

## PROGRAMA DE VALORACIÓN

Objetivo del área: Actividad directiva planificación

Objetivo de la subárea: Planificación estratégica

La dirección tiene establecido un proceso razonable de planificación que le ayuda a decidir dónde debe estar la organización a medio/ largo plazo, qué debe conseguir, qué recursos necesita para alcanzarlo, y qué acciones hay que ejecutar para lograrlo

|                          |                                   |
|--------------------------|-----------------------------------|
| <b>ENTIDAD:</b>          |                                   |
| <b>ÁREA DE TRABAJO:</b>  | Actividad directiva planificación |
| <b>SUBÁREA:</b>          | Planificación estratégica         |
| <b>FECHA DE TRABAJO:</b> |                                   |

| Tiempo Estimado | Valor |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | Ref. P/T | Realizado por |
|-----------------|-------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|---------------|
|                 |       | <p>1 La administración ha definido con claridad la MISIÓN y la VISIÓN de la empresa y la ha trasladado con precisión a la dirección. Los socios han ratificado ambas.</p> <p>2 los empleados conocen y entienden la MISIÓN y la VISIÓN.</p> <p>3 Existe diseñado un sistema de obtención y análisis de información relevante interna y externa para la toma de decisiones.</p> <p>4 El sistema se utiliza con la frecuencia adecuada.</p> <p>5 La fijación de objetivos es coherente con los resultados que provienen de los puntos anteriores.</p> <p>6 Los tres niveles de objetivos: estratégicos, tácticos y operativos son coherentes entre sí.</p> <p>7 La estrategia diseñada para alcanzarlos es coherente. También lo es el sistema de actividades y tareas planificado.</p> <p>8 las estrategias diseñadas para alcanzar los tres niveles de objetivos son coherentes con ellos y entre ellos.</p> <p>9 La organización asume o tiene posibilidad de asumir los objetivos formulados por la administración y encomendados a la dirección.</p> <p>10 Los recursos materiales y humanos son adecuados o se puede conseguir que lo sean a un coste asumible.</p> <p>11 El estilo o modelo de dirección es compatible con la estrategia de actuación implantada.</p> <p>12 Existe un sistema de control que realimenta el proceso cíclico de planificación estratégica.</p> <p>13 Existe un “plan estratégico” documentado.</p> <p>14 Los empleados conocen, entienden y asumen el plan estratégico.</p> |          |               |

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|



|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

### PROGRAMA DE VALORACIÓN

-Objetivo del área: Actividad directiva de planificación

-Objetivo de la subárea: Desarrollo e implantación de la estrategia.

La dirección, en su actividad de planificación, desarrolla y supervisa un proceso coherente de selección y de implantación de estrategias que garantice el logro de los objetivos aprobados, así como promueva el alcance de la MISIÓN y de la VISIÓN.

|                          |                                                         |
|--------------------------|---------------------------------------------------------|
| <b>ENTIDAD:</b>          |                                                         |
| <b>ÁREA DE TRABAJO:</b>  | Actividad directiva de la planificación                 |
| <b>SUBÁREA:</b>          | Proceso de desarrollo e implantación de las estrategias |
| <b>FECHA DE TRABAJO:</b> |                                                         |

| Tiempo Estimado | Valor |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | Ref. P/T | Realizado por |
|-----------------|-------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|---------------|
|                 |       | <p>1 Se conoce adecuadamente los sectores de la actividad en los que la empresa opera.</p> <p>2 Están establecidos y se utilizan, habitualmente, sistemas de información que provean de datos para conocer las necesidades actuales y anticipar las necesidades futuras de:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-Los usuarios de los productos /servicios que la organización ofrece</li> <li>-Del personal de la entidad</li> <li>-De los prescriptores de los productos / servicios</li> <li>-De la sociedad en general</li> </ul> <p>3 Está establecido un sistema que informe con frecuencia suficiente del funcionamiento del modelo de negocio establecido y lo compara con los de la competencia o con los de otras empresas.</p> <p>4 Se toman las decisiones oportunas y las medidas correctoras adecuadas a la luz de esas informaciones.</p> <p>5 Se evalúan periódicamente los sistemas de información establecidos para conocer si funcionan adecuadamente en todas las circunstancias y para constatar que todas las variables a las que se refiere continúan siendo las más relevantes y significativas para la organización.</p> <p>6 Se establecen indicadores internos de rendimiento.</p> <p>7 Se establecen indicadores de rendimiento para la entidad.</p> <p>8 Se comparan estos indicadores con los de empresas similares.</p> <p>9 Se analizan los indicadores externos sobre cuestiones sociales, ambientales, legales y políticas que influyan en la entidad.</p> <p>10 Se recogen y analizan las ideas de todos los grupos de interés.</p> <p>11 La organización desarrolla la política y estrategia de manera coherente con la misión, visión y valores de la organización y basándose en las necesidades y expectativas de todos los grupos de interés y en la información que se desprende de las actividades de aprendizaje y de innovación.</p> |          |               |

|  |  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |  |  |
|--|--|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|
|  |  | <p>12 Se equilibran las necesidades de todos los grupos de interés.</p> <p>13 Se tienen en cuenta estas necesidades, así como las amenazas y oportunidades del exterior y las debilidades y fortalezas internas para definir las estrategias adecuadas y su forma de implantación en la entidad.</p> <p>14 Se definen variables críticas que nos informan sobre los resultados de la estrategia y de su implantación.</p> <p>15 Se identifica y se define el esquema de procesos clave necesarios para llevar a cabo la política y estrategia de la organización.</p> <p>16 Se establecen los responsables de cada proceso clave. Se les dota de los mecanismos adecuados para ejercer su responsabilidad.</p> <p>17 Se definen los procesos clave incluyendo identificación de los distintos grupos de interés que se ven afectados.</p> <p>18 Se revisa la efectividad de los procesos clave para llevar a efecto la política y estrategia, y en base a ellas se toman las medidas correctoras pertinentes.</p> <p>19 Se comunica y transmite a todos los niveles inferiores la política de la empresa y su estrategia según sea necesario.</p> <p>20 Se evalúa periódicamente el grado de conocimiento del personal acerca de la política y de la estrategia. Se evalúa también la opinión que sobre las mismas emite este personal.</p> <p>21 Se realiza seguimiento para comprobar que las políticas y estrategias de los niveles de responsabilidad inferior son coherentes y ayudan al éxito de la política y de la estrategia de la dirección.</p> <p>Nota: cuestiones similares a las que proponemos para la valoración externa acerca del proceso de implantación de estrategias en una organización están contenidas en el modelo de calidad de la Fundación Europea para la calidad</p> |  |  |
|--|--|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

### PROGRAMA DE VALORACIÓN

-Objetivo del área: Actividad directiva de planificación

-Objetivo de la subárea: Objetivos

El diseño del sistema de objetivos y la formulación de los mismos son correctos, promueven un comportamiento económico, eficaz y eficiente y siguen las directrices emanadas por la dirección apoyando la VISIÓN y la MISIÓN de la organización.

|                          |                                      |
|--------------------------|--------------------------------------|
| <b>ENTIDAD:</b>          |                                      |
| <b>ÁREA DE TRABAJO:</b>  | Actividad directiva de planificación |
| <b>SUBÁREA:</b>          | Formulación de objetivos             |
| <b>FECHA DE TRABAJO:</b> |                                      |

| Tiempo Estimado | Valor |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | Ref. P/T | Realizado por |
|-----------------|-------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|---------------|
|                 |       | <p>1 Los objetivos se establecen de acuerdo a los planes estratégicos, tácticos y operativos aprobados.</p> <p>2 Los objetivos y las tareas para alcanzarlos cumplen la normativa aplicable.</p> <p>3 Existe un procedimiento aprobado para la revisión de objetivos ante cambios en la normativa aplicable.</p> <p>4 Existe una relación directa entre cada una de las actividades definidas y los objetivos aprobados.</p> <p>5 No existe actividad alguna sin objetivo.</p> <p>6 No existe objetivo sin actividad relacionada.</p> <p>7 Se definen objetivos diferentes acordes con los tres niveles de planificación: estratégica, táctica y operativa.</p> <p>8 El enunciado de cada objetivo es claro y correcto.</p> <p>9 Todo el personal implicado interpreta por igual la definición de cada objetivo.</p> <p>10 Es factible la consecución de los objetivos con los recursos disponibles y con el entorno que afecta a la organización.</p> <p>11 Cada responsable de un objetivo ha asumido su consecución.</p> <p>12 Existe paralelismo con otras organizaciones entre los respectivos niveles de realización y los recursos asignados a dichos objetivos.</p> <p>13 En el proceso de planificación se prevé la posibilidad de modificación de los objetivos.</p> <p>14 Existe un proceso de revisión de objetivos de acuerdo al nivel de ejecución y las variaciones del entorno.</p> <p>15 Se establece el plazo durante el que deberá alcanzarse los objetivos.</p> <p>16 Los objetivos cualitativos disponen de un conjunto de indicadores asociados para poder determinar su grado de realización.</p> <p>17 Cada objetivo tiene uno o varios responsables asignados.</p> <p>18 El/los responsables de la consecución de cada objetivo disponen de la</p> |          |               |

|  |  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |  |  |
|--|--|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|
|  |  | <p>capacidad de decisión necesaria para su consecución.</p> <p>19 Se efectúa una valoración del resultado obtenido por un comité o autoridad superior jerárquicamente.</p> <p>20 Los objetivos tienen definidos su ámbito temporal y territorial.</p> <p>21 La estructura de objetivos refleja la realidad actual y, por tanto, es operativa para la gestión.</p> <p>22 Los objetivos estratégicos suponen la concreción correspondiente de la misión y ayudan a la consecución de la visión.</p> <p>23 Los objetivos operativos suponen una concreción del objetivo estratégico con el que se relacionan.</p> <p>24 Se ha establecido una distribución jerarquizada de objetivos en toda la organización encargada de la ejecución del programa o plan de actuación.</p> <p>25 Existe un único sistema de objetivos.</p> <p>26 El sistema de objetivos establecidos en la planificación directiva es la referencia para la elaboración del presupuesto.</p> <p>27 Los recursos presupuestados se cuantifican en base a los ingresos a alcanzar y los gastos relacionados.</p> <p>28 El conjunto de objetivos estratégicos está diseñado para alcanzar la posición económica, financiera y patrimonial que se desea en la empresa.</p> <p>29 El conjunto de objetivos operativos permite el cumplimiento del objetivo estratégico al que se encuentra asociado.</p> <p>30 No existe solapamiento de objetivos a alcanzar sobre un mismo resultado.</p> <p>31 Los objetivos definidos no son incompatibles entre sí.</p> <p>32 Están claramente identificados los objetivos cuyo cumplimiento requieren la realización previa de otros.</p> <p>33 Se documenta el éxito histórico en la consecución de los objetivos establecidos a los tres niveles.</p> <p>34 Se documenta la valoración y la explicación del grado de consecución de los objetivos a lo largo de la historia, y se explica las medidas correctoras que fueron implantadas.</p> <p>35 Se utiliza esta información para efectuar las formulaciones de objetivos futuros.</p> <p>36 La dirección presenta a la administración societaria el sistema de objetivos aprobado, los resultados reales de consecución y las medidas correctoras cuando sea necesario.</p> |  |  |
|--|--|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|



## PROGRAMA DE VALORACIÓN

-Objetivo del área: Planificación

-Objetivo de la subárea: Documento de planificación

La organización realiza periódicamente una planificación estratégica teniendo en cuenta información externa e interna y la documenta y revisa

|                          |                                      |
|--------------------------|--------------------------------------|
| <b>ENTIDAD:</b>          |                                      |
| <b>ÁREA DE TRABAJO:</b>  | Actividad directiva de planificación |
| <b>SUBÁREA:</b>          | Documento de planificación           |
| <b>FECHA DE TRABAJO:</b> |                                      |

| Tiempo Estimado | Valor |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | Ref. P/T | Realizado por |
|-----------------|-------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|---------------|
|                 |       | <p><b>Plan estratégico</b></p> <p>El contenido del plan estratégico responde a las siguientes cuestiones:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1 Identificación de factores externos claves: amenazas/ oportunidades.</li> <li>2 Identificación de factores internos claves: debilidades/ fortalezas.</li> <li>3 Conclusiones obtenidas del sistema de información establecido.</li> <li>4 Propósito actual de la organización, necesidades que satisface, misión.</li> <li>5 Propósito futuro de la organización, visión razonada en función de la información recibida sobre amenazas y oportunidades</li> <li>6 Qué metas debería alcanzar la organización teniendo en cuenta los factores internos y los factores externos.</li> <li>7 Qué objetivos tiene que alcanzar en base a la información anterior.</li> <li>8 Qué líneas de actividad son las más adecuadas de acuerdo a las circunstancias externas e internas detectadas.</li> <li>9 Proceso de revisión de metas y de objetivos.</li> <li>10 Decisiones estratégicas. Sistemas de implantación de las mismas.</li> </ol> <p><b>Plan operativo</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>11 Se establecen objetivos operativos coherentes con los estratégicos. Se informa a los niveles de responsabilidad adecuada.</li> <li>12 Se expresan de forma cuantificable y medible</li> <li>13 Se establecen las estrategias operativas adaptadas y los responsables de las mismas.</li> <li>14 Definición de indicadores relevantes. Utilización de la información que proporcionan.</li> <li>15 Diseño de la estructura organizativa adecuada, debilidades/ fortalezas de cada departamento funcional y de la organización a nivel global.</li> </ol> |          |               |

|  |  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |  |  |
|--|--|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|
|  |  | <p><b>Contenido del informe de ejecución global</b></p> <p>16 Nivel de realización de los objetivos.<br/>17 Costes en los que se ha incurrido para su consecución.<br/>18 Desviaciones significativas.<br/>19 Causas de las mismas.<br/>20 Medidas correctoras establecidas.<br/>21 Resultados obtenidos con la implantación de estas medidas.<br/>22 Nivel de calidad alcanzado en la realización de las actividades.<br/>23 Desviaciones significativas sobre el nivel de calidad estimado.<br/>24 Causas de las mismas.<br/>25 Medidas correctoras establecidas.<br/>26 Resultados de mejora de la calidad obtenidos con estas medidas.</p> |  |  |
|--|--|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

### PROGRAMA DE VALORACIÓN

-Objetivo del área: Actividad directiva de organización

-Objetivo de la subárea: Económico, Financiero, Patrimonial

La función económico financiera de la actividad se desarrolla adecuadamente, de manera económica, eficiente y eficaz, siguiendo las directrices de la dirección y apoyando la consecución de los objetivos que ésta establece

|                          |                                     |
|--------------------------|-------------------------------------|
| <b>ENTIDAD:</b>          |                                     |
| <b>ÁREA DE TRABAJO:</b>  | Actividad directiva de organización |
| <b>SUBÁREA:</b>          | Económico-financiero                |
| <b>FECHA DE TRABAJO:</b> |                                     |

| Tiempo Estimado | Valor |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | Ref. P/T | Realizado por |
|-----------------|-------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|---------------|
|                 |       | <p>1 Fecha y alcance del trabajo.</p> <p>2 Revisión del último trabajo propio o externo efectuado sobre el área.</p> <p>3 Entrevistar al responsable del departamento. Informarle acerca del alcance del trabajo. Recibir información de los objetivos y problemas específicos del departamento, del organigrama del mismo y de la delegación de funciones establecida.</p> <p>4 Investigar:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-El departamento financiero tiene el nivel jerárquico adecuado.</li> <li>-Es correcta la delegación de responsabilidades y la segregación de funciones en el Departamento y en la empresa.</li> <li>-Están claramente definidas las respectivas responsabilidades.</li> <li>-Existe documentación actualizada sobre políticas, normas y procedimientos en el mantenimiento y utilización de medios de pago y de inversión.</li> <li>-Existe una adecuada gestión en la política de pagos. Está definido el responsable de su establecimiento y aprobado el método de supervisión.</li> <li>-Existe una adecuada gestión en la política de cobros, de aprobación de riesgo comercial y está determinado su responsable. Está aprobado el método de supervisión y de reclamación de impagos.</li> <li>-Existe una adecuada política de gestión de la tesorería, un responsable definido y un método de supervisión aprobado.</li> <li>-La política de endeudamiento y la estructura financiera adecuada corresponde a los administradores societarios. Se utiliza la información adecuada para la toma de decisiones. La información que para ese objeto prepara el departamento financiero es fiable.</li> </ul> <p>5 Analizar las políticas contables, incluyendo una valoración sobre:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-política de cobros</li> <li>-política de pagos</li> <li>-estructura financiera</li> </ul> |          |               |

|  |  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |  |  |
|--|--|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|
|  |  | <p>-política de endeudamiento</p> <p>6 Obtención de evidencia acerca de la calidad y de la pertinencia de los informes económico-financieros que se emiten regularmente y de la coherencia de las conclusiones alcanzadas.</p> <p>7 Investigar la política de gestión de fondos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-Está correctamente documentada.</li> <li>-Existe registro de que las actividades se ejecutan como indican los procedimientos.</li> <li>-Se planifica la gestión de la liquidez.</li> <li>-Se revisa la planificación de la liquidez y se preparan los ajustes pertinentes.</li> <li>-Es eficiente y eficaz la planificación y gestión de los excedentes de tesorería.</li> </ul> <p>8 La planificación financiera de la empresa a corto, medio y largo plazo es aprobada por la dirección:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Es realista y está de acuerdo con los objetivos fijados por ella.</li> <li>- La planificación, la presupuestación, la gestión y el seguimiento de los recursos y de las necesidades financieras se realizan por los niveles adecuados de responsabilidad y con la suficiente segregación de funciones.</li> <li>-Se practican las medidas correctoras adecuadas y pertinentes en el tiempo.</li> </ul> <p>9 Inversiones de capital</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-Existe un documento de planificación temporal y financiera de las necesidades de inversión.</li> <li>-Es válido para los objetivos de planificación financiera.</li> <li>-Los proyectos de inversión tienen suficiente documentación de apoyo y la autorización necesaria de su responsable.</li> <li>-Se realiza un seguimiento de su ejecución en cuanto a condiciones establecidas y sus plazos.</li> <li>-Se controla el ajuste entre los costes presupuestados y los costes reales en los que se ha incurrido.</li> <li>-En caso contrario se obtiene autorización del responsable para las desviaciones surgidas.</li> <li>-Se utiliza métodos razonables para el cálculo del coste financiero de cada gasto significativo y de cada inversión.</li> <li>-Está establecido un adecuado control interno que garantiza la integridad de los bienes de capital adquirido.</li> </ul> <p>10 Aspectos fiscales</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-Se realiza una adecuada política fiscal que derive en una gestión eficaz y eficiente del pago y/o ahorro de los impuestos.</li> <li>-Existe documentación y un registro de esta planificación y de las actividades desarrolladas.</li> <li>-La realizan personas adecuadamente cualificadas.</li> <li>-Se registra la supervisión de los responsables.</li> <li>-Existe evidencia de coordinación entre la responsabilidad fiscal.</li> </ul> <p>11 Seguros</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-Existe evidencia y documentación de la planificación del riesgo y de las necesidades de cobertura.</li> </ul> |  |  |
|--|--|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|

|  |  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |  |  |
|--|--|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|
|  |  | <p>-Están cubiertos todos los riesgos identificados.</p> <p>-Se negocia eficaz y eficientemente la contratación de coberturas.</p> <p>-Existe registro de las reclamaciones efectuadas como consecuencia de los siniestros.</p> <p>12 Recursos humanos del departamento financiero</p> <p>-Adecuada cualificación técnica para las funciones encomendadas.</p> <p>- Motivación del personal.</p> <p>-Planes estructurados de carrera.</p> <p>-Niveles de rotación del personal.</p> <p>-Remuneraciones percibidas.</p> <p>13 Relaciones y coordinación con las restantes áreas funcionales</p> <p>-Analizar la evidencia existente de relación coordinada con las áreas:</p> <p>Compras</p> <p>Producción</p> <p>Comercial/Marketing</p> <p>Recursos Humanos</p> <p>Informática</p> <p>Administración</p> <p>Dirección</p> <p>14 Control Interno</p> <p>-Se valora el riesgo potencial existente de fraudes.</p> <p>-Existe documentación elaborada y procedimientos diseñados para controlar en la mayor medida posible el riesgo de fraude.</p> <p>-Existen procedimientos definidos para actuar en caso de existencia de fraude.</p> <p>15 Principales problemas y oportunidades de mejora del Departamento financiero.</p> <p>Recepción de las opiniones de todo el personal del departamento financiero.</p> <p>16 Conclusiones del área económico-financiera</p> |  |  |
|--|--|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|



### PROGRAMA DE VALORACIÓN

-Objetivo del área: Actividad directiva de organización

-Objetivo de la subárea: Compras

La función de compras de la entidad se desarrolla correctamente, de manera económica, eficiente y eficaz, siguiendo las directrices emanadas por la dirección y apoyando la consecución de sus objetivos.

|                          |                                     |
|--------------------------|-------------------------------------|
| <b>ENTIDAD:</b>          |                                     |
| <b>ÁREA DE TRABAJO:</b>  | Actividad directiva de organización |
| <b>SUBÁREA:</b>          | Compras                             |
| <b>FECHA DE TRABAJO:</b> |                                     |

| Tiempo Estimado | Valor |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | Ref. P/T | Realizado por |
|-----------------|-------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|---------------|
|                 |       | <p>1 Fecha y alcance del trabajo.</p> <p>2 Revisión del último trabajo propio o externo efectuado en el área.</p> <p>3 Entrevista al responsable del departamento, informarle acerca del trabajo. Recibir información de los objetivos y problemas específicos del departamento, del organigrama del mismo y de la delegación de funciones establecida</p> <p>4 Investigar:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-El departamento de compras tiene el nivel jerárquico adecuado.</li> <li>-Es correcta la delegación de responsabilidades y la segregación de funciones en el departamento y en la entidad.</li> <li>-Están claramente definidas las respectivas responsabilidades.</li> <li>-Existe documentación actualizada sobre políticas, normas y procedimientos referentes a los siguientes aspectos:</li> </ul> <ul style="list-style-type: none"> <li>tipologías de compras</li> <li>requisitos de adjudicación</li> <li>diversificación de proveedores</li> <li>niveles de aprobación autorizados</li> <li>conflictos de intereses</li> <li>responsabilidades de seguimiento de compras</li> <li>compras especiales: contratos de larga duración, compras únicas para toda la empresa</li> <li>compras para empleados</li> <li>excepciones a los procedimientos establecidos</li> </ul> <p>5 Obtención de evidencia acerca de la calidad y pertinencia de los informes de compras que se emiten regularmente y de la coherencia de las conclusiones alcanzadas.</p> <p>6 Determinación de las necesidades</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-Existe un procedimiento aprobado, lógico y razonable para determinar las necesidades reales.</li> </ul> |          |               |

|  |  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |  |  |
|--|--|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|
|  |  | <p>Existe un responsable de la decisión de aprovisionamiento por tipologías. Las decisiones adoptadas se documentan e informan acerca de los requerimientos y de las especificaciones propias.</p> <p>7 Selección de ofertas</p> <p>Existe un listado actualizado de proveedores homologados.</p> <p>Existe evidencia de que la solicitud de oferta se realiza a los proveedores de este listado</p> <p>Se solicita el número necesario de ofertas.</p> <p>Se registra la decisión adoptada de ofertas seleccionadas de entre todas las recibidas.</p> <p>8 Autorización de la compra</p> <p>Existe un responsable definido para ejercer esta responsabilidad</p> <p>Existe registro de que la decisión adoptada tiene en cuenta las siguientes consideraciones:</p> <p>Necesidad real.</p> <p>Relación precio/ calidad adecuada</p> <p>Posibilidad de financiación</p> <p>9 Realización de la compra</p> <p>Se emite la orden de compra</p> <p>Se referencia la petición</p> <p>Se adjunta la autorización</p> <p>Se recibe la oferta aceptada por el proveedor.</p> <p>10 Seguimiento de la entrega</p> <p>Existe evidencia del control que se realiza de las condiciones de compra pactadas.</p> <p>Plazo de entrega.</p> <p>Lugar-forma.</p> <p>Se reclaman los incumplimientos detectados</p> <p>11 Perfeccionamiento de la compra</p> <p>Existe una adecuada segregación de funciones.</p> <p>Existe un responsable de compras y de emisión de pedidos</p> <p>Existe un responsable de recepción de mercancías</p> <p>Existe un responsable de pagos</p> <p>Se verifican las condiciones de las mercancías recibidas.</p> <p>Calidad.</p> <p>Volumen.</p> <p>Especificaciones técnicas.</p> <p>12 Existe un responsable de pagos</p> <p>Se realizan los pagos cuando la compra es correcta</p> <p>La política de pagos corresponde a la planificación financiera realizada.</p> <p>13 Recursos Humanos del departamento de compras</p> <p>Adecuada cualificación técnica para las funciones encomendadas.</p> <p>Motivación del personal.</p> <p>Planes estructurados de carrera.</p> <p>Niveles de rotación de personal.</p> <p>Salario percibido.</p> <p>14 Relaciones y coordinación con las restantes áreas funcionales:</p> <p>Analizar la evidencia existente de relación coordinada con las áreas de:</p> <p>Económico-financiera.</p> <p>Producción.</p> |  |  |
|--|--|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|

|  |  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |  |  |
|--|--|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|
|  |  | <p>Comercial/ marketing.<br/>Recursos Humanos.<br/>Informática<br/>Administración<br/>Alta dirección.<br/>15 Control Interno<br/>Se valora el riesgo potencial existente de fraudes.<br/>Existe documentación elaborada y procedimientos diseñados para controlar en al mayor medida posible el riesgo de fraude<br/>Existen procedimientos definidos para actuar en caso de existencia de fraude.<br/>16 Principales problemas y oportunidades de mejora del departamento<br/>Recepción de las opiniones del personal del departamento compras.<br/>17 Conclusiones del área de compras.</p> |  |  |
|--|--|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

### PROGRAMA DE VALORACIÓN

-Objetivo del área: Actividad directiva de organización

-Objetivo de la subárea: Producción

La función de producción de la entidad se desarrolla correctamente, de manera económica, eficaz y eficiente, siguiendo las directrices emanadas por la dirección y apoyando la consecución de sus objetivos

|                          |                                     |
|--------------------------|-------------------------------------|
| <b>ENTIDAD:</b>          |                                     |
| <b>ÁREA DE TRABAJO:</b>  | Actividad directiva de organización |
| <b>SUBÁREA:</b>          | Producción                          |
| <b>FECHA DE TRABAJO:</b> |                                     |

| Tiempo Estimado | Valor                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | Ref. P/T | Realizado por |
|-----------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|---------------|
|                 | <p>1 Fecha y alcance del trabajo.</p> <p>2 Revisión del último trabajo propio o externo efectuado en el área.</p> <p>3 Entrevista al responsable del departamento, informarle acerca del alcance del trabajo. Recibir información de los objetivos y problemas específicos del departamento, del organigrama del mismo y de la delegación de funciones establecida</p> <p>4 Investigar:</p> <p>El departamento de producción tiene el nivel jerárquico adecuado.</p> <p>Es correcta la delegación de responsabilidades y la segregación de funciones en el departamento y en la empresa.</p> <p>Están claramente definidas las respectivas responsabilidades</p> <p>Existe documentación sobre políticas, normas y procedimientos referentes a los siguientes aspectos:</p> <p>Órdenes de fabricación.</p> <p>Necesidades de recursos físicos y humanos y su comunicación al responsable pertinente.</p> <p>Criterios de planificación interna.</p> <p>Recepción de elementos de producción.</p> <p>Control del proceso de producción.</p> <p>Relaciones con actividades de apoyo.</p> <p>Relaciones con control de calidad.</p> <p>Registros internos de producción.</p> <p>Normas sobre toma de inventarios.</p> <p>Informes requeridos.</p> <p>Relaciones sindicales.</p> <p>5 Existe un responsable de la fijación de producción.</p> <p>La decisión del nivel de producción se decide coordinadamente entre todas las áreas funcionales.</p> <p>La dirección conocerá o participará en esa decisión. Se asegurará que es</p> |          |               |

|  |  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |  |  |
|--|--|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|
|  |  | <p>compatible con los objetivos estratégicos de la entidad.</p> <p>6 Planificación de lo que se debe hacer para obtener la producción deseada.</p> <p>Existe una planificación y está documentada. Hará referencia entre otros a:</p> <p>Las necesidades de recursos materiales, humanos, financieros, sistemas productivos...</p> <p>El responsable de producción aprueba este plan.</p> <p>Se efectúa seguimiento y se adoptan medidas correctoras. Se registran todas las actividades ejecutadas y las decisiones adoptadas.</p> <p>7 Obtención de los elementos necesarios para alcanzar la producción necesaria.</p> <p>Existe evidencia de la cobertura completa de las necesidades detectadas o de medidas correctoras.</p> <p>8 Instalación y prueba de equipos y procesos:</p> <p>Existen procedimientos definidos para el mantenimiento de equipos y del diseño de los procesos productivos.</p> <p>Se registran las medidas de prevención y control adoptadas</p> <p>9 Producción de los bienes planificados.</p> <p>Se registran la producción de bienes terminados y de bienes en curso</p> <p>Se inventarían los bienes producidos.</p> <p>Se cotejan las órdenes de producción.</p> <p>Existen estadísticas completas de los controles y de las inspecciones de producción efectuadas.</p> <p>10 Transferencia del producto final para uso interno o venta a clientes.</p> <p>Existe un control o evidencia documental de:</p> <p>Consumos materiales</p> <p>Almacenamiento y conservación de productos terminados y en curso</p> <p>Salida de productos.</p> <p>Entrega de productos a los destinatarios previstos.</p> <p>11 Existe documentación de la planificación a corto, medio y largo plazo que el departamento de producción realiza.</p> <p>Esta planificación está coordinada en tiempo y conclusiones con las planificaciones de otras áreas funcionales y con los objetivos emanados de la dirección.</p> <p>12 Obtención de evidencia acerca de la calidad y pertinencia de los informes de producción que se emiten regularmente y de la coherencia de las conclusiones alcanzadas.</p> <p>13 Recursos humanos del departamento de producción.</p> <p>Adecuada cualificación técnica para las funciones encomendadas.</p> <p>Motivación del personal.</p> <p>Planes estructurados de carrera.</p> <p>Niveles de rotación del personal.</p> <p>Salario percibido.</p> <p>14 comprobar:</p> <p>Base y origen de la orden de producción.</p> <p>Determinación de los insumos necesarios y utilización de listas y escandallos de materiales.</p> |  |  |
|--|--|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|

|  |  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |  |  |
|--|--|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|
|  |  | <p>Comunicación de las necesidades de los insumos.<br/> Recepción y prueba (si se requiere) de los insumos.<br/> Determinación de los procesos, equipos y máquinas a ser utilizados y de las acciones a tomar.<br/> Comunicación de las instrucciones de producción<br/> Producción física de productos específicos<br/> Inspección de la producción<br/> Entrega de la producción.<br/> Exactitud de la información suministrada de los costes incurridos.<br/> Oportunidad de la información y de su disponibilidad.<br/> Acciones tomadas sobre la base de los informes.<br/> 15 Relaciones y coordinación con las restantes áreas funcionales.<br/> Analizar la evidencia existente de relación coordinada con las áreas de:<br/> Económico-financiera.<br/> Compras.<br/> Comercial/ Marketing.<br/> Recursos Humanos.<br/> Informática.<br/> Administración.<br/> Alta dirección.<br/> 16 Control Interno<br/> Se valora el riesgo potencial de fraudes.<br/> Existe documentación elaborada y procedimientos diseñados para controlar en la mayor medida posible el riesgo de fraude.<br/> 17 Principales problemas y oportunidades de mejora del departamento<br/> Recepción de las opiniones de todo el personal del departamento de producción.<br/> 18 Conclusiones del área de producción.</p> |  |  |
|--|--|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|



|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

### PROGRAMA DE VALORACIÓN

-Objetivo del área: Actividad directiva de organización

-Objetivo de la subárea: Producción, apartado servicios

La organización mantiene y utiliza un sistema de información sobre todos los elementos que influyen en la prestación de los servicios y su calidad

|                          |                                     |
|--------------------------|-------------------------------------|
| <b>ENTIDAD:</b>          |                                     |
| <b>ÁREA DE TRABAJO:</b>  | Actividad directiva de organización |
| <b>SUBÁREA:</b>          | Producción, apartado de servicios   |
| <b>FECHA DE TRABAJO:</b> |                                     |

| Tiempo Estimado | Valor |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | Ref. P/T | Realizado por |
|-----------------|-------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|---------------|
|                 |       | <p>1 El edificio, su ubicación, tamaño y distribución son adecuados para la prestación de los servicios que se pretenden ofertar.</p> <p>2 Las instalaciones internas y los equipos informáticos y tecnológicos responden a las necesidades planteadas.</p> <p>3 Permiten además un diseño coherente de los procesos críticos que integran los servicios prestados.</p> <p>4 Los bienes suministrados o los servicios prestados tienen las características anunciadas.</p> <p>5 Se ofrecen en las cantidades necesarias, durante el horario demandado y mediante el personal adecuado.</p> <p>6 Se mantiene la privacidad y seguridad del cliente.</p> <p>7 Se cuidan aspectos importantes como:</p> <p>El tiempo de espera.</p> <p>El entorno de la espera y del consumo del servicio.</p> <p>La actitud y la aptitud del personal de la entidad y su relación con los destinatarios y usuarios.</p> |          |               |

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|



### PROGRAMA DE VALORACIÓN

-Objetivo del área: Actividad directiva de organización

-Objetivo de la subárea: Innovación

La empresa diseña, elabora y aplica un sistema económico, eficaz y eficiente de innovación permanente que le permite alcanzar el posicionamiento y los objetivos estratégicos aprobados por la dirección

|                          |                                     |
|--------------------------|-------------------------------------|
| <b>ENTIDAD:</b>          |                                     |
| <b>ÁREA DE TRABAJO:</b>  | Actividad directiva de organización |
| <b>SUBÁREA:</b>          | Innovación                          |
| <b>FECHA DE TRABAJO:</b> |                                     |

| Tiempo Estimado | Valor |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | Ref. P/T | Realizado por |
|-----------------|-------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|---------------|
|                 |       | <p>1 Existe un departamento o, en su caso, unos recursos humanos responsables de la investigación y del desarrollo en la empresa.</p> <p>2 La investigación y el desarrollo se realizan internamente en la empresa.</p> <p>3 Se subcontratan servicios de investigación y desarrollo a otras empresas o centros tecnológicos.</p> <p>4 Se realiza seguimiento ordenado de la innovación producida en el sector de actividad de la empresa.</p> <p>A nivel de producto.</p> <p>A nivel de comercialización.</p> <p>A nivel de tecnología.</p> <p>5 En el presupuesto de cada año hay una reserva de recursos suficientes para cubrir las necesidades de innovación de la organización de acuerdo al posicionamiento establecido en la estrategia empresarial.</p> |          |               |

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|



### PROGRAMA DE VALORACIÓN

-Objetivo del área: Actividad directiva de organización

-Objetivo de la subárea: Recursos Humanos

La organización conoce las necesidades de recursos humanos, planifica, organiza y controla a las personas trabajadoras de acuerdo a las necesidades actuales y futuras

|                          |                                     |
|--------------------------|-------------------------------------|
| <b>ENTIDAD:</b>          |                                     |
| <b>ÁREA DE TRABAJO:</b>  | Actividad directiva de organización |
| <b>SUBÁREA:</b>          | Recursos humanos                    |
| <b>FECHA DE TRABAJO:</b> |                                     |

| Tiempo Estimado | Valor                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | Ref. P/T | Realizado por |
|-----------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|---------------|
|                 | <p>1 Fecha y alcance del trabajo.</p> <p>2 Revisión del último trabajo propio o externo efectuado en el área.</p> <p>3 Entrevista al responsable del departamento, informarle acerca del alcance del trabajo. Recibir información de los objetivos y problemas específicos del departamento, del organigrama del mismo y de la delegación de funciones establecida.</p> <p>4 Investigar</p> <p>El departamento de recursos humanos tiene el nivel jerárquico adecuado.</p> <p>Es correcta la delegación de responsabilidades y la segregación de funciones en el departamento y en la entidad.</p> <p>Están claramente definidas las responsabilidades.</p> <p>Existen documentos actualizados sobre políticas, normas y procedimientos con especial atención a los siguientes temas:</p> <p>Planificación de necesidades.</p> <p>Políticas y procedimientos de selección.</p> <p>Políticas de formación.</p> <p>Análisis y valoración de puestos de trabajo.</p> <p>Políticas de remuneraciones.</p> <p>5 Planificación y dirección de las necesidades de personal existente</p> <p>Existe documentación que informa sobre la transmisión de estas necesidades desde todas las demás áreas funcionales.</p> <p>Existen registros de estas necesidades de recursos humanos tanto a corto como a medio y largo. Y provienen de las planificaciones ejecutadas y aprobadas por los responsables del resto de la entidad y que responden a los objetivos marcados por la dirección.</p> <p>Existe documentación de la planificación de las necesidades de personal también en el propio departamento de recursos humanos.</p> <p>6 Inventario, diagnóstico y valoración de los recursos humanos existentes</p> <p>Existe un listado de puesto de trabajos definidos por las siguientes características:</p> |          |               |



|  |  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |  |  |
|--|--|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|
|  |  | <p>Funciones a desempeñar.<br/> Conocimientos teóricos.<br/> Conocimientos prácticos.<br/> Experiencia.<br/> Capacitación.<br/> Otros...</p> <p>7 Se elaboran y se actualizan documentos que informan sobre la diferencia entre las necesidades y las disponibilidades en cada momento del tiempo.</p> <p>8 Determinación de actividades para solucionar las diferencias<br/> Capacitación de los recursos actuales. Procedimientos definidos.<br/> Selección y reclutamiento de recursos del exterior. Procedimientos definidos</p> <p>9 Actividades propias de la administración de recursos humanos<br/> Existen procedimientos aprobados y registrados de análisis y evaluación de puestos de trabajo<br/> Existen procedimientos aprobados y registrados para determinar las remuneraciones aplicables.<br/> Existen procedimientos aprobados y registrados para evaluar el desempeño del personal.<br/> Existe evidencia documentada de que se cumplen esos procedimientos vigentes y de que además se mejoran y se adecúan con la periodicidad necesaria.</p> <p>10 Obtención de evidencia acerca de la calidad y pertinencia de los informes de recursos humanos que se emiten regularmente y de la coherencia de las conclusiones alcanzadas</p> <p>11 Recursos humanos del departamento de recursos humanos<br/> Adecuada cualificación técnica para las funciones encomendadas.<br/> Motivación del personal.<br/> Planes adecuados de carrera.<br/> Niveles de rotación del personal.<br/> Salario percibido.</p> <p>12 Relaciones y coordinación con las restantes áreas funcionales:<br/> Analizar la evidencia existente de relación coordinada con las áreas de:<br/> Económico-financiera.<br/> Compras.<br/> Producción.<br/> Comercial/marketing.<br/> Informática.<br/> Administración.<br/> Alta dirección.</p> <p>13 Control Interno<br/> Se valora el riesgo potencial existente de fraudes.<br/> Existe documentación elaborada y procedimientos diseñados para controlar en la mayor medida posible el riesgo de fraude.<br/> Existen procedimientos definidos para actuar en caso de existencia de fraude.</p> <p>14 Principales problemas y oportunidades de mejora del departamento<br/> Recepción de las opiniones de todo el personal del departamento de</p> |  |  |
|--|--|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|

|  |  |                                                                               |  |  |
|--|--|-------------------------------------------------------------------------------|--|--|
|  |  | <p>recursos humanos.</p> <p>15 Conclusiones del área de recursos humanos.</p> |  |  |
|--|--|-------------------------------------------------------------------------------|--|--|

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

### PROGRAMA DE VALORACIÓN

-Objetivo del área: Actividad directiva de organización

-Objetivo de la subárea: Comercial/ marketing

La función comercial/marketing de la entidad se desarrolla correctamente, de manera económica, eficiente y eficaz, siguiendo las directrices emanadas por la dirección y apoyando la consecución de objetivos

|                          |                                     |
|--------------------------|-------------------------------------|
| <b>ENTIDAD:</b>          |                                     |
| <b>ÁREA DE TRABAJO:</b>  | Actividad directiva de organización |
| <b>SUBÁREA:</b>          | Comercial/marketing                 |
| <b>FECHA DE TRABAJO:</b> |                                     |

| Tiempo Estimado | Valor                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | Ref. P/T | Realizado por |
|-----------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|---------------|
|                 | <p>1 Fecha y alcance del trabajo.</p> <p>2 Revisión del último trabajo propio o externo efectuado en el área</p> <p>3 Entrevistar al responsable del departamento, informarle acerca del alcance del trabajo. Recibir información de los objetivos y problemas específicos del departamento, del organigrama del mismo y de la delegación de funciones establecida.</p> <p>4 Investigar</p> <p>El departamento comercial/marketing tiene el nivel jerárquico adecuado.</p> <p>Es correcta la delegación de responsabilidades y la segregación de funciones en el departamento y en la entidad.</p> <p>Están claramente definidas las respectivas responsabilidades.</p> <p>5 Se realizan análisis externos del sector de actividad en el que la empresa opera:</p> <p>-En relación al atractivo del negocio.</p> <p>Volumen del mercado de la empresa</p> <p>Grado de crecimiento.</p> <p>Rentabilidad media del sector.</p> <p>Barreras de entrada.</p> <p>Barreras de salida.</p> <p>Productos sustitutivos.</p> <p>Oportunidades de diferenciación del producto o servicio.</p> <p>Existencia de nichos competitivos sin satisfacer suficientemente.</p> <p>Cuota de mercado de los principales líderes.</p> <p>- En relación a la posición competitiva de la empresa</p> <p>Evolución de las ventas de la empresa durante los tres últimos años</p> <p>Cuota de mercado.</p> <p>Expansión geográfica.</p> <p>Relación de clientes principales y su participación en la cuenta de resultados.</p> |          |               |

|  |  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |  |  |
|--|--|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|
|  |  | <p>Se conoce la información básica del mercado: volumen de la demanda, competidores principales, canales de distribución, tendencias...</p> <p>6 Se realizan análisis internos de la empresa:</p> <p>Evolución de las ventas.</p> <p>Cuota de mercado.</p> <p>Presencia geográfica.</p> <p>Estatal, provincias.</p> <p>Internacional, países y % de exportación.</p> <p>Fidelización de clientes.</p> <p>Crecimiento en clientes nuevos</p> <p>Diversificación de la cartera de clientes</p> <p>Diversificación de productos, catálogo de productos adecuado y rentable gama coherente con la estrategia de la empresa.</p> <p>Margen sobre ventas.</p> <p>Política de precios en función de productos/ servicios, segmentación, posicionamiento y estrategia empresarial.</p> <p>Los canales de distribución son los idóneos para la estrategia de la empresa.</p> <p>Riesgos principales en relación a los canales de distribución.</p> <p>Existe diferenciación, sostenible, de la empresa respecto a la competencia en la que se puede apoyar la estrategia comercial.</p> <p>Si el mercado no crece la organización tiene ventajas que le permite mejorar su situación en mayor proporción que a su competencia.</p> <p>La empresa tiene acceso a algún recurso clave que le permite aportar el mismo valor a mejor precio.</p> <p>El conocimiento del negocio y del mercado permite a la empresa encontrar espacios no cubiertos para su producto o servicio.</p> <p>7 Principales factores que explican la posición relativa de la empresa respecto a sus competidores</p> <p>Ubicación de la empresa en un mercado de tamaño amplio.</p> <p>Cartera de clientes fidelizada.</p> <p>Alta relación calidad / precio del producto o servicio ofertados.</p> <p>Dominio tecnológico.</p> <p>Red de proveedores.</p> <p>Presencia de competidores cualificados.</p> <p>8 Existe documentación actualizada sobre políticas, normas y procedimientos con especial atención a los siguientes temas:</p> <p>La organización ha definido y documentado el posicionamiento de referencia a alcanzar coherentemente con la imagen corporativa que pretende proyectar.</p> <p>La organización ha segmentado el ámbito de su actuación y de sus clientes objetivo.</p> <p>La organización tiene diseñado, aprobado y comunicado un plan de marketing operativo/ marketing mix que es razonable con las decisiones anteriores y los objetivos de la empresa</p> <p>La organización tiene implantado un sistema de información para conocer de forma adecuada las desviaciones producidas en su implantación del mix.</p> <p>La organización valora estas desviaciones y aprueba medidas correctoras.</p> |  |  |
|--|--|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|

|  |  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |  |  |
|--|--|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|
|  |  | <p>9 Obtención de evidencia acerca de la calidad y pertinencia de los informes comercial y de marketing que se emiten regularmente y de la coherencia de las conclusiones alcanzadas.</p> <p>10 Recursos humanos del departamento comercial/ marketing.<br/>Adecuada cualificación técnica para las funciones encomendadas.<br/>Motivación del personal.<br/>Planes estructurados de carrera.<br/>Niveles de rotación del personal.<br/>Salario percibido.</p> <p>11 Relaciones y coordinación con las restantes áreas funcionales<br/>Analizar la evidencia existente de relación coordinada con las áreas de:<br/>Compras.<br/>Producción.<br/>Recursos humanos.<br/>Informática.<br/>Administración.<br/>Alta dirección.</p> <p>12 Control Interno<br/>Se valora el riesgo potencial existente de fraudes.<br/>Existe documentación elaborada y procedimientos diseñados para controlar en la mayor medida posible el riesgo de fraude.</p> <p>13 Principales problemas y oportunidades de mejora del departamento<br/>Recepción de las opiniones del personal del departamento comercial/ marketing.</p> <p>14 Conclusiones de área comercial/marketing.</p> |  |  |
|--|--|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

### PROGRAMA DE VALORACIÓN

-Objetivo del área: Actividad directiva de organización

-Objetivo de la subárea: Informática

La función de informática de la entidad se desarrolla correctamente, de manera económica, eficaz y eficiente, siguiendo las directrices emanadas por la dirección y apoyando la consecución de sus objetivos

|                          |                                     |
|--------------------------|-------------------------------------|
| <b>ENTIDAD:</b>          |                                     |
| <b>ÁREA DE TRABAJO:</b>  | Actividad directiva de organización |
| <b>SUBÁREA:</b>          | Informática                         |
| <b>FECHA DE TRABAJO:</b> |                                     |

| Tiempo Estimado | Valor |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | Ref. P/T | Realizado por |
|-----------------|-------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|---------------|
|                 |       | <p>1 Fecha y alcance del trabajo.</p> <p>2 Revisión del último trabajo propio o externo efectuado en el área.</p> <p>3 Entrevista al responsable del Departamento, informarle acerca del alcance del trabajo. Recibir información de los objetivos y problemas específicos del departamento, del organigrama del mismo y de la delegación de funciones establecida.</p> <p>4 Investigar:</p> <p>El departamento de informática tiene el nivel jerárquico adecuado.</p> <p>Es correcta la delegación de responsabilidades y la segregación de funciones en el departamento y en la entidad.</p> <p>Existe claramente definidas las respectivas responsabilidades</p> <p>Existe documentación actualizada sobre políticas, normas y procedimientos con especial atención a los siguientes temas:</p> <p>Existe documentado y aprobado un plan de sistemas o de mecanización que contiene las aplicaciones a desarrollar jerárquicamente.</p> <p>Existe un documento que se conoce y se sigue donde se especifica las actuaciones y procesos concretos que las aplicaciones aprobadas exigen realizar.</p> <p>Las planificaciones son razonables, factibles, responden a los objetivos estratégicos de la dirección y disponen de los recursos materiales y humanos necesarios.</p> <p>El nivel de utilización de los equipos e instalaciones y los controles ejercidos son razonables.</p> <p>Las instalaciones físicas son suficientes.</p> <p>Existe una organización interna adecuada dentro del departamento de informática.</p> <p>Se utilizan criterios adecuados y conocidos para asignar prioridad a los trabajos.</p> <p>Se controlan los datos que se reciben para procesar y sobre la</p> |          |               |



|  |  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |  |  |
|--|--|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|
|  |  | <p>documentación correspondiente.</p> <p>Existen procedimientos claramente definidos para el procesamiento de datos. También para reprocesamientos debido a errores o a un mal funcionamiento de los equipos.</p> <p>Existen controles de calidad y de entrega a los usuarios de los resultados del procesamiento.</p> <p>Se controlan los daños físicos o las instalaciones por causas fortuitas o intencionadas.</p> <p>Se controla la interrupción del procesamiento por causas fortuitas</p> <p>Se controla la pérdida accidental de datos debida a errores operativos</p> <p>5 Inversiones en capital.</p> <p>Existe un documento de planificación temporal y de costes de necesidades de inversión.</p> <p>Es válido para la planificación del departamento financiero.</p> <p>Los proyectos de inversión tienen suficiente documentación de apoyo y la autorización necesaria del responsable.</p> <p>7 Recursos humanos del departamento de informática</p> <p>Adecuada cualificación técnica para las funciones encomendadas.</p> <p>Motivación del personal</p> <p>Planes estructurados de carrera.</p> <p>Niveles de rotación de personal.</p> <p>Salario percibido.</p> <p>8 Relaciones y coordinación con las restantes áreas funcionales</p> <p>Analizar la evidencia existente de relación coordinada con las áreas de: Económico-financiero.</p> <p>Compras.</p> <p>Producción.</p> <p>Comercial/marketing.</p> <p>Recursos humanos.</p> <p>Administración.</p> <p>Alta dirección.</p> <p>9 Control Interno:</p> <p>Se valora el riesgo potencial existente de fraudes.</p> <p>Existe documentación elaborada y procedimientos diseñados para controlar en la mayor medida posible el riesgo de fraude.</p> <p>10 Principales problemas y oportunidades de mejora del departamento.</p> <p>Recepción de las opiniones del personal del departamento informático.</p> <p>11 Conclusiones del área informática.</p> |  |  |
|--|--|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

### PROGRAMA DE VALORACIÓN

-Objetivo del área: Actividad directiva de la organización

-Objetivo de la subárea: Procesos

La organización identifica, diseña, documenta, ejecuta y controla sus procesos clave y críticos, promoviendo una actuación económica, eficaz y eficiente que apoya el cumplimiento de las directrices emanadas por la dirección, así como también facilita el desarrollo de su misión

|                          |                                     |
|--------------------------|-------------------------------------|
| <b>ENTIDAD:</b>          |                                     |
| <b>ÁREA DE TRABAJO:</b>  | Actividad directiva de organización |
| <b>SUBÁREA:</b>          | Procesos                            |
| <b>FECHA DE TRABAJO:</b> |                                     |

| Tiempo Estimado | Valor |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | Ref. P/T | Realizado por |
|-----------------|-------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|---------------|
|                 |       | <p>1 La organización diseña los procesos, incluidos aquellos procesos clave necesarios para llevar a cabo la política y estrategia.</p> <p>2 Documenta los procesos aprobados en un manual de procesos y procedimientos, mediante instrucciones y flujos de actividades.</p> <p>3 Se diseña un procedimiento para evaluar el funcionamiento de los procesos clave aprobados.</p> <p>4 Este procedimiento de evaluación se aplica periódicamente.</p> <p>5 Los resultados de su aplicación se utilizan para efectuar las medidas correctoras necesarias en los diseños de los procesos clave.</p> <p>6 Todo el personal implicado de la entidad conoce, tiene acceso y consulta el manual de procesos y procedimientos.</p> <p>7 Aplica a la gestión de procesos sistemas estandarizados internacionalmente como sistemas de calidad, sistemas de gestión medioambiental o sistemas de gestión de riesgos laborales.</p> <p>8 Implanta sistemas de medición de los procesos y establece objetivos de rendimiento.</p> <p>9 Identifica y establece prioridades para las oportunidades de mejora.</p> <p>10 Establece los métodos idóneos para llevar a efecto el cambio.</p> <p>11 Cada cambio efectuado se registra en los manuales de forma adecuada.</p> <p>12 Se comunica los cambios introducidos en los procesos a todos los grupos de interés pertinentes.</p> <p>13 Se asegura que los cambios de los procesos alcanzan los resultados previstos.</p> <p>14 Están claramente identificados los responsables del funcionamiento de los procesos clave.</p> <p>15 Estos responsables tienen el nivel de autoridad necesario para ejercer sus responsabilidades.</p> <p>16 Está establecido un sistema de evaluación independiente que opine</p> |          |               |

|  |  |                                                                   |  |  |
|--|--|-------------------------------------------------------------------|--|--|
|  |  | sobre la calidad y coherencia de los procesos críticos diseñados. |  |  |
|--|--|-------------------------------------------------------------------|--|--|

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

### PROGRAMA DE VALORACIÓN

-Objetivo del área: Actividad directiva de coordinación y dirección

-Objetivo de la subárea: Proceso de dirección/coordinación

La organización ejecuta la actividad directiva, dirección y coordinación, como un proceso racional y coherente que ayuda a conseguir los objetivos programados y promueve el alcance de su visión y misión

|                          |                                                 |
|--------------------------|-------------------------------------------------|
| <b>ENTIDAD:</b>          |                                                 |
| <b>ÁREA DE TRABAJO:</b>  | Actividad directiva de dirección y coordinación |
| <b>SUBÁREA:</b>          | Proceso de dirección/coordinación               |
| <b>FECHA DE TRABAJO:</b> |                                                 |

| Tiempo Estimado | Valor |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | Ref. P/T | Realizado por |
|-----------------|-------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|---------------|
|                 |       | <p><b>A) Máximo nivel de la dirección</b></p> <p><b>Planificación</b></p> <p>1 Existe documentación de los sistemas de información que utiliza la organización para hacer una valoración del análisis del entorno (amenazas y oportunidades) y del análisis interno (debilidades y fortalezas).</p> <p>2 De acuerdo con esa información se definen, se aprueban y se documentan los objetivos estratégicos, tácticos y operativos.</p> <p>3 Se diseñan las estrategias a los tres niveles de dirección: estratégica, táctica y operativa que permitan alcanzar los tres niveles de objetivos.</p> <p>4 Existen planes de actividades al más alto nivel tendentes a garantizar la consecución de los objetivos.</p> <p>5 Existe evidencia documental de comunicación a los niveles adecuados de esa planificación.</p> <p>6 Existe evidencia de correcta comunicación a todo el personal necesario.</p> <p>7 Se realiza seguimiento de la implementación de la planificación y se toman las medidas correctoras adecuadas.</p> <p><b>Organización</b></p> <p>1 Existe un programa detallado.</p> <p>2 Se definen los departamentos funcionales adecuados.</p> <p>3 Se organizan las actividades de acuerdo con esos departamentos.</p> <p>4 Cada departamento funcional tiene un responsable que se encarga de definir, con sus colaboradores, los objetivos funcionales y las estrategias para su consecución</p> <p>5 Cada departamento tiene asignadas las funciones de su personal y la delegación se efectúa teniendo en cuenta:</p> <p>Capacitación técnica.</p> <p>Experiencia profesional.</p> <p>Carga de trabajo.</p> |          |               |

|  |  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |  |  |
|--|--|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|
|  |  | <p>6 Se controla las actuaciones del personal dependiente en cuanto a:</p> <p>Éxito obtenido.</p> <p>Calidad del trabajo.</p> <p>Incidencias ocurridas.</p> <p>Satisfacción del personal.</p> <p>Cumplimiento de las expectativas del responsable.</p> <p><b>Dirección</b></p> <p>1 El estilo de dirección se adecúa a las necesidades de la organización.</p> <p>2 La dirección cumple razonadamente su función de representación y de liderazgo.</p> <p>3 La dirección resuelve los conflictos que aparecen, negocia y promueve la consecución de los objetivos.</p> <p>4 La dirección está permanentemente informada de las cuestiones significativas y de interés para la organización.</p> <p>5 La dirección toma sus decisiones en base a esta información.</p> <p>6 La dirección planifica, organiza, dirige y controla a la organización.</p> <p><b>Control</b></p> <p>1 Existen procedimientos para efectuar seguimiento sistemático de la consecución de objetivos por cada responsable en el que se ha delegado.</p> <p>2 Estos procedimientos se realizan periódicamente.</p> <p>3 Se registran los resultados.</p> <p>4 Se toman y se registran medidas correctoras.</p> <p><b>B) Responsables que dependen de la persona anteriormente entrevistada</b></p> <p>1 Existe documentación de los sistemas de información que utiliza la organización para hacer una valoración del entorno (amenazas y oportunidades) y del análisis interno.</p> <p>2 De acuerdo con esa información se definen, se aprueban y se documentan los objetivos estratégicos, tácticos y operativos.</p> <p>3 Se diseñan las estrategias a tres niveles: estratégico, táctico y operativo que permitan alcanzar los tres niveles de objetivos.</p> <p>4 Existen planes de actividades al más alto nivel tendentes a garantizar la consecución de los objetivos.</p> <p>5 Existe evidencia documental de comunicación a los niveles adecuados de esa planificación.</p> <p>6 Existe evidencia de correcta comunicación a todo el personal necesario.</p> <p>7 Se realiza seguimiento de la implementación de la planificación y se toman las medidas correctoras adecuadas.</p> <p><b>Organización</b></p> <p>1 Existe un organigrama detallado.</p> <p>2 Se definen los departamentos funcionales adecuados.</p> <p>3 Las tareas, actividades y procedimientos clave son compatibles con esos</p> |  |  |
|--|--|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|



|  |  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |  |  |
|--|--|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|
|  |  | <p>departamentos. En caso contrario se revisa y se reconsidera esa distribución departamental.</p> <p>4 Cada departamento funcional tiene un responsable que se encargará de definir, con sus colaboradores, los objetivos funcionales y las estrategias para su consecución.</p> <p>5 Cada departamento tiene asignadas las funciones de su personal y la delegación se efectúa teniendo en cuenta:</p> <p>Capacitación técnica.</p> <p>Experiencia</p> <p>Carga de trabajo.</p> <p>6 Se controlan las actuaciones del personal dependiente en cuanto a:</p> <p>Éxito obtenido.</p> <p>Calidad del trabajo.</p> <p>Incidencias ocurridas.</p> <p>Satisfacción del personal.</p> <p>Cumplimiento de las expectativas del responsable.</p> <p><b>Dirección</b></p> <p>1 El estilo de dirección se adecúa a las necesidades de la organización.</p> <p>2 La dirección cumple razonadamente su función de representación y liderazgo.</p> <p>3 La dirección resuelve los conflictos que aparecen, negocia y facilita la consecución de los objetivos.</p> <p>4 La dirección está permanentemente informada de cuestiones significativas y de interés para la organización.</p> <p>5 La dirección toma sus decisiones en base a esta información.</p> <p>6 La dirección planifica, organiza, dirige y controla la organización.</p> <p><b>Control</b></p> <p>1 Existen procedimientos para efectuar seguimiento sistemático de la consecución de objetivos por cada responsable en el que se ha delegado.</p> <p>2 Estos procedimientos se realizan periódicamente.</p> <p>3 Se registran los resultados.</p> <p>4 Se toman y se registran medidas correctoras.</p> |  |  |
|--|--|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

### PROGRAMA DE VALORACIÓN

-Objetivo del área: Actividad directiva de dirección y coordinación

-Objetivo de la subárea: Liderazgo

La dirección de la empresa utiliza un estilo directivo caracterizado por un liderazgo que desarrolla y facilita la consecución de la misión y la visión, promoviendo los valores necesarios para alcanzar el éxito a largo plazo e implementando todo ello mediante las acciones y los comportamientos adecuados, estando implicada directamente en asegurar que el sistema de gestión de la organización se desarrolla e implanta

|                          |                                                 |
|--------------------------|-------------------------------------------------|
| <b>ENTIDAD:</b>          |                                                 |
| <b>ÁREA DE TRABAJO:</b>  | Actividad directiva de dirección y coordinación |
| <b>SUBÁREA:</b>          | Liderazgo                                       |
| <b>FECHA DE TRABAJO:</b> |                                                 |

| Tiempo Estimado | Valor |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | Ref. P/T | Realizado por |
|-----------------|-------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|---------------|
|                 |       | 1 Están documentadas la misión y la visión de la empresa.<br>2 Están establecidos cuáles son los mecanismos para su comunicación en cascada a todo el personal.<br>3 Se comunica a todo el personal cuáles son los principios éticos y los valores que fundamentan la esencia de la cultura de la empresa.<br>4 La dirección revisa y mejora la efectividad de su propio liderazgo.<br>5 Estimula y anima a la asunción de responsabilidades.<br>6 Estimula la innovación y las actitudes de mejora permanente.<br>7 Da utilidad a las innovaciones y a las actividades de mejora cuando es procedente.<br>8 Estimula y fomenta la colaboración dentro de la empresa<br>9 Practica un estilo de dirección compatible con las diferentes características de sus colaboradores.<br>10 Se adecúa la estructura de la organización para apoyar la implantación de su política y de su estrategia.<br>11 Se asegura que se desarrolle e implante un proceso que permita el desarrollo, despliegue y actualización de la política y estrategia.<br>12 Se asegura que se implante un proceso o procesos que permitan estimular, identificar, planificar e implantar mejoras.<br>13 Comprende, satisface y proporciona respuestas a las necesidades y expectativas de su personal, clientes e interesados.<br>14 Se reconoce a personas o equipos de cualquiera de los grupos de interés en la empresa por su contribución, fidelidad...a la empresa.<br>15 El sistema de reconocimiento es conocido y satisfactorio para los participantes en la empresa.<br>16 Se apoya, y participa en actividades dirigidas a mejorar el |          |               |

|  |  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |  |  |
|--|--|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|
|  |  | <p>medioambiente y está bien integrada con la sociedad que le resulta más cercana.</p> <p>17 La dirección es accesible, escucha activamente y responde a las personas que lo demandan.</p> <p>18 Ayuda y apoya a las personas a hacer realidad sus planes, objetivos y metas.</p> <p>19 Anima y permite a las personas participar en actividades de mejora.</p> <p>20 Reconoce oportuna y adecuadamente los esfuerzos de las personas y de los equipos a cualquier nivel en el organigrama.</p> <p>21 Hay establecido, de la manera más objetiva y transparente posible un sistema de promoción interna.</p> |  |  |
|--|--|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

### PROGRAMA DE VALORACIÓN

-Objetivo del área: Actividad directiva de dirección y coordinación

-Objetivo de la subárea: Clima laboral

La organización y fundamentalmente el estilo de dirección mantiene y facilita la existencia de un clima laboral pertinente y adecuado para alcanzar los objetivos planteados y asimismo promueve el cumplimiento de las directrices emanadas por la dirección

|                          |                                                 |
|--------------------------|-------------------------------------------------|
| <b>ENTIDAD:</b>          |                                                 |
| <b>ÁREA DE TRABAJO:</b>  | Actividad directiva de dirección y coordinación |
| <b>SUBÁREA:</b>          | Clima laboral                                   |
| <b>FECHA DE TRABAJO:</b> |                                                 |

| Tiempo Estimado | Valor |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Ref. P/T | Realizado por |
|-----------------|-------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|---------------|
|                 |       | 1 Cada trabajador se percibe capacitado para ejercer sus funciones.<br>2 Cada trabajador percibe que el resto de sus compañeros están capacitados para para efectuar las funciones que tienen asignadas.<br>3 Cada trabajador se siente justamente recompensado por sus responsabilidades.<br>4 Cada trabajador percibe que las normas establecidas en la organización facilitan el desarrollo de las tareas.<br>5 El cumplimiento de las normas se exige a cada trabajador por igual.<br>6 Se percibe positivamente la política de promoción establecida.<br>7 Existe un ambiente agradable en el trabajo.<br>8 Se potencia el trabajo en equipo.<br>9 Se fomenta la calidad de las relaciones profesionales.<br>10 La delegación de responsabilidad está claramente definida, comunicada y asimilada.<br>11 Los procedimientos de trabajo establecido son adecuados.<br>12 La organización tolera los errores.<br>13 La organización valora las aportaciones personales más allá de las exigencias concretas del trabajo.<br>14 La organización hace compatible, en la medida de lo posible, la consecución de sus metas con las de los trabajadores. |          |               |

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|



### PROGRAMA DE VALORACIÓN

-Objetivo del área: Actividad directiva de dirección y coordinación

-Objetivo de la subárea: Cultura corporativa

La organización y fundamentalmente la dirección identifica y controla la cultura corporativa que opera en la entidad, consiguiendo que ésta sea la correcta y sea además coherente con la misión y visión aprobadas

|                          |                                                 |
|--------------------------|-------------------------------------------------|
| <b>ENTIDAD:</b>          |                                                 |
| <b>ÁREA DE TRABAJO:</b>  | Actividad directiva de dirección y coordinación |
| <b>SUBÁREA:</b>          | Cultura corporativa                             |
| <b>FECHA DE TRABAJO:</b> |                                                 |

| Tiempo Estimado | Valor |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | Ref. P/T | Realizado por |
|-----------------|-------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|---------------|
|                 |       | <p>1 Los edificios, su ubicación y decoración facilitan la cultura corporativa deseada. Es decir, la imagen externa proyectada armoniza con esa cultura.</p> <p>2 La presencia física de los trabajadores es adecuada.</p> <p>3 Los instrumentos de trabajo satisfactorios.</p> <p>4 Existe un procedimiento documentado de recepción de nuevos trabajadores.</p> <p>5 Está definida la persona responsable de esa recepción y se verifica que se cumple el procedimiento.</p> <p>6 Existe un protocolo documentado de relaciones con externos:</p> <p>Cientes.</p> <p>Proveedores.</p> <p>Colaboradores externos...</p> <p>7 Existe un procedimiento documentado de relaciones entre trabajadores del mismo departamento o de diferentes departamentos.</p> <p>8 Se verifica periódicamente el cumplimiento de estos protocolos por parte de los responsables de los mismos.</p> <p>9 Todos los trabajadores conocen, respetan y hacen suyos los valores fundamentales establecidos por la organización.</p> <p>10 Los valores de los empleados son compatibles con los de la organización.</p> |          |               |

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

### PROGRAMA DE VALORACIÓN

-Objetivo del área: Actividad directiva de dirección y coordinación

-Objetivo de la subárea: Imagen de la organización

La organización y fundamentalmente la dirección identifica y controla la imagen institucional que transmite al exterior consiguiendo que ésta sea la correcta y sea además coherente con la misión y la visión aprobadas

|                          |                                                 |
|--------------------------|-------------------------------------------------|
| <b>ENTIDAD:</b>          |                                                 |
| <b>ÁREA DE TRABAJO:</b>  | Actividad directiva de dirección y coordinación |
| <b>SUBÁREA:</b>          | Imagen de la organización                       |
| <b>FECHA DE TRABAJO:</b> |                                                 |

| Tiempo Estimado | Valor |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | Ref. P/T | Realizado por |
|-----------------|-------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|---------------|
|                 |       | <p>1 La dirección tiene definida y documentada la imagen institucional que quiere transmitir de forma coherente con su misión y objetivos corporativos.</p> <p>2 La organización tiene identificados sus principales clientes objetivos y sus <i>stakeholders</i>.</p> <p>3 La dirección ha determinado el posicionamiento estratégico que quiere alcanzar y en base al mismo se ha definido la imagen que debe proyectar al exterior.</p> <p>4 La organización ha definido, diseñado y documentado la estrategia a seguir para alcanzar esta imagen.</p> <p>5 La organización tiene bien estructurado el sistema de información tanto externa como interna acerca de la imagen proyectada y de cómo es percibida tanto en el exterior como internamente por parte de sus trabajadores.</p> <p>6 La organización conoce las desviaciones que se producen periódicamente entre la imagen real proyectada y la imagen deseada a proyectar.</p> <p>7 La organización establece las medidas correctoras.</p> <p>8 La organización evalúa el resultado de esas medidas.</p> |          |               |

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

### PROGRAMA DE VALORACIÓN

-Objetivo del área: Actividad directiva de control

-Objetivo de la subárea: Sistema de información

La organización tiene diseñado e implantado un sistema de información que funciona y cubre las necesidades adecuadamente, es decir, de manera económica, eficiente y eficaz a la vez que apoya el cumplimiento de las directrices emanadas por la dirección

|                          |                                |
|--------------------------|--------------------------------|
| <b>ENTIDAD:</b>          |                                |
| <b>ÁREA DE TRABAJO:</b>  | Actividad directiva de control |
| <b>SUBÁREA:</b>          | Sistema de Información         |
| <b>FECHA DE TRABAJO:</b> |                                |

| Tiempo Estimado | Valor |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | Ref. P/T | Realizado por |
|-----------------|-------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|---------------|
|                 |       | <p>1 Existe un sistema de información Definido.<br/>Establecido.<br/>Documentado.<br/>Conocido por todos los interesados.</p> <p>2 El sistema de información diseñado permite captar y procesar la información relevante.<br/>Externa.<br/>Interna.</p> <p>3 Periódicamente se evalúa el sistema de información establecido para conocer si:<br/>Sigue teniendo validez.<br/>Se aplica adecuadamente.</p> <p>4 Cada encargado de tomar decisiones a cada nivel en la entidad utiliza los datos necesarios que el sistema de información ofrece.</p> <p>5 Es eficaz, eficiente y razonable el elemento del sistema de información siguiente:<br/>Hardware.<br/>Software.<br/>Bases de Datos.<br/>Telecomunicaciones.<br/>Recursos Humanos.<br/>Procedimientos.</p> <p>6 La información suministrada por el sistema de información es:<br/>Relevante.<br/>Exacta.<br/>Suficiente<br/>Fiable<br/>Oportuna.</p> |          |               |

|  |  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |  |  |
|--|--|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|
|  |  | <p>Al detalle suficiente.<br/>         Inteligible.<br/>         Dirigida al destinatario adecuado.<br/>         7 Cada nivel de decisión en la empresa tiene definido, establecido y documentado un sistema de información adecuado que les compete.<br/>         9 Todos los sistemas de información están integrados entre sí.<br/>         10 El sistema es coherente con la cultura de la organización y con la delegación de funciones.<br/>         11 La relación coste/beneficio del sistema de información definido está dentro de unos parámetros aceptables para la dirección.<br/>         12 En caso contrario se barajan diferentes alternativas de sustitución.<br/>         13 El sistema de información es seguro frente a :<br/>         Averías.<br/>         Daños intencionados.<br/>         14 El sistema de información se ocupa de la gestión integral de todos los aspectos relacionados con la información de la organización:<br/>         Tecnológicos.<br/>         Humanos.<br/>         Organizativos.<br/>         15 Está definido quiénes son los responsables del mantenimiento y control del sistema de información para cada nivel.<br/>         16 Está definido quiénes son los responsables de integrar todos los subsistemas de información de cada nivel en el sistema de información general de la empresa.<br/>         17 El sistema de información se adapta permanentemente a las nuevas necesidades y mediante tecnología adecuada porque produce un ratio razonable coste/valor de la información aportada.<br/>         18 Todo decisor a cualquier nivel de la organización utiliza los resultados facilitados por el sistema de información implantado.</p> |  |  |
|--|--|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|



|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

## PROGRAMA DE VALORACIÓN

-Objetivo del área: Actividad directiva de control

-Objetivo de la subárea: Sistema de control interno

El diseño del sistema de control interno de la organización promueve un comportamiento económico, eficaz y eficiente que apoya el cumplimiento de las directrices emanadas por la dirección, así como también facilita el desarrollo de su misión

|                          |                                |
|--------------------------|--------------------------------|
| <b>ENTIDAD:</b>          |                                |
| <b>ÁREA DE TRABAJO:</b>  | Actividad directiva de control |
| <b>SUBÁREA:</b>          | Sistema de control interno     |
| <b>FECHA DE TRABAJO:</b> |                                |

| Tiempo Estimado | Valor |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | Ref. P/T | Realizado por |
|-----------------|-------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|---------------|
|                 |       | <p>1 Los objetivos estratégicos, tácticos y operativos se definen a todos los niveles, se comunican a los responsables y se controla su cumplimiento.</p> <p>2 Existe un sistema de información definido, establecido, documentado para cada nivel de responsabilidad.</p> <p>3 Todos estos sistemas de información están integrados y proporcionan una información corporativa coherente y correcta.</p> <p>4 Los sistemas de información captan toda información relevante procedente del ámbito interno y del externo a la entidad.</p> <p>5 Existe un organigrama detallado.</p> <p>6 Los empleados conocen cuáles son sus tareas, de qué son responsables, cómo han de hacer su trabajo y qué ocurre si no lo hacen responsablemente.</p> <p>7 Existe un adecuado sistema de supervisión y control de trabajo efectuado en niveles inferiores.</p> <p>8 Hay una política de seguros para los activos y para las personas.</p> <p>9 Todos los activos están registrados. No hay registrados activos no propiedad de la empresa o dados de baja.</p> <p>10 No se producen con frecuencia robos, fraudes, accidentes.</p> <p>11 La organización tiene establecido un sistema de evaluación y prevención de riesgos laborales de acuerdo a sus necesidades y en cumplimiento de la normativa que le es aplicable.</p> <p>12 La organización tiene establecido un sistema de gestión medioambiental de acuerdo a sus necesidades en cumplimiento a la normativa aplicable.</p> <p>13 Existen planes documentados a largo, medio y corto plazo para cada nivel de dirección y para cada área funcional.</p> <p>14 Se trabaja de manera coordinada.</p> <p>15 Se elaboran presupuestos acordes con la realidad existente.</p> <p>16 Se realizan auditorías internas bien concebidas con los medios suficientes y la frecuencia necesaria.</p> <p>17 Existe una adecuada relación entre los auditores internos y los externos y trabajan en colaboración.</p> |          |               |

|  |  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |  |  |
|--|--|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|
|  |  | <p>18 Existen procedimientos documentados para la selección, reclutamiento, carreras profesionales, promoción, integración y participación de los recursos humanos.</p> <p>19 Existe una política de prevención.</p> <p>20 Hay un código de conducta.</p> <p>21 Existe una política documentada para los casos de existencia de fraude o de irregularidades.</p> <p>22 Existe evidencia de aplicación de esta política cuando ha sido necesario.</p> |  |  |
|--|--|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

### PROGRAMA DE VALORACIÓN

-Objetivo del área: Actividad directiva de control

-Objetivo de la subárea: Sistemas de calidad

El diseño del sistema establecido por la organización para garantizar el nivel adecuado de calidad en los productos y o servicios ofertados, funciona adecuadamente y permite una actuación económica, eficiente, eficaz y de calidad y además apoya el cumplimiento de las directrices emanadas por la dirección

|                          |                                |
|--------------------------|--------------------------------|
| <b>ENTIDAD:</b>          |                                |
| <b>ÁREA DE TRABAJO:</b>  | Actividad directiva de control |
| <b>SUBÁREA:</b>          | Sistema de calidad             |
| <b>FECHA DE TRABAJO:</b> |                                |

| Tiempo Estimado | Valor |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Ref. P/T | Realizado por |
|-----------------|-------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|---------------|
|                 |       | <p>1 Antes de ofertar un producto o servicio se investiga las necesidades y preferencias del segmento de clientes a los que se quiere dirigir la empresa.</p> <p>2 Se establecen planes pilotos para ajustar las características de los productos y/o servicios de la empresa con los deseos de los clientes objetivo.</p> <p>3 Se establecen métodos obtención de información periódica acerca de la satisfacción de los clientes, de los usuarios y de los prescriptores, en su caso.</p> <p>4 En base a la información obtenida se proponen las medidas correctoras</p> <p>5 Se implantan las medidas correctoras y se hace seguimiento de los resultados con ellas obtenidos.</p> <p>6 Cada producto/servicio tiene documentado su aportación de valor.</p> <p>7 Están identificados los clientes externos e internos así como otros grupos de interés.</p> <p>8 Existe un sistema competente de tratamientos de quejas presentadas por los clientes.</p> <p>9 Se planifica la calidad, no se improvisa su aseguramiento.</p> <p>10 Está coordinado el sistema de calidad entre las diferentes áreas funcionales.</p> <p>11 Se establecen estándares de calidad adecuados al posicionamiento que la estrategia desea para la empresa.</p> <p>12 Se evalúa su cumplimiento.</p> <p>13 Existe un sistema establecido para la captación de los profesionales adecuados para el área.</p> <p>14 Existen establecidos indicadores de calidad a todos los niveles de la dirección.</p> <p>15 Existe un sistema establecido para la mejora continua en todas las</p> |          |               |

|  |  |                                                                                                                                                                                                                                                     |  |  |
|--|--|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|
|  |  | <p>actividades de la organización y a todos los niveles.</p> <p>16 Se invierten recursos en la certificación externa de los sistemas de calidad establecidos.</p> <p>17 La dirección al más alto nivel se involucra en los sistemas de calidad.</p> |  |  |
|--|--|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

### PROGRAMA DE VALORACIÓN

-Objetivo del área: Análisis económico, financiero y patrimonial de la organización

-Objetivo de la subárea: Rentabilidad económica y financiera

Analizar la rentabilidad económica y financiera de la empresa y determinar las causas principales de las mismas

|                          |                                                                 |
|--------------------------|-----------------------------------------------------------------|
| <b>ENTIDAD:</b>          |                                                                 |
| <b>ÁREA DE TRABAJO:</b>  | Análisis económico, financiero y patrimonial de la organización |
| <b>SUBÁREA:</b>          | rentabilidad <sup>1</sup> económica y financiera                |
| <b>FECHA DE TRABAJO:</b> |                                                                 |

| Tiempo Estimado | Valor                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | Ref. P/T | Realizado por |
|-----------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|---------------|
|                 | <p>A) Rentabilidad Económica de la empresa durante los tres últimos años</p> <p><b>Evolución de la rentabilidad económica de la empresa en los tres últimos años</b></p> <p>Año -2<br/> <math display="block">\text{Rentabilidad económica} = \frac{\text{Resultado del ejercicio después de impuestos y antes de intereses}}{\text{Activo total medio total ejercicio}}</math></p> <p>Año -1<br/> <math display="block">\text{RE (año -1)} = \frac{\text{R d Im a int}}{\text{AT m (año -1)}}</math></p> <p>Año 0<br/> <math display="block">\text{RE año 0} = \frac{\text{R d Im a Int}}{\text{AT m}}</math></p> <p><b>Evolución del margen durante los tres últimos años</b></p> <p>Margen Año -2<br/> <math display="block">\text{M (año -2)} = \frac{\text{Resultado (año -2)}}{\text{Ingresos (año -2)}}</math></p> |          |               |

---

<sup>1</sup> Papales de trabajo elaborados utilizando la metodología de Diéguez, J. para el estudio de la rentabilidad empresarial, en la obra, GARCÍA, V. (2010): “Viabilidad financiera de la empresa de negocios” Tirant lo Blanch pp 173-216



|  |  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |  |  |
|--|--|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|
|  |  | <p>Margen Año -1</p> <p><math>M(\text{año } -1) = \text{Resultado} / \text{ingresos}</math></p> <p>Margen Año 0</p> <p><math>M(\text{año } 0) = \text{Resultado} / \text{Ingresos}</math></p> <p><b>Evolución de la rotación durante los tres últimos años</b></p> <p>Rotación Año -2</p> <p><math>R(\text{año } -2) = \text{Ingresos}(\text{año } -2) / \text{Inversión}(\text{año } -2)</math></p> <p>Rotación Año -1</p> <p><math>R(\text{año } -1) = \text{Ingresos} / \text{Inversión}</math></p> <p>Rotación año 0</p> <p><math>R(\text{año } 0) = \text{Ingresos} / \text{Inversión}</math></p> <p><b>Evolución del PMM (período medio de maduración) de los tres últimos años</b></p> <p>Año -2</p> <p><math>R1(\text{rotación exist mat primas}) = \text{Consumo de mercaderías} / \text{stock de mercaderías}</math><br/> <math>360 / R1 = n1</math> (nº de días para las materias primas)</p> <p><math>R2(\text{rotación product. en curso}) = \text{Producción terminada} / \text{stock de productos en curso}</math><br/> <math>360 / R2 = n2</math> (nº de días para productos en curso)</p> <p><math>R3(\text{rotación productos terminados}) = \text{Producción terminada} / \text{stock de productos terminados}</math><br/> <math>360 / R3 = n3</math> (nº de días para productos terminados)</p> <p><math>R4(\text{rotaciones saldo medio clientes}) = \text{Ventas} / \text{saldo medio de clientes}</math><br/> <math>360 / R4 = n4</math> (nº de días para cobro clientes)</p> <p><b>PMM</b> (año -3) = <math>n1+n2+n3+n4</math></p> <p>Ídem año -1</p> <p>Ídem año 0</p> <p><b>Evolución del PMP (período medio de pago) de los tres últimos años</b></p> |  |  |
|--|--|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|

|  |  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |  |  |
|--|--|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|
|  |  | <p> <math display="block">R5 \text{ (rotación proveedores)} = (\text{Compras materias primas} + \text{compras otros gastos}) / (\text{saldo total de todos los proveedores})</math> <math display="block">360 / R5 = n5 \text{ (nº de días pago a proveedores)}</math> </p> <p><b>Conclusiones de la evolución de los ratios económicos y de los períodos de maduración. Valoración media</b></p> <p>B) Rentabilidad Financiera de la empresa durante los tres últimos años</p> <p>Rentabilidad Financiera Año -2</p> <p> <math display="block">RF \text{ (año -2)} = \text{Resultado después de impuestos (año -2)} / \text{Patrimonio Neto medio (año -2)}</math> </p> <p>Rentabilidad Financiera Año -1</p> <p> <math display="block">RF \text{ (año -1)} = Rtdo \text{ (año -1)} / PN \text{ medio (año -1)}</math> </p> <p>Rentabilidad Financiera Año 0</p> <p> <math display="block">RF \text{ (año 0)} = Rtdo \text{ (año 0)} / PN \text{ medio (año 0)}</math> </p> <p><b>Conclusiones de la evolución de los ratios financieros. Valoración media</b></p> |  |  |
|--|--|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

### PROGRAMA DE VALORACIÓN

-Objetivo del área: Análisis económico, financiero y patrimonial de la organización

-Objetivo de la subárea: Solvencia financiera de la organización

Analizar la solvencia financiera de la empresa y determinar las causas principales de la misma

|                          |                                                                 |
|--------------------------|-----------------------------------------------------------------|
| <b>ENTIDAD:</b>          |                                                                 |
| <b>ÁREA DE TRABAJO:</b>  | Análisis económico, financiero y patrimonial de la organización |
| <b>SUBÁREA:</b>          | Solvencia <sup>1</sup> financiera de la organización            |
| <b>FECHA DE TRABAJO:</b> |                                                                 |

| Tiempo Estimado | Valor                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | Ref. P/T | Realizado por |
|-----------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|---------------|
|                 | <p><b>1 adecuación de las partidas del balance</b></p> <p><b>(AL)</b> Activos líquidos ( tesorería, activos financieros de fácil realización)</p> <p><b>(Aco)</b> Activo comercial (existencias, clientes, deudores corrientes, efectos comerciales a cobrar...)</p> <p><b>(ACL)</b> Activo de ciclo largo (instalaciones, elementos de transporte, maquinaria)</p> <p><b>(ANC)</b> Activo no cíclico (edificios, terrenos, activos financieros no para su realización, deudores morosos...)</p> <p><b>(PCNC)</b> Pasivo a corto no comercial (deudas financieras a corto plazo)</p> <p><b>(Pco)</b> Pasivo comercial (proveedores, acreedores por prestaciones de servicios, efectos comerciales a pagar, hacienda y seguridad social acreedoras ...)</p> <p><b>(DLP)</b> Deuda financiera largo plazo (préstamos l/p, obligaciones...)</p> |          |               |

<sup>1</sup> En la elaboración de los papeles de trabajo se ha utilizado la metodología desarrollada por GARCÍA, V., puede consultarse en GARCÍA, V. (2010): “Viabilidad financiera de la empresa de negocios”.Para el autor el protagonismo de la financiación de la empresa industrial recae principalmente en los recursos propios mientras que la empresa comercial en el pasivo comercial op. cit., p. 69

|  |  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |  |  |
|--|--|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|
|  |  | <p><b>(RP)</b> Recursos propios (capital social, reservas, beneficios pendientes de distribución, subvenciones, legados...)</p> <p><b>2 análisis estático</b></p> <p>2.1 largo plazo</p> <p><math>ACL &gt; \_ DLP</math></p> <p><math>ANC &lt; PN</math></p> <p>Conclusiones de la comparación de las magnitudes</p> <p>2.2 Corto plazo</p> <p><math>FM \text{ (Fondo de maniobra)} = AC \text{ (Activo circulante)} - PC \text{ (Pasivo circulante)} = LN + NF</math></p> <p><math>NF \text{ (necesidades financieras)} = Aco - Pco</math></p> <p><math>LN \text{ (liquidez neta)} = AL - PCNC</math></p> <p>Conclusiones sobre la solvencia de la empresa a corto plazo</p> <p>¿Están los activos de la empresa adecuadamente financiados de acuerdo con su actividad?</p> <p>Valoración media</p> <p><b>3 análisis dinámico</b></p> <p>Período año -2 y año -1</p> <p><math>RG &gt; \_ VNF + af</math></p> <p><math>RG \text{ (recursos generados por la actividad ordinaria de la empresa: } Rtados + G(np) - I(nc) + G \text{ (extr.)} - I \text{ (extr.)})</math></p> <p><math>G(np)</math>: Gastos que no conllevan pagos<br/> <math>I(nc)</math>: Ingresos que no suponen cobros<br/> <math>G \text{ (extr.)}</math>: Gastos extraordinarios<br/> <math>I \text{ (extr.)}</math>: Ingresos extraordinarios<br/> <math>VNF</math>: variación de las necesidades financieras de dos años consecutivos<br/> <math>af</math>: amortización financiera</p> |  |  |
|--|--|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|

|  |  |                                                                                                                                                                                                                     |  |  |
|--|--|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|
|  |  | <p>Período año -1 y año 0</p> <p><math>RG \geq VNF + af</math></p> <p>¿Genera la empresa tesorería suficiente a través de su actividad ordinaria para atender sus compromisos de pagos?</p> <p>Valoración media</p> |  |  |
|--|--|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|



|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

## PROGRAMA DE VALORACIÓN

Objetivo del área: Entorno de la organización

Subárea: Análisis del entorno

La organización realiza un análisis periódico de su entorno tanto el inmediato como el más alejado y utiliza los resultados para diseñar sus estrategias

|                          |                                   |
|--------------------------|-----------------------------------|
| <b>ENTIDAD:</b>          |                                   |
| <b>ÁREA DE TRABAJO:</b>  | Entorno de la organización        |
| <b>SUBÁREA:</b>          | Análisis del entorno <sup>1</sup> |
| <b>FECHA DE TRABAJO:</b> |                                   |

| Tiempo Estimado | Valor                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | Ref. P/T | Realizado por |
|-----------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|---------------|
|                 | <p><b>1 Dimensión Político / Legal</b><br/> Reformas legales.<br/> Legislación para discapacitados.<br/> Desregulación sectorial.<br/> Nivel de salario mínimo.<br/> Situación política.<br/> Política fiscal.</p> <p><b>2 Dimensión Económica</b><br/> Evolución del PIB.<br/> Evolución de precios.<br/> Tipos de interés.<br/> Tasa de desempleo.<br/> Balanza de pagos.<br/> Nivel de productividad.<br/> Mercado de capitales.<br/> Recursos energéticos.<br/> Política industrial.<br/> Política monetaria.<br/> Disponibilidad y distribución de recursos.<br/> Nivel de desarrollo.<br/> Recursos disponibles.</p> <p><b>Dimensión Sociocultural</b><br/> Edad de la población.</p> |          |               |

---

<sup>1</sup> Papeles de trabajo realizados utilizando la metodología PEST para el análisis del entorno, en CARRIÓN, J. (2006): “Estrategia de la visión a la acción” Editorial Esic p 77

|  |  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |  |  |
|--|--|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|
|  |  | <p>Niveles de riqueza por zonas geográficas.<br/> Evolución de la composición étnica.<br/> Distribución geográfica de la población.<br/> Distribución de la renta.<br/> Número de mujeres en el mercado laboral.<br/> Número de trabajadores temporales.<br/> Nivel de preocupación por el medio ambiente.<br/> Valores y actitudes hacia la empresa.<br/> Poder de los grupos sociales.<br/> Conflictividad laboral.<br/> Mercado de trabajo.<br/> Poder de los sindicatos.<br/> Nivel educativo de la población.<br/> Pautas culturales.</p> <p><b>Dimensión tecnológica</b><br/> Nivel de uso de Internet.<br/> Desarrollo de ingeniería genética.<br/> Comunicaciones inalámbricas.<br/> Política de I+D (nivel de apoyo institucional).<br/> Nivel de conocimientos científicos y tecnológicos.<br/> Infraestructura científica y tecnológica.<br/> Madurez de las tecnologías actuales.<br/> Disponibilidad de nuevas tecnologías.<br/> Capacidad de innovación tecnológica.</p> |  |  |
|--|--|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

## PROGRAMA DE VALORACIÓN

Objetivo del área: Entorno de la organización

Subárea: Análisis del sector de actividad de la organización

La organización está informada de las características, comportamiento y evolución previsible del sector de actividad al que pertenece

|                          |                                               |
|--------------------------|-----------------------------------------------|
| <b>ENTIDAD:</b>          |                                               |
| <b>ÁREA DE TRABAJO:</b>  | Entorno de la organización                    |
| <b>SUBÁREA:</b>          | Análisis del sector de actividad <sup>1</sup> |
| <b>FECHA DE TRABAJO:</b> |                                               |

| Tiempo Estimado | Valor                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Ref. P/T | Realizado por |
|-----------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|---------------|
|                 | <p><b>1 Rivalidad entre los competidores existentes</b><br/> Numerosos competidores con fuerzas equilibradas.<br/> Numerosos competidores y diferentes en la forma de entender el negocio.<br/> Crecimiento lento de la industria.<br/> Alta estructura de costes fijos.<br/> Falta de diferenciación en producto o costes de cambio.<br/> Alta capacidad productiva instalada en el sector.<br/> Altas barreras de salida.<br/> Fuertes intereses estratégicos de muchas empresas.<br/> Altas barreras a la movilidad.</p> <p><b>2 Competidores potenciales (barreras de entradas)</b><br/> Existencia de economías de escala y alcance.<br/> La diferenciación del producto.<br/> Grandes necesidades de capital para competir.<br/> Altos costes de cambio de proveedores para los clientes.<br/> Dificultad de acceso a los canales de distribución.<br/> Existencia de desventajas en costes independientes de escala.<br/> Sector con tradición de fuertes represalias a los nuevos entrantes.<br/> Empresas ya establecidas de alto poder financiero que cuentan con enormes recursos para defenderse.</p> <p><b>3 Productos sustitutos</b><br/> Existen productos sustitutivos de proveedores cuya utilización no</p> |          |               |

<sup>1</sup> Para la realización de los papeles de trabajo del análisis de la actividad se utiliza el modelo de las cinco fuerzas de Porter complementado por tres nuevas de Downes y Mui presentado por CARRIÓN, J. (2006): "Estrategia de la visión a la acción" Editorial Esic pp 86-92 y 96-97

|  |  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |  |  |
|--|--|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|
|  |  | <p>empeora la calidad, la imagen, el precio del producto fabricado por el cliente.</p> <p><b>4 Poder de negociación de los clientes</b><br/> Sus compras suponen un alto porcentaje de las ventas totales de la empresa.<br/> Los productos que compra son estándares.<br/> Tiene pequeños costes de cambio.<br/> El cliente trabaja con escasos márgenes.<br/> Considera en gran medida una integración hacia atrás<br/> El producto no es esencial para la calidad del producto ofertado por el cliente.</p> <p><b>5 El poder de negociación de los proveedores</b><br/> Existen pocos proveedores.<br/> No existen productos sustitutivos.<br/> El sector no es un importante cliente del grupo proveedor.<br/> El producto del proveedor constituye un suministro importante para el negocio del comprador.<br/> Los productos de los proveedores son diferenciados o han creado costes de cambio.<br/> El grupo de proveedores plantea una amenaza real de integración hacia delante.</p> <p><b>6 Digitalización</b><br/> El sector obliga a la empresa a utilizar sistemas de información, redes públicas, bases de datos abiertas y entornos colaborativos.</p> <p><b>7 Globalización</b><br/> El sector utiliza las nuevas tecnologías para tener presencia en múltiples países.</p> <p><b>9 Desregulación</b><br/> Es un sector desregulado lo que incrementa la competencia, la innovación y el desarrollo tecnológico.</p> |  |  |
|--|--|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|



|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

### PROGRAMA DE VALORACIÓN

-Objetivo del área: Análisis Integrado interno y externo

-Subárea: Análisis DAFO

La organización integra los resultados del análisis interno y del externo y define e integra su posición DAFO

|                          |                                      |
|--------------------------|--------------------------------------|
| <b>ENTIDAD:</b>          |                                      |
| <b>ÁREA DE TRABAJO:</b>  | Análisis integrado interno y externo |
| <b>SUBÁREA:</b>          | Análisis DAFO                        |
| <b>FECHA DE TRABAJO:</b> |                                      |

| Tiempo Estimado | Valor |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | Ref. P/T | Realizado por |
|-----------------|-------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|---------------|
|                 |       | <p><b>1 Interno</b><br/>                     Debilidades provenientes del análisis interno de la organización (calidad de la dirección y gestión de la empresa, ventajas competitivas, rentabilidad, solvencia financiera...).</p> <p>Fortalezas derivadas del análisis interno de la organización (calidad de la dirección y gestión de la empresa, ventajas competitivas, rentabilidad, solvencia financiera...).</p> <p><b>2 Externo</b><br/>                     Amenazas derivadas del análisis del entorno y del análisis del sector.<br/>                     Oportunidades derivadas del análisis del entorno y del análisis del sector.</p> |          |               |

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

### PROGRAMA DE VALORACIÓN

-Objetivo del área: Análisis Integrado interno y externo

-Subárea: Análisis de las ventajas competitivas de la empresa

La organización realiza periódicamente un análisis interno y conoce sus ventajas competitivas

|                          |                                                  |
|--------------------------|--------------------------------------------------|
| <b>ENTIDAD:</b>          |                                                  |
| <b>ÁREA DE TRABAJO:</b>  | Análisis integrado interno y externo             |
| <b>SUBÁREA:</b>          | Ventajas competitivas de la empresa <sup>1</sup> |
| <b>FECHA DE TRABAJO:</b> |                                                  |

| Tiempo Estimado | Valor |                                                                                                                                                                                                                                                                            | Ref. P/T | Realizado por |
|-----------------|-------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|---------------|
|                 |       | <p>Ventaja competitiva (mayor rentabilidad).</p> <p><b>1 Bajos costes: proceso</b><br/>Eficiencia.<br/>Calidad.<br/>Innovación.</p> <p><b>2 Diferenciación : producto</b><br/>Calidad.<br/>Innovación.<br/>Capacidad de satisfacción al cliente.</p> <p><b>3 Otras</b></p> |          |               |

---

<sup>1</sup> Clasificación realizada por NAVAS, J. E. ; GUERRAS, L. A.(2002): “La dirección estratégica de la empresa” Editorial Cívitas p 233

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

### PROGRAMA DE VALORACIÓN

-Objetivo del área: Tipología de la crisis que afecta a la empresa

-Subárea: Crisis económica

La organización conoce los tipos de crisis establece indicadores para diagnosticarla y en base al mismo diseña los correctores adecuados

|                          |                                                |
|--------------------------|------------------------------------------------|
| <b>ENTIDAD:</b>          |                                                |
| <b>ÁREA DE TRABAJO:</b>  | Tipología de la crisis que afecta a la empresa |
| <b>SUBÁREA:</b>          | Crisis económica                               |
| <b>FECHA DE TRABAJO:</b> |                                                |

| Tiempo Estimado | Valor |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | Ref. P/T | Realizado por |
|-----------------|-------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|---------------|
|                 |       | <p>1 Problemas de margen</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- La empresa puede subir los precios. Está documentada la política de precios de su competencia directa.</li> <li>-La empresa puede reducir sus costes:</li> <li>-Los activos que utiliza para la actividad.</li> <li>-La empresa puede reducir personal.</li> <li>-La empresa tiene capacidad productiva libre que puede utilizar.</li> </ul> <p>2 Problemas de rotación</p> <p>La empresa tiene capacidad instalada para incrementar la producción. Documentos (preacuerdos, estudios de mercado, acuerdos de internacionalización, de exportación...).</p> <p>La empresa tiene capacidad para vender más:</p> <p>Más cantidad del mismo producto a los mismos clientes. Documentos de preacuerdos, presupuestos aprobados...</p> <p>Más cantidad de productos a los mismos clientes. Documentación de preacuerdos, presupuestos aprobados...</p> <p>El mismo producto o productos distintos a nuevos clientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-de la misma zona geográfica, distinta tipología.</li> <li>-de diferente zona geográfica (comunidad, países).</li> </ul> |          |               |



|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

### PROGRAMA DE VALORACIÓN

-Objetivo del área: Tipología de la crisis que afecta a la empresa

-Subárea: Crisis financiera

La organización conoce los tipos de crisis más frecuentes y utiliza indicadores para diagnosticarla y en base al mismo establece medidas correctoras

|                          |                                                |
|--------------------------|------------------------------------------------|
| <b>ENTIDAD:</b>          |                                                |
| <b>ÁREA DE TRABAJO:</b>  | Tipología de la crisis que afecta a la empresa |
| <b>SUBÁREA:</b>          | Crisis financiera                              |
| <b>FECHA DE TRABAJO:</b> |                                                |

| Tiempo Estimado | Valor                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Ref. P/T | Realizado por |
|-----------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|---------------|
|                 | <p><b>1 Crisis de tesorería. No puede atender algún pago puntual</b><br/>Capacidad de la empresa para obtener endeudamiento a corto plazo. Documentos de preacuerdos con instituciones de crédito.</p> <p><b>2 Crisis de liquidez. Incapacidad de atender varios pagos a su vencimiento</b><br/>Capacidad para extender el período de pago. Documentos de preacuerdo con proveedores y acreedores.<br/>Capacidad para acortar los períodos de cobro. Documentos de preacuerdos con los clientes.<br/>Capacidad de renegociar la deuda en cuanto a plazos de vencimiento, y en cuanto a coste del capital.</p> <p><b>3 Insolvencia (imposibilidad de satisfacer sus obligaciones a largo incluso vendiendo sus activos)</b><br/>-Posibilidad de incrementar el capital de la empresa y los recursos propios con (los mismos socios, nuevos socios públicos o privados, donaciones, legados, subvenciones).</p> |          |               |

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

### PROGRAMA DE VALORACIÓN

Objetivo del área: Análisis del planteamiento de la empresa recogido en su plan de viabilidad

Subárea: Calidad de los datos previsionales

Analizar la calidad de las previsiones de la empresa en base a la información existente

|                          |                                          |
|--------------------------|------------------------------------------|
| <b>ENTIDAD:</b>          |                                          |
| <b>ÁREA DE TRABAJO:</b>  | Análisis del planteamiento de la empresa |
| <b>SUBÁREA:</b>          | Calidad de los datos previsionales       |
| <b>FECHA DE TRABAJO:</b> |                                          |

| Tiempo Estimado | Valor |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | Ref. P/T | Realizado por |
|-----------------|-------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|---------------|
|                 |       | <p><b>1 La empresa elabora unos datos previsionales para los próximos tres años que apoyan su plan de viabilidad</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-Plantea tres escenarios posibles y les asigna a cada uno de ellos una probabilidad de cumplimiento.</li> <li>- Las hipótesis de ingresos son coherentes y se apoyan en el análisis interno de la empresa, en sus debilidades y fortalezas.</li> <li>-Las hipótesis de ingresos son coherentes y razonables con los datos del entorno macroeconómico obtenidos de los estudios que utiliza la empresa y cuya fiabilidad se ha evaluado.</li> <li>-Las hipótesis de ingresos son coherentes y razonables con la información extraída acerca del sector de actividad en el que opera o plantea operar.</li> <li>-Las hipótesis de ingresos son coherentes y razonables con las ventajas competitivas de la empresa.</li> <li>-Las hipótesis de ingresos son razonables con la tipología de la crisis que afecta a la empresa así como con la estrategia que la empresa ha determinado para los próximos tres años.</li> <li>-Las hipótesis de ingresos cuentan con documentación externa que las avala.</li> <li>-Las hipótesis de gastos tienen en cuenta todos los costes en los que se va a incurrir al implementar la estrategia (plantilla de necesidades financieras).</li> <li>-Las hipótesis de gastos cuentan con documentación externa que las avalan.</li> <li>-Las hipótesis de cobros y pagos son coherentes con la estrategia aprobada.</li> </ul> |          |               |

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|



### PROGRAMA DE VALORACIÓN

-Objetivo del área: Análisis del planteamiento de la empresa recogido en su plan de viabilidad

-Subárea: Análisis de la estrategia planteada

Determinar si la estrategia planteada por la empresa en su plan de viabilidad y que es el soporte para la justificación de la atención de las obligaciones generadas es coherente con los resultados obtenidos en el análisis de la empresa y de su entorno y factible con una probabilidad razonable

|                          |                                          |
|--------------------------|------------------------------------------|
| <b>ENTIDAD:</b>          |                                          |
| <b>ÁREA DE TRABAJO:</b>  | Análisis del planteamiento de la empresa |
| <b>SUBÁREA:</b>          | Análisis de la estrategia planteada      |
| <b>FECHA DE TRABAJO:</b> |                                          |

| Tiempo Estimado | Valor |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | Ref. P/T | Realizado por |
|-----------------|-------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|---------------|
|                 |       | <p><b>Opción 1 ) La empresa plantea liderazgo en costes</b></p> <p>Uso de nueva tecnología<br/> Racionalización de la capacidad productiva<br/> Rediseño de los procesos<br/> Reajuste de plantilla<br/> Reajuste de activos<br/> Formación de los RRHH<br/> Reajuste en compras<br/> Reajuste en distribución<br/> Ubicación de los locales<br/> Racionalización y control de los gastos<br/> Renegociación con proveedores<br/> Renegociación con clientes<br/> Otros...</p> <p>Coherencia de la estrategia (en relación a la empresa y a su entorno macroeconómico y sectorial, así como en relación con la tipología de la crisis que afecta a la empresa: económica y / o financiera)<br/> Cuantificación de la estrategia en términos de coste y de tiempo<br/> Documentación que avala la estrategia:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- de acuerdos con proveedores,</li> <li>- con representantes del personal</li> <li>- clientes</li> <li>- aceptación de presupuestos de proveedores: tecnológicos, formativos, de materias primas, inmobiliarios...</li> </ul> |          |               |

|  |  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |  |  |
|--|--|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|
|  |  | <ul style="list-style-type: none"> <li>- acuerdos con distribuidores</li> <li>- estudios sectoriales</li> <li>- estudios macroeconómicos</li> </ul> <p><b>Opción 2 ) La empresa plantea diferenciación<sup>1</sup></b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- En producto</li> </ul> <p>Características físicas<br/>Rendimiento<br/>Funcionalidad<br/>Accesorios</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- En mercado</li> </ul> <p>Social , psicológico, estético<br/>Percepción del producto<br/>Gustos y necesidades de los clientes<br/>Forma de concebir el negocio</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- En las características de la empresa</li> </ul> <p>Imagen, prestigio, valores, cultura<br/>Relación con los clientes</p> <p>Coherencia de la estrategia (en relación a la empresa y a su entorno macroeconómico y sectorial, así como en relación a la tipología de la crisis que afecta a la empresa: económica y / o financiera)<br/>Cuantificación de la estrategia en términos de coste y de tiempo</p> <p>Documentación que avala la estrategia:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-informes de investigación de mercado de la empresa y de sus competidores</li> <li>-informes sectoriales y macroeconómicos</li> <li>-estudios técnicos del producto</li> </ul> <p><b>Opción 3) Liderazgo en costes con diferenciación</b></p> <p>Todos los ítems de la opción 1 y 2 combinados</p> <p><b>Integración de la opción elegida en una estrategia de supervivencia o de crecimiento</b></p> |  |  |
|--|--|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|

<sup>1</sup> Variables de diferenciación modificadas de las planteadas por NAVAS, J. E. ; GUERRAS, L. A. (2002): “La dirección estratégica de la empresa” Editorial Cívitas p 248

|  |  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |  |  |
|--|--|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|
|  |  | <p><b>Necesidades financieras para la implementación de la estrategia que plantea la empresa</b></p> <p>Reestructuración de personal<br/> Costes de desinversión<br/> Costes de cambio de ubicación<br/> Nueva maquinaria<br/> Capacitación de los trabajadores<br/> Nuevas contrataciones<br/> Incremento de costes de marketing(publicidad, promociones, distribución)<br/> Estudios de mercado<br/> Reingeniería de procesos<br/> Incremento del crédito comercial o del tiempo de vencimiento</p> <p><b>Fuentes financieras para aplicar a la estrategia</b></p> <p>Incrementos de capital. Documentación preliminar<br/> Renegociaciones de deuda. Documentación preliminar<br/> Incremento de deuda. Documentación preliminar<br/> Incremento del crédito de los proveedores o de su vencimiento.<br/> Documentación preliminar<br/> Ventas de activos desafectos<br/> Decremento de los activos afectos, liberalización y realización de los sobrantes<br/> Disminuciones de los <i>stocks</i> de aprovisionamiento</p> |  |  |
|--|--|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

## **ANEXO II**

**Resultados agregados del panel de expertos: jueces, académicos, administradores concursales abogados y administradores concursales economistas**



## CUESTIONARIO DELPHI

### BLOQUE NORMATIVO

1)

La mayor parte de la doctrina considera que el objetivo principal de la Ley Concursal es la maximización del interés de los acreedores. Sin embargo algunos opinan que el objetivo fundamental es la continuidad de la empresa y el mantenimiento del empleo, o por lo menos lo ponen al mismo nivel.

En su opinión, ¿cuál debería ser el/los objetivo/s principales del concurso?  
(poner x donde proceda)

|    |                                                                                                                                                   | Agregado<br>Total 1ª ronda |        |        | AgregadoTotal 2ª<br>ronda |        |
|----|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------|--------|--------|---------------------------|--------|
|    |                                                                                                                                                   | Acu.                       | Des.   | N/C    | Acu.                      | Des.   |
| a) | Maximizar los intereses de los acreedores                                                                                                         | 18,18%                     | 45,45% | 36,36% | 27,27<br>%                | 72,72% |
| b) | Promover la conservación de las empresas y el empleo generado                                                                                     | 36,36%                     | 36,36% | 27,27% | 63,63<br>%                | 36,36% |
| c) | Maximizar los intereses de los acreedores promoviendo la conservación de las empresas viables y la liquidación tempestiva de las inviables        | 72,72%                     |        | 27,27% | 81,81<br>%                | 18,18% |
| d) | No es compatible la maximización de los intereses de los acreedores con la conservación de las empresas viables y la liquidación de las inviables | 36,36%                     | 36,36% | 27,27% | 9,09%                     | 90,90% |

2)

A) El art. 2 LC dice:

2.2 “Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no pueda cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”

2.3 “...Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones de pago”.

Parece, por tanto, que se refiere a situaciones de iliquidez actuales o futuras, no a situaciones de desbalance, desequilibrio patrimonial inminente (a salvo del presupuesto de disolución de la Ley de Sociedades de Capital).

En su opinión, ¿La LC debería contemplar como presupuesto objetivo también el desequilibrio patrimonial inminente, a efectos de una solicitud de concurso voluntario?

(poner x en cada una de las opciones que proceda)



|    |                                                                                                                                                                                              | Agregado Total<br>1ª ronda |        |        | Agregado Total<br>2ª ronda |        |
|----|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------|--------|--------|----------------------------|--------|
|    |                                                                                                                                                                                              | Acu.                       | Des.   | N/C    | Acu.                       | Des.   |
| a) | Si porque completa el criterio de sobreseimiento generalizado de pagos ya que anuncia una situación de precrisis o crisis empresarial que probablemente terminará en sobreseimiento de pagos | 45,45%                     | 27,27% | 27,27% | 45,45%                     | 54,54% |
| b) | No, porque sólo interesa, a efectos de la Ley Concursal, la desatención actual o inminente de las obligaciones contraídas                                                                    | 54,54%                     | 27,27% | 18,18% | 45,45%                     | 54,54% |

B) El deudor puede solicitar concurso voluntario por insolvencia inminente aunque la LC no establece un horizonte temporal u otro criterio orientativo para determinar esa proximidad o amenaza.

En su opinión, ¿cuál debería ser el criterio/s orientativo/s para orientar al juez y al propio deudor?

(poner x en cada una de las opciones que proceda)

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Agregado Total<br>1ª ronda |        |        | Agregado Total<br>2ª ronda |        |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------|--------|--------|----------------------------|--------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Acu.                       | Des.   | N/C    | Acu.                       | Des.   |
| a) | Más de 12 meses de la fecha en la que previsiblemente se entraría en iliquidez efectiva                                                                                                                                                                                                                                                 | 18,18%                     | 18,18% | 63,63% | 18,18%                     | 81,81% |
| b) | De 12 a 6 meses de la fecha en la que previsiblemente se entraría en iliquidez efectiva                                                                                                                                                                                                                                                 | 9,09%                      | 36,36% | 54,54% | 18,18%                     | 81,81% |
| c) | Menos de 6 meses de la fecha en la que previsiblemente se entraría en iliquidez efectiva                                                                                                                                                                                                                                                | 9,09%                      | 36,36% | 54,54% | 27,27%                     | 72,72% |
| d) | El criterio de la doctrina alemana que entiende razonable una previsión de hasta 3 años, pero que más que a una idea temporal se refiere más al riesgo, amenaza del sobreseimiento. Si el rendimiento de las obligaciones es a medio plazo pero la amenaza de incumplimiento cierta la insolvencia es amenazadora. Ley alemana 18 Ins O | 63,63%                     |        | 36,36% | 81,81%                     | 18,18% |

3)

La LC no consigue incentivar la solicitud de concurso voluntario de forma tempestiva lo que provoca que cuando el deudor llega al concurso tiene una situación tan deteriorada que prácticamente sólo le queda la liquidación.

En su opinión, ¿cómo se podría promover una solicitud de concurso voluntario más adelantada en el tiempo?

(poner x en cada una de las opciones que proceda)

|    |                                                                                                                                                                                                            | Agregado Total<br>1ª ronda |        |         | Agregado Total<br>2ª ronda |         |
|----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------|--------|---------|----------------------------|---------|
|    |                                                                                                                                                                                                            | Acu.                       | Des.   | N/C     | Acu.                       | Des.    |
| a) | Estableciendo normativamente batería de indicadores de crisis empresarial inminente que oriente a los administradores societarios (ratios negativos, pérdidas acumuladas, patrimonio neto insuficiente...) | 45,45%                     | 36,36% | 18,18 % | 54,54 %                    | 45,45 % |
| b) | Concretando normativamente el concepto de insolvencia amenazante que sirva de orientación a los administradores societarios                                                                                | 27,27%                     | 45,45% | 27,27 % | 36,36 %                    | 63,63 % |
| c) | Con una Ley Concursal que sea más exigente con la diligencia en la administración de las empresas                                                                                                          | 36,36%                     | 36,36% | 27,27 % | 9,09%                      | 90,90 % |
| d) | Diseñando un procedimiento concursal más eficaz y eficiente, para que sea percibido por el deudor como posible solución a su crisis                                                                        | 72,72%                     |        | 27,27 % | 81,81 %                    | 18,18 % |

4)

A) La LC permite presentar, junto con la solicitud de concurso voluntario una propuesta anticipada de convenio o una propuesta de liquidación. Pero si éstas no se producen durante el procedimiento cabe que se abra la fase de convenio. A efectos de hacer más eficiente, en términos de recursos económicos y de tiempo, el concurso, ¿qué opinión le merece la siguiente propuesta?

(poner x donde proceda)

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | Agregado Total<br>1ª ronda |        |     | Agregado total<br>2ª ronda |         |
|----|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------|--------|-----|----------------------------|---------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | Acu.                       | Des.   | N/C | Acu.                       | Des.    |
| a) | Cuando se produce la solicitud de concurso voluntario, el deudor que desea continuar la actividad ya debería tener preparado un plan de viabilidad y, por tanto, debería en todo caso presentar propuesta anticipada de convenio. En caso de no presentar propuesta de convenio junto con la solicitud la LC debería ser modificada para dirigirse a la liquidación | 36,36%                     | 63,63% |     | 9,09 %                     | 90,90 % |

5)

Parte importante de la doctrina considera que la entrada en concurso supone un estigma muy negativo para la empresa en términos de pérdida de imagen lo que conlleva una dificultad añadida para la gestión de la crisis.

En su opinión, ¿cuáles pueden ser las razones?  
(poner una x donde proceda)

|    |                                                                                                                                                                                                      | Agregado Total<br>1ª ronda |        |        | Agregado Total<br>2ª ronda |            |
|----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------|--------|--------|----------------------------|------------|
|    |                                                                                                                                                                                                      | Acu.                       | Des.   | N/C    | Acu.                       | Des.       |
| a) | Las empresas están tan deterioradas cuando solicitan el concurso que ya no hay posibilidad de reflotamiento                                                                                          | 90,90%                     |        | 9,09%  | 100%                       |            |
| b) | Aun cuando se haya producido la solicitud siendo todavía el estado de la crisis reversible, la duración y el coste del procedimiento harán, seguramente, que ya no haya posibilidad de reflotamiento | 45,45%                     | 45,45% | 9,09%  | 45,45<br>%                 | 54,54<br>% |
| c) | Aun cuando se apruebe un plan de reflotamiento empresarial y se implemente, muy probablemente no se podrá cumplir en los términos previstos y, por tanto, finalmente la empresa se liquidará         | 27,27%                     | 54,54% | 18,18% | 18,18<br>%                 | 81,81<br>% |

Otras: por favor, indique cuáles, a su juicio

6)

A) Para parte de la doctrina, la LC no incentiva adecuadamente la financiación de las empresas en situaciones preconcursales porque penaliza, vía prelación, los préstamos aportados por socios o personas vinculadas.

En su opinión,

|    |                                                                                                                                                                                                            | Agregado Total<br>1ª ronda |        |     | Agregado Total<br>2ª ronda |            |
|----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------|--------|-----|----------------------------|------------|
|    |                                                                                                                                                                                                            | Acu.                       | Des.   | N/C | Acu.                       | Des.       |
| a) | La Ley no debería penalizar los préstamos aportados por los socios o personas vinculadas a la empresa en crisis. Sólo cabría la penalización si durante el procedimiento de concurso se detectaran fraudes | 63,63%                     | 36,36% |     | 72,72<br>%                 | 27,27<br>% |

7)

La LC no incentiva adecuadamente la entrada de inversores privados para la compra de créditos concursales lo que va en detrimento de los intereses de los acreedores.

En su opinión,

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                       | Agregado Total<br>1ª ronda |        |        | Agregado<br>Total 2ª ronda |            |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------|--------|--------|----------------------------|------------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                                       | Acu.                       | Des.   | N/C    | Acu.                       | Des.       |
| a) | La Ley debe limitar la entrada de este tipo de inversores porque puede dar lugar a fraudes                                                                                                                                                                            | 54,54%                     | 36,36% | 9,09%  | 54,54<br>%                 | 45,45<br>% |
| b) | El objetivo principal del concurso es la maximización de los intereses de los acreedores, por tanto, no debe limitarse el acceso a la compra de créditos concursales, aunque para evitar fraudes, debería requerirse un informe previo de la administración concursal | 63,63%                     | 18,18% | 18,18% | 81,81<br>%                 | 18,18<br>% |

#### BLOQUE DOCUMENTO “PLAN DE VIABILIDAD”

8)

El legislador considera en distintos artículos de la LC al plan de viabilidad como un documento importante para garantizar, de una manera razonable, el cumplimiento de los pagos establecidos en el convenio cuando se estime como recursos necesarios los generados por la propia actividad del concursado. También lo considera necesario para garantizar razonablemente la viabilidad a medio plazo de la empresa que ha alcanzado acuerdos de refinanciación que no podrán ser objeto de rescisión.

- A) En su opinión, ¿están los planes de viabilidad, presentados en los juzgados, siendo garantes de la razonabilidad y de la adecuada probabilidad de cumplimiento de los convenios a los que acompaña así como de la continuidad a medio plazo de la actividad de la empresa refinanciada o de la empresa objeto de convenio?.

| Agregado Total<br>1ª ronda |        |     | Agregado Total<br>2ª ronda |            |
|----------------------------|--------|-----|----------------------------|------------|
| SI                         | NO     | N/C | SI                         | NO         |
| 27,27%                     | 72,72% |     | 18,18<br>%                 | 81,81<br>% |
|                            |        |     |                            |            |

- B) Si la respuesta es negativa, ¿cuáles son los motivos de ello?

9)

Algunos autores consideran que un “plan de viabilidad”, a efectos de la LC, debe construirse sobre la base de una actividad preexistente, dado que, entienden, si se desarrolla sobre una idea nueva se estará ante un “plan de empresa” que no es lo que la LC pretende.

En su opinión,

A) ¿Es cierta la afirmación anterior?

| Agregado Total<br>1ª ronda |            |       | Agregado Total<br>2ª ronda |      |
|----------------------------|------------|-------|----------------------------|------|
| SI                         | NO         | N/C   | SI                         | NO   |
|                            | 90,90<br>% | 9,09% |                            | 100% |
|                            |            |       |                            |      |

B) En caso de respuesta afirmativa, ¿considera que existen límites para el contenido del plan de viabilidad de la LC?. A modo de ejemplo: no debería contener modificaciones sustanciales del producto/servicio, o de la tipología de clientes, o de la tecnología utilizada, o de la estructura productiva, o del sector de actividad, preexistentes.

|    |                                                                                                                                                                                                                                                           | Agregado Total<br>1ª ronda |        |        | Agregado Total<br>2ª ronda |            |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------|--------|--------|----------------------------|------------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                           | Acu.                       | Des.   | N/C    | Acu.                       | Des.       |
| a) | Existen límites para el contenido del plan de viabilidad de la L.C. por ej. No pueden reflejarse modificaciones sustanciales del producto/servicio, de los clientes, de la tecnología, de la estructura productiva, del sector de actividad preexistentes |                            | 45,45% | 54,54% | 9,09%                      | 90,90<br>% |

b) No existen límites. Siempre que se mantenga la misma personalidad jurídica de la deudora cabe modificar los aspectos necesarios para viabilizar la empresa siempre que tenga el apoyo de los acreedores.

| Agregado Total<br>1ª ronda |      |        | Agregado Total<br>2ª ronda |            |
|----------------------------|------|--------|----------------------------|------------|
| Acu.                       | Des. | N/C    | Acu.                       | Des.       |
| 27,27%                     |      | 72,72% | 81,81<br>%                 | 18,18<br>% |

C) Cualquiera que sea el sentido de su respuesta, ¿podría indicar los motivos de la misma?

**10)**

Contenido del plan de viabilidad. La LC no especifica detalladamente el contenido del plan de viabilidad cuando hace referencia a él. En sede de acuerdos de refinanciación nada dice y en el art. 100.5 hace alguna referencia poco clarificadora., “...la propuesta deberá ir acompañada, además, de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y las condiciones de su obtención...”.

En su opinión, ¿cuál sería o cuáles de las siguientes materias deberían formar parte del contenido del documento “plan de viabilidad” a efectos de la LC?

|    |                                                                                                                                                        | Agregado Total<br>1ª ronda |       |            | Agregado Total<br>2ª ronda |            |
|----|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------|-------|------------|----------------------------|------------|
|    |                                                                                                                                                        | Acu.                       | Des.  | N/C        | Acu.                       | Des.       |
| a) | Antecedentes de la empresa, actividad e hitos principales                                                                                              | 72,72<br>%                 | 9,09% | 18,18<br>% | 81,81<br>%                 | 18,18<br>% |
| b) | Evaluación y conclusiones de las circunstancias por las que se ha llegado a la situación actual                                                        | 81,81<br>%                 | 9,09% | 9,09%      | 90,90<br>%                 | 9,09%      |
| c) | Análisis / diagnóstico de la situación actual:<br>Interno: Debilidades / Fortalezas<br>Externo: Amenazas / Oportunidades                               | 81,81<br>%                 |       | 18,18<br>% | 100%                       |            |
| d) | Elaboración de alternativas / estrategias factibles en base a la información anterior                                                                  | 90,90<br>%                 |       | 9,09%      | 100%                       |            |
| e) | Justificación de la elección de una de ellas                                                                                                           | 81,81<br>%                 |       | 18,18<br>% | 100%                       |            |
| f) | Plan de producción, de marketing, específico de ventas, de Recursos Humanos, plan económico financiero, de tesorería derivados de la elección anterior | 90,90<br>%                 |       | 9,09%      | 100%                       |            |

Otras materias necesarias a su juicio son:

**11)**

La LC no considera que el preceptivo informe de evaluación del plan de viabilidad emitido por el administrador concursal, en sede de concurso, deba necesariamente ser favorable para poder continuar la tramitación del convenio al que acompaña, art. 115 LC. Sin embargo, en sede de acuerdos de refinanciación y para que estos sean irrevocables exige, entre otras condiciones, art. 71.6, 2º “El acuerdo haya sido informado favorablemente por un experto independiente designado a su prudente arbitrio por el registrador mercantil...”

En su opinión,

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                | Agregado Total<br>1ª ronda |        |       | Agregado Total<br>2ª ronda |            |
|----|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------|--------|-------|----------------------------|------------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                                | Acu.                       | Des.   | N/C   | Acu.                       | Des.       |
| a) | La LC debiera exigir preceptivamente que el informe del administrador concursal de evaluación del plan de viabilidad que acompaña a convenio sea favorable porque de otra manera el convenio no sería fiable porque de otra manera el convenio no sería fiable | 54,54%                     | 45,45% |       | 54,54<br>%                 | 45,45<br>% |
| b) | Debe dejarse a voluntad de los acreedores la aprobación de un convenio con base en un plan de viabilidad con informe negativo o con reservas ya que ellos son los que mejor conocen sus intereses                                                              | 18,18%                     | 72,72% | 9,09% | 18,18<br>%                 | 81,81<br>% |
| c) | Un plan de viabilidad siempre contiene estimaciones, por tanto, su cumplimiento siempre es incierto, en este sentido, el informe de evaluación de expertos nada aporta                                                                                         |                            | 90,90% | 9,09% | 18,18<br>%                 | 81,81<br>% |

## 12)

Determinar si la empresa es económicamente viable, para promover vía convenio su conservación, o por el contrario determinar su inviabilidad económica para proceder a su pronta liquidación es una cuestión clave para la eficacia y eficiencia del procedimiento concursal. Quien más y mejor conoce esta cuestión es el propio deudor.

La LC establece distintos momentos para que el deudor, en caso de solicitud de concurso voluntario, presente su propuesta de convenio, y el plan de viabilidad cuando proceda: al inicio con la propia solicitud, art. 104.1, o abierta la fase de convenio.

A efectos de poder realizar una clasificación temprana de la viabilidad económica de la empresa, es decir, antes de la actual fase de convenio.

¿Sería interesante, en su opinión, que la LC contemplara medidas para fomentar la propuesta anticipada de convenio y su plan de viabilidad con la solicitud de concurso voluntario en detrimento de la presentación en fase de convenio y de esta manera si el deudor no pudiera presentar junto con la solicitud de concurso voluntario propuesta de convenio acompañado de plan de viabilidad, en su caso, o si éstos no resultaran factibles en opinión del administrador concursal proceder a la liquidación de la empresa?

|    |                                                                                                                                                                                                                    | Agregado Total<br>1ª ronda |        |        | Agregado Total<br>2ª ronda |         |
|----|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------|--------|--------|----------------------------|---------|
|    |                                                                                                                                                                                                                    | Acu.                       | Des.   | N/C    | Acu.                       | Des.    |
| a) | La Ley debería incentivar la propuesta anticipada de convenio porque un deudor diligente que desea continuar la actividad tiene que tener elaborado un plan de viabilidad cuando presenta la solicitud de concurso | 54,54%                     | 36,36% | 9,09%  | 63,63 %                    | 36,36 % |
| b) | Los dos momentos de presentación, anticipada, o en fase de convenio deben ser alternativos y opcionales para el deudor ya que no afecta a la eficacia y eficiencia de la Ley                                       | 72,72%                     | 9,09%  | 18,18% | 90,90 %                    | 9,09%   |

Otras, observaciones del experto encuestado

### 13)

A lo largo de los años de aplicación de la LC y de sus sucesivas reformas se ha constatado que en la práctica la vía conservativa y, por tanto, la aprobación de convenios no ha gozado de gran predicamento. E incluso cuando éstos se han aprobado en muchas ocasiones ha sobrevenido incumplimientos que, finalmente, han ocasionado la liquidación de la empresa.

En su opinión, la situación descrita es consecuencia de que:

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | Agregado Total<br>1ª ronda |       |        | Agregado Total<br>2ª ronda |         |
|----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------|-------|--------|----------------------------|---------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | Acu.                       | Des.  | N/C    | Acu.                       | Des.    |
| a) | La solicitud de concurso se efectúa tan tarde que las empresas se encuentran en una situación de crisis prácticamente irreversible                                                                                                                                                                                                                                                             | 90,90%                     |       | 9,09%  | 100%                       |         |
| b) | El contenido del convenio aprobado, en muchas ocasiones, es más voluntarista que real por cuanto no se basa en un plan de viabilidad completo, razonable y realizable                                                                                                                                                                                                                          | 63,63%                     | 9,09% | 27,27% | 90,90 %                    | 9,09%   |
| c) | Existe un exceso de trato de favor hacia los acreedores que más pueden influir en el proceso (trabajadores, administraciones públicas y entidades bancarias). Con las sucesivas reformas legales cada vez se estiran más sus créditos contra la masa y se refuerzan los privilegiados por lo que el alto porcentaje de créditos a los que no afectan las quitas y las esperas hace inviable la | 90,90%                     |       | 9,09%  | 81,81 %                    | 18,18 % |



|    | continuidad empresarial.                                                                                                |        |       |        |         |         |
|----|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|-------|--------|---------|---------|
| d) | Existe una discriminación entre la globalidad de los concursos y el trato de favor de los equipos de fútbol en concurso | 36,36% | 9,09% | 54,54% | 54,54 % | 45,45 % |
| e) | Todas las anteriores                                                                                                    | 36,36% |       | 63,63% | 45,45 % | 54,54 % |
| f) | Algunas de las anteriores, en concreto las de las letras.(poner con cuáles de las letras anteriores está de acuerdo)    | -      | -     | -      | -       | -       |

Si en su opinión existen otros motivos, indique, por favor cuáles

## BLOQUE DE RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR SOCIETARIO

### 14)

El art. 1.1º del Código de Comercio establece, “son comerciantes para los efectos de este código los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente”. Por tanto, no se exige capacitación profesional para el ejercicio del cargo y tampoco lo hace la Ley de Sociedades de Capital cuando se refiere a los administradores societarios. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina considera que el estándar de diligencia exigible a ellos en el desempeño de sus funciones es superior al estándar del “buen padre de familia” del Código Civil.

En la mayor parte de las mercantiles pequeñas y medianas el propietario, o socio mayoritario de las mismas suele a su vez desempeñar el cargo de administrador de la sociedad.

En su opinión, ¿el Derecho societario español exige algún tipo de profesionalización para ejercer el cargo de administrador social?

|    |                                                                                                 | Agregado Total<br>1ª ronda |        |        | Agregado Total<br>2ª ronda |         |
|----|-------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------|--------|--------|----------------------------|---------|
|    |                                                                                                 | Acu.                       | Des.   | N/C    | Acu.                       | Des.    |
| a) | Si exige profesionalización en algunos artículos, normativas, indicar, por favor, en cuáles.... | 18,18%                     | 36,36% | 45,45% | 45,45 %                    | 54,54 % |
| b) | No se exige profesionalización para desempeñar el cargo de administración social                | 81,81%                     | 18,18% |        | 72,72 %                    | 27,27 % |

### 15)

A la vista de su experiencia, ¿considera que la mayor parte de los administradores sociales de las pequeñas y medianas empresas actúan con la diligencia de “un ordenado empresario” requerida en la Ley de Sociedades de Capital?

|    |                                                                                                      | Agregado Total<br>1ª ronda |        |        | Agregado Total<br>2ª ronda |        |
|----|------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------|--------|--------|----------------------------|--------|
|    |                                                                                                      | Acu.                       | Des.   | N/C    | Acu.                       | Des.   |
| a) | Sí, en la mayor parte de las empresas medianas y pequeñas                                            | 18,18%                     | 45,45% | 36,36% | 18,18%                     | 81,81% |
| b) | No, en la mayor parte de las empresas pequeñas la administración societaria no está profesionalizada | 63,63%                     | 9,09%  | 27,27% | 81,81%                     | 18,18% |

16)

Si su respuesta es negativa, ¿considera que la limitación de la responsabilidad patrimonial que las mercantiles ofrecen a sus propietarios traslada a terceros intervinientes en el tráfico mercantil un riesgo mayor al que les correspondería por la propia incertidumbre que conlleva una actividad mercantil derivada de una gestión empresarial no suficientemente diligente?

(poner x donde proceda)

| Agregado Total<br>1ª ronda |       |        | Agregado total<br>2ª ronda |        |
|----------------------------|-------|--------|----------------------------|--------|
| SI                         | NO    | N/C    | SI                         | NO     |
| 63,63%                     | 9,09% | 27,27% | 81,81%                     | 18,18% |
|                            |       |        |                            |        |

17)

- A) En el art. 226 de la ley de Sociedades de Capital se establece como deber, entre otros regulados en sucesivos artículos, de los administradores sociales el deber de lealtad en el sentido de que deben desempeñar su cargo como un representante leal en defensa del interés social... Una parte importante de la doctrina sostiene que hay que ser rigurosos en la exigencia del cumplimiento de este deber por cuanto representa los intereses de los socios de la sociedad que le han nombrado y permisivos con el incumplimiento del deber de diligencia por cuanto éste es más difícil de demostrar y además suele ir en detrimento del interés del propio administrador además del de la sociedad.

En su opinión,

(poner x donde proceda)

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | Agregado Total<br>1ª ronda |        |        | Agregado Total<br>2ª ronda |            |
|----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------|--------|--------|----------------------------|------------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | Acu.                       | Des.   | N/C    | Acu.                       | Des.       |
| a) | Hay que ser especialmente riguroso con el deber de lealtad que es el problema que con mayor frecuencia se presenta en las mercantiles y más permisivo con el deber de diligencia que es menos frecuente y que perjudica también al propio administrador, así como más difícil de delimitar                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | 18,18<br>%                 | 36,36% | 45,45% | 18,18<br>%                 | 81,81<br>% |
| b) | Hay que ser especialmente rigurosos con los dos. El deber de lealtad tiene mayor incidencia en las grandes empresas donde los administradores no suelen ser los propietarios, por lo menos mayoritariamente, de ellas y el de diligencia suele presentar menor incidencia porque la administración social suele estar profesionalizada. Sin embargo en las medianas y pequeñas empresas donde el administrador suele ser el propietario el deber de lealtad tiene menor entidad pero el de diligencia toma protagonismo puesto que este administrador en muchas ocasiones no se corresponde con un profesional y como consecuencia los terceros que participan en el tráfico de la empresa pueden resultar muy perjudicados. | 72,72<br>%                 | 18,18% | 9,09%  | 81,81<br>%                 | 18,18<br>% |

Por favor, indique el motivo de su respuesta sea ésta en el sentido que sea

B) El art. 225.1 de la Ley de Sociedades de Capital regula el patrón de conducta del administrador societario (la ley le considera a estos efectos como empresario), y lo equipara al de “diligencia de un ordenado empresario”, siendo éste un concepto jurídicamente indeterminado que precisa ser concretado con las circunstancias específicas de cada caso.

La entrada en concurso es uno de los escenarios más graves en la vida de una empresa y perjudica notablemente a terceros acreedores. Antes de llegar a una situación de insolvencia, normalmente, las empresas pasan por fases en las que los indicadores económicos y financieros van señalando los problemas existentes, alertas tempranas.

En su opinión, ¿sería interesante que la LC se modificara para exigir, como actitud diligente del administrador social, prueba documental que acreditara que meses antes de

hacerse efectiva la insolvencia se había realizado acciones coherentes con la situación diagnosticada tendentes a revertir la situación de crisis?. A modo de ejemplo: negociaciones bancarias, con acreedores, ampliaciones de capital, nuevos inversores, planes de reestructuración, estrategias de diversificación....

|    |                                                                                                                                                                                                           | Agregado Total<br>1ª ronda |        |        | Agregado Total<br>2ª ronda |            |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------|--------|--------|----------------------------|------------|
|    |                                                                                                                                                                                                           | Acu.                       | Des.   | N/C    | Acu.                       | Des.       |
| a) | Es interesante que la LC exija al administrador de la concursada acreditar una actuación diligente, lo que no significa que los resultados de esa actuación sean enjuiciados. Sólo se enjuicia los medios | 45,45%                     | 36,36% | 18,18% | 63,63<br>%                 | 36,36<br>% |
| b) | No es interesante, la LC ya es suficientemente estricta con la responsabilidad del administrador                                                                                                          | 45,45%                     | 27,27% | 27,27% | 45,45<br>%                 | 54,54<br>% |

#### Observaciones del encuestado

18)

Si su respuesta considera interesante esta prueba documental, desde su punto de vista, significaría que:

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | Agregado Total<br>1ª ronda |        |        | Agregado Total<br>2ª ronda |            |
|----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------|--------|--------|----------------------------|------------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | Acu.                       | Des.   | N/C    | Acu.                       | Des.       |
| a) | Si el administrador no puede acreditar actitud diligente en los meses previos a la solicitud de concurso, podrá comprometerse su patrimonio personal para satisfacer parte del déficit empresarial e incrementar, por ello, la satisfacción a los acreedores. Hablamos de una presunción de responsabilidad iuris tantum (salvo prueba en contrario) | 36,36%                     | 9,09%  | 54,54% | 45,45<br>%                 | 54,54<br>% |
| b) | Parece excesivo comprometer el patrimonio personal del administrador societario si éste no puede acreditar actitud diligente durante los meses previos a la solicitud del concurso                                                                                                                                                                   | 36,36%                     | 36,36% | 27,27% | 54,54<br>%                 | 45,45<br>% |

Indique, por favor, el motivo de su respuesta cualquiera que sea el sentido de ésta.

## BLOQUE REGULACIÓN DE LA PROFESIÓN ADMINISTRADOR CONCURSAL ECONÓMICO

### 19)

Una de las funciones principales del administrador concursal económico (o del auxiliar delegado económico) es emitir informe, o evaluar el plan de viabilidad que se presenta, cuando procede, en el concurso de acreedores.

¿Cuáles son, a su juicio, las principales áreas de conocimiento en las que debiera ser experto para desarrollar esta función?

|    |                                                                                                                                                                                                         | Agregado Total<br>1ª ronda |         |         | Agregado Total<br>2ª ronda |         |
|----|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------|---------|---------|----------------------------|---------|
|    |                                                                                                                                                                                                         | Acu.                       | Des.    | N/C     | Acu.                       | Des.    |
| a) | Plan de Contabilidad aplicable a la empresa                                                                                                                                                             | 72,72 %                    | 9,09%   | 18,18 % | 81,81 %                    | 18,18 % |
| b) | Técnica para poder opinar sobre si la documentación presentada por la deudora es fiable y representa la situación real en todos sus aspectos                                                            | 72,72 %                    | 9,09%   | 18,18 % | 100%                       |         |
| c) | Técnica para valorar si el diagnóstico de la situación realizado por la deudora es adecuado                                                                                                             | 63,63 %                    | 18,18 % | 18,18 % | 90,90 %                    | 9,09%   |
| d) | Técnica para evaluar si la estrategia empresarial que plantea el deudor es coherente, razonable y factible con la situación de la empresa y con el análisis del entorno particular y general realizados | 100%                       |         |         | 90,90 %                    | 9,09%   |

### 20)

La profesión de administrador concursal económico no cuenta con recomendaciones, Normas Técnicas, que le orienten para desarrollar su trabajo, determinar la situación real económica financiera de la empresa, valorar el convenio y el plan de viabilidad presentados, en su caso....En este sentido, ¿considera interesante que se desarrollaran Normas Técnicas o recomendaciones?

|    |                                                                                   | Agregado Total<br>1ª ronda |        |        | Agregado Total<br>2ª ronda |         |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------|----------------------------|--------|--------|----------------------------|---------|
|    |                                                                                   | Acu.                       | Des.   | N/C    | Acu.                       | Des.    |
| a) | Sería interesante para orientar el trabajo del administrador concursal económico  | 63,63%                     | 27,27% | 9,09%  | 63,63 %                    | 36,36 % |
| b) | Sería interesante para homogeneizar los trabajos que estos profesionales realizan | 63,63%                     | 18,18% | 18,18% | 100%                       |         |
| c) | No sería interesante en absoluto                                                  | 18,18%                     | 36,36% | 45,45% | 18,18 %                    | 81,81 % |

Por favor, comente su opinión si su respuesta es la opción c)

21)

La LC no exige que el informe del administrador concursal sobre el plan de viabilidad que acompaña, en su caso, al convenio deba ser favorable para seguir con la tramitación.

En su opinión, ¿sería necesario que la LC entendiera como preceptivo para continuar la tramitación del convenio que el informe fuera favorable?

|    |                                                                                                                                                     | Agregado Total<br>1ª ronda |        |        | Agregado Total<br>2ª ronda |            |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------|--------|--------|----------------------------|------------|
|    |                                                                                                                                                     | Acu.                       | Des.   | N/C    | Acu.                       | Des.       |
| a) | Sí. No tiene sentido seguir el trámite cuando el experto entiende que el plan de viabilidad, y por tanto, el convenio no es razonablemente factible | 45,45%                     | 36,36% | 18,18% | 54,54<br>%                 | 45,45<br>% |
| b) | No. Tiene sentido seguir con el trámite. Son los acreedores en última instancia los que deben aprobar ese convenio porque a ellos les afecta        | 54,54%                     | 27,27% | 18,18% | 45,45<br>%                 | 54,54<br>% |

22)

La doctrina, con carácter general, considera que la LC no regula la responsabilidad exigible al administrador concursal cuando éste ha emitido informe favorable del convenio y plan de viabilidad, si le acompaña, y finalmente resultan no factibles.

En su opinión, ¿cabría exigir esta responsabilidad?

|    |                                                                                                                                         | Agregado Total<br>1ª ronda |        |        | Agregado Total<br>2ª ronda |            |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------|--------|--------|----------------------------|------------|
|    |                                                                                                                                         | Acu.                       | Des.   | N/C    | Acu.                       | Des.       |
| a) | Sí, pero bastaría para combatirla que el administrador pudiera demostrar que su informe se apoyó en una actuación profesional diligente | 63,63%                     | 18,18% | 18,18% | 72,72<br>%                 | 27,27<br>% |
| b) | No, el cumplimiento de un plan de viabilidad es tan aleatorio que no cabe exigir responsabilidad alguna por su incumplimiento           | 27,27%                     | 54,54% | 18,18% | 18,18<br>%                 | 81,81<br>% |



## CUESTIONARIO DELPHI

### BLOQUE NORMATIVO

1)

La mayor parte de la doctrina considera que el objetivo principal de la Ley Concursal es la maximización del interés de los acreedores. Sin embargo algunos opinan que el objetivo fundamental es la continuidad de la empresa y el mantenimiento del empleo, o por lo menos lo ponen al mismo nivel.

En su opinión, ¿cuál debería ser el/los objetivo/s principales del concurso?  
(poner x donde proceda)

|    |                                                                                                                                                   | Agregado Total jueces<br>1ª ronda |        |        | Agregado Total jueces<br>2ª ronda |        |
|----|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------|--------|--------|-----------------------------------|--------|
|    |                                                                                                                                                   | Acu.                              | Des.   | N/C    | Acu.                              | Des.   |
| a) | Maximizar los intereses de los acreedores                                                                                                         | 33,33%                            | 33,33% | 33,33% | 33,33%                            | 66,66% |
| b) | Promover la conservación de las empresas y el empleo generado                                                                                     | 33,33%                            | 33,33% | 33,33% | 33,33%                            | 66,66% |
| c) | Maximizar los intereses de los acreedores promoviendo la conservación de las empresas viables y la liquidación tempestiva de las inviables        | 66,66%                            |        | 33,33% | 100%                              |        |
| d) | No es compatible la maximización de los intereses de los acreedores con la conservación de las empresas viables y la liquidación de las inviables |                                   | 66,66% | 33,33% |                                   | 100%   |

2)

A) El art. 2 LC dice:

2.2 “Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no pueda cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”

2.3 “...Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones de pago”.

Parece, por tanto, que se refiere a situaciones de iliquidez actuales o futuras, no a situaciones de desbalance, desequilibrio patrimonial inminente (a salvo del presupuesto de disolución de la Ley de Sociedades de Capital).

En su opinión, ¿ La LC debería contemplar como presupuesto objetivo también el desequilibrio patrimonial inminente, a efectos de una solicitud de concurso voluntario?

(poner x en cada una de las opciones que proceda)



|    |                                                                                                                                                                                              | Agregada Total jueces<br>1ª ronda |        |        | Agregado total<br>2ª ronda |        |
|----|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------|--------|--------|----------------------------|--------|
|    |                                                                                                                                                                                              | Acu.                              | Des.   | N/C    | Acu.                       | Des.   |
| a) | Si porque completa el criterio de sobreseimiento generalizado de pagos ya que anuncia una situación de precrisis o crisis empresarial que probablemente terminará en sobreseimiento de pagos | 33,33%                            | 33,33% | 33,33% | 33,33%                     | 66,66% |
| b) | No, porque sólo interesa, a efectos de la Ley Concursal, la desatención actual o inminente de las obligaciones contraídas                                                                    | 66,66%                            | 33,33% |        | 66,66%                     | 33,33% |

B) El deudor puede solicitar concurso voluntario por insolvencia inminente aunque la LC no establece un horizonte temporal u otro criterio orientativo para determinar esa proximidad o amenaza.

En su opinión, ¿cuál debería ser el criterio/s orientativo/s para orientar al juez y al propio deudor?

(poner x en cada una de las opciones que proceda)

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Agregado Total jueces<br>1ª ronda |        |        | Agregado Total jueces<br>2ª ronda |        |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------|--------|--------|-----------------------------------|--------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Acu.                              | Des.   | N/C    | Acu.                              | Des.   |
| a) | Más de 12 meses de la fecha en la que previsiblemente se entraría en iliquidez efectiva                                                                                                                                                                                                                                                 |                                   | 33,33% | 66,66% |                                   | 100%   |
| b) | De 12 a 6 meses de la fecha en la que previsiblemente se entraría en iliquidez efectiva                                                                                                                                                                                                                                                 |                                   | 33,33% | 66,66% | 33,33%                            | 66,66% |
| c) | Menos de 6 meses de la fecha en la que previsiblemente se entraría en iliquidez efectiva                                                                                                                                                                                                                                                | 33,33%                            | 33,33% | 33,33% | 33,33%                            | 66,66% |
| d) | El criterio de la doctrina alemana que entiende razonable una previsión de hasta 3 años, pero que más que a una idea temporal se refiere más al riesgo, amenaza del sobreseimiento. Si el rendimiento de las obligaciones es a medio plazo pero la amenaza de incumplimiento cierta la insolvencia es amenazadora. Ley alemana 18 Ins O | 66,66%                            |        | 33,33% | 66,66%                            | 33,33% |

3)

La LC no consigue incentivar la solicitud de concurso voluntario de forma tempestiva lo que provoca que cuando el deudor llega al concurso tiene una situación tan deteriorada que prácticamente sólo le queda la liquidación.

En su opinión, ¿cómo se podría promover una solicitud de concurso voluntario más adelantada en el tiempo?

(poner x en cada una de las opciones que proceda)

|    |                                                                                                                                                                                                            | Agregado Total jueces<br>1ª ronda |        |        | Agregado Total jueces<br>2ª ronda |         |
|----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------|--------|--------|-----------------------------------|---------|
|    |                                                                                                                                                                                                            | Acu.                              | Des.   | N/C    | Acu.                              | Des.    |
| a) | Estableciendo normativamente batería de indicadores de crisis empresarial inminente que oriente a los administradores societarios (ratios negativos, pérdidas acumuladas, patrimonio neto insuficiente...) | 66,66%                            | 33,33% |        | 66,66 %                           | 33,33 % |
| b) | Concretando normativamente el concepto de insolvencia amenazante que sirva de orientación a los administradores societarios                                                                                |                                   | 33,33% | 66,66% |                                   | 100%    |
| c) | Con una Ley Concursal que sea más exigente con la diligencia en la administración de las empresas                                                                                                          |                                   | 33,33% | 66,66% | 33,33 %                           | 66,66 % |
| d) | Diseñando un procedimiento concursal más eficaz y eficiente, para que sea percibido por el deudor como posible solución a su crisis                                                                        | 66,66%                            |        | 33,33% | 66,66 %                           | 33,33 % |

4)

A) La LC permite presentar, junto con la solicitud de concurso voluntario una propuesta anticipada de convenio o una propuesta de liquidación. Pero si éstas no se producen durante el procedimiento cabe que se abra la fase de convenio. A efectos de hacer más eficiente, en términos de recursos económicos y de tiempo, el concurso, ¿qué opinión le merece la siguiente propuesta?

(poner x donde proceda)

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | Agregado total jueces<br>1ª ronda |      |     | Agregado total jueces<br>2ª ronda |      |
|----|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------|------|-----|-----------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | Acu.                              | Des. | N/C | Acu.                              | Des. |
| a) | Cuando se produce la solicitud de concurso voluntario, el deudor que desea continuar la actividad ya debería tener preparado un plan de viabilidad y, por tanto, debería en todo caso presentar propuesta anticipada de convenio. En caso de no presentar propuesta de convenio junto con la solicitud la LC debería ser modificada para dirigirse a la liquidación |                                   | 100% |     |                                   | 100% |

5)

Parte importante de la doctrina considera que la entrada en concurso supone un estigma muy negativo para la empresa en términos de pérdida de imagen lo que conlleva una dificultad añadida para la gestión de la crisis.

En su opinión, ¿cuáles pueden ser las razones?  
(poner una x donde proceda)

|    |                                                                                                                                                                                                      | Agregado Total jueces<br>1ª ronda |        |     | Agregado Total jueces<br>2ª ronda |         |
|----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------|--------|-----|-----------------------------------|---------|
|    |                                                                                                                                                                                                      | Acu.                              | Des.   | N/C | Acu.                              | Des.    |
| a) | Las empresas están tan deterioradas cuando solicitan el concurso que ya no hay posibilidad de reflotamiento                                                                                          | 100%                              |        |     | 100%                              |         |
| b) | Aun cuando se haya producido la solicitud siendo todavía el estado de la crisis reversible, la duración y el coste del procedimiento harán, seguramente, que ya no haya posibilidad de reflotamiento | 66,66%                            | 33,33% |     | 66,66 %                           | 33,33 % |
| c) | Aun cuando se apruebe un plan de reflotamiento empresarial y se implemente, muy probablemente no se podrá cumplir en los términos previstos y, por tanto, finalmente la empresa se liquidará         | 66,66%                            | 33,33% |     | 66,66 %                           | 33,33 % |

Otras: por favor, indique cuáles, a su juicio

6)

A) Para parte de la doctrina, la LC no incentiva adecuadamente la financiación de las empresas en situaciones preconcursales porque penaliza, vía prelación, los préstamos aportados por socios o personas vinculadas.

En su opinión,

|    |                                                                                                                                                                                                            | Agregado Total jueces<br>1ª ronda |        |     | Agregado Total jueces<br>2ª ronda |         |
|----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------|--------|-----|-----------------------------------|---------|
|    |                                                                                                                                                                                                            | Acu.                              | Des.   | N/C | Acu.                              | Des.    |
| a) | La Ley no debería penalizar los préstamos aportados por los socios o personas vinculadas a la empresa en crisis. Sólo cabría la penalización si durante el procedimiento de concurso se detectaran fraudes | 66,66%                            | 33,33% |     | 66,66 %                           | 33,33 % |

7)

La LC no incentiva adecuadamente la entrada de inversores privados para la compra de créditos concursales lo que va en detrimento de los intereses de los acreedores.

En su opinión,

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                       | Agregado Total jueces<br>1ª ronda |        |     | Agregado<br>Total jueces<br>2ª ronda |            |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------|--------|-----|--------------------------------------|------------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                                       | Acu.                              | Des.   | N/C | Acu.                                 | Des.       |
| a) | La Ley debe limitar la entrada de este tipo de inversores porque puede dar lugar a fraudes                                                                                                                                                                            | 33,33%                            | 66,66% |     | 33,33<br>%                           | 66,66<br>% |
| b) | El objetivo principal del concurso es la maximización de los intereses de los acreedores, por tanto, no debe limitarse el acceso a la compra de créditos concursales, aunque para evitar fraudes, debería requerirse un informe previo de la administración concursal | 100%                              |        |     | 100%                                 |            |

#### BLOQUE DOCUMENTO “PLAN DE VIABILIDAD”

8)

El legislador considera en distintos artículos de la LC al plan de viabilidad como un documento importante para garantizar, de una manera razonable, el cumplimiento de los pagos establecidos en el convenio cuando se estime como recursos necesarios los generados por la propia actividad del concursado. También lo considera necesario para garantizar razonablemente la viabilidad a medio plazo de la empresa que ha alcanzado acuerdos de refinanciación que no podrán ser objeto de rescisión.

- A) En su opinión, ¿están los planes de viabilidad, presentados en los juzgados, siendo garantes de la razonabilidad y de la adecuada probabilidad de cumplimiento de los convenios a los que acompaña así como de la continuidad a medio plazo de la actividad de la empresa refinanciada o de la empresa objeto de convenio?.

| Agregado Total jueces<br>1ª ronda |        |     | Agregado Total<br>jueces<br>2ª ronda |            |
|-----------------------------------|--------|-----|--------------------------------------|------------|
| SI                                | NO     | N/C | SI                                   | NO         |
| 66,66%                            | 33,33% |     | 66,66<br>%                           | 33,33<br>% |
|                                   |        |     |                                      |            |

- B) Si la respuesta es negativa, ¿cuáles son los motivos de ello?

9)

Algunos autores consideran que un “plan de viabilidad”, a efectos de la LC, debe construirse sobre la base de una actividad preexistente, dado que, entienden, si se desarrolla sobre una idea nueva se estará ante un “plan de empresa” que no es lo que la LC pretende.

En su opinión,

A) ¿Es cierta la afirmación anterior?

| Agregado Total jueces<br>1ª ronda |      |     | Agregado Total jueces<br>2ª ronda |      |
|-----------------------------------|------|-----|-----------------------------------|------|
| SI                                | NO   | N/C | SI                                | NO   |
|                                   | 100% |     |                                   | 100% |
|                                   |      |     |                                   |      |

B) En caso de respuesta afirmativa, ¿considera que existen límites para el contenido del plan de viabilidad de la LC?. A modo de ejemplo: no debería contener modificaciones sustanciales del producto/servicio, o de la tipología de clientes, o de la tecnología utilizada, o de la estructura productiva, o del sector de actividad, preexistentes.

|    |                                                                                                                                                                                                                                                           | Agregado Total jueces<br>1ª ronda |        |        | Agregado Total jueces<br>2ª ronda |         |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------|--------|--------|-----------------------------------|---------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                           | Acu.                              | Des.   | N/C    | Acu.                              | Des.    |
| a) | Existen límites para el contenido del plan de viabilidad de la L.C. por ej. No pueden reflejarse modificaciones sustanciales del producto/servicio, de los clientes, de la tecnología, de la estructura productiva, del sector de actividad preexistentes |                                   | 66,66% | 33,33% | 33,33 %                           | 66,66 % |

b) No existen límites. Siempre que se mantenga la misma personalidad jurídica de la deudora cabe modificar los aspectos necesarios para viabilizar la empresa siempre que tenga el apoyo de los acreedores.

| Agregado Total jueces<br>1ª ronda |      |      | Agregado Total jueces<br>2ª ronda |         |
|-----------------------------------|------|------|-----------------------------------|---------|
| Acu.                              | Des. | N/C  | Acu.                              | Des.    |
|                                   |      | 100% | 33,33 %                           | 66,66 % |

C) Cualquiera que sea el sentido de su respuesta, ¿podría indicar los motivos de la misma?

# 10)

Contenido del plan de viabilidad. La LC no especifica detalladamente el contenido del plan de viabilidad cuando hace referencia a él. En sede de acuerdos de refinanciación nada dice y en el art. 100.5 hace alguna referencia poco clarificadora., “...la propuesta deberá ir acompañada, además, de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y las condiciones de su obtención...”.

En su opinión, ¿cuál sería o cuáles de las siguientes materias deberían formar parte del contenido del documento “plan de viabilidad” a efectos de la LC?

|    |                                                                                                                                                        | Agregado Total jueces<br>1ª ronda |      |     | Agregado Total jueces<br>2ª ronda |      |
|----|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------|------|-----|-----------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                                        | Acu.                              | Des. | N/C | Acu.                              | Des. |
| a) | Antecedentes de la empresa, actividad e hitos principales                                                                                              | 100%                              |      |     | 100%                              |      |
| b) | Evaluación y conclusiones de las circunstancias por las que se ha llegado a la situación actual                                                        | 100%                              |      |     | 100%                              |      |
| c) | Análisis / diagnóstico de la situación actual:<br>Interno: Debilidades / Fortalezas<br>Externo: Amenazas / Oportunidades                               | 100%                              |      |     | 100%                              |      |
| d) | Elaboración de alternativas / estrategias factibles en base a la información anterior                                                                  | 100%                              |      |     | 100%                              |      |
| e) | Justificación de la elección de una de ellas                                                                                                           | 100%                              |      |     | 100%                              |      |
| f) | Plan de producción, de marketing, específico de ventas, de Recursos Humanos, plan económico financiero, de tesorería derivados de la elección anterior | 100%                              |      |     | 100%                              |      |

Otras materias necesarias a su juicio son:

# 11)

La LC no considera que el preceptivo informe de evaluación del plan de viabilidad emitido por el administrador concursal, en sede de concurso, deba necesariamente ser favorable para poder continuar la tramitación del convenio al que acompaña, art. 115 LC. Sin embargo, en sede de acuerdos de refinanciación y para que estos sean irrevocables exige, entre otras condiciones, art. 71.6, 2º “El acuerdo haya sido informado favorablemente por un experto independiente designado a su prudente arbitrio por el registrador mercantil...”

En su opinión,

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                | Agregado total jueces<br>1ª ronda |        |     | Agregado Total<br>jueces<br>2ª ronda |            |
|----|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------|--------|-----|--------------------------------------|------------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                                | Acu.                              | Des.   | N/C | Acu.                                 | Des.       |
| a) | La LC debiera exigir preceptivamente que el informe del administrador concursal de evaluación del plan de viabilidad que acompaña a convenio sea favorable porque de otra manera el convenio no sería fiable porque de otra manera el convenio no sería fiable | 33,33%                            | 66,66% |     | 33,33<br>%                           | 66,66<br>% |
| b) | Debe dejarse a voluntad de los acreedores la aprobación de un convenio con base en un plan de viabilidad con informe negativo o con reservas ya que ellos son los que mejor conocen sus intereses                                                              | 33,33%                            | 66,66% |     | 66,66<br>%                           | 33,33<br>% |
| c) | Un plan de viabilidad siempre contiene estimaciones, por tanto, su cumplimiento siempre es incierto, en este sentido, el informe de evaluación de expertos nada aporta                                                                                         |                                   | 100%   |     | 33,33<br>%                           | 66,66<br>% |

12)

Determinar si la empresa es económicamente viable, para promover vía convenio su conservación, o por el contrario determinar su inviabilidad económica para proceder a su pronta liquidación es una cuestión clave para la eficacia y eficiencia del procedimiento concursal. Quien más y mejor conoce esta cuestión es el propio deudor.

La LC establece distintos momentos para que el deudor, en caso de solicitud de concurso voluntario, presente su propuesta de convenio, y el plan de viabilidad cuando proceda: al inicio con la propia solicitud, art. 104.1, o abierta la fase de convenio.

A efectos de poder realizar una clasificación temprana de la viabilidad económica de la empresa, es decir, antes de la actual fase de convenio.

¿Sería interesante, en su opinión, que la LC contemplara medidas para fomentar la propuesta anticipada de convenio y su plan de viabilidad con la solicitud de concurso voluntario en detrimento de la presentación en fase de convenio y de esta manera si el deudor no pudiera presentar junto con la solicitud de concurso voluntario propuesta de convenio acompañado de plan de viabilidad, en su caso, o si éstos no resultaran factibles en opinión del administrador concursal proceder a la liquidación de la empresa?

|    |                                                                                                                                                                                                                    | Agregado Total jueces<br>1ª ronda |        |     | Agregado total<br>jueces<br>2ª ronda |            |
|----|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------|--------|-----|--------------------------------------|------------|
|    |                                                                                                                                                                                                                    | Acu.                              | Des.   | N/C | Acu.                                 | Des.       |
| a) | La Ley debería incentivar la propuesta anticipada de convenio porque un deudor diligente que desea continuar la actividad tiene que tener elaborado un plan de viabilidad cuando presenta la solicitud de concurso | 33,33%                            | 66,66% |     | 33,33<br>%                           | 66,66<br>% |
| b) | Los dos momentos de presentación, anticipada, o en fase de convenio deben ser alternativos y opcionales para el deudor ya que no afecta a la eficacia y eficiencia de la Ley                                       | 100%                              |        |     | 100%                                 |            |

Otras, observaciones del experto encuestado

### 13)

A lo largo de los años de aplicación de la LC y de sus sucesivas reformas se ha constatado que en la práctica la vía conservativa y, por tanto, la aprobación de convenios no ha gozado de gran predicamento. E incluso cuando éstos se han aprobado en muchas ocasiones ha sobrevenido incumplimientos que, finalmente, han ocasionado la liquidación de la empresa.

En su opinión, la situación descrita es consecuencia de que:



|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Agregado Total jueces<br>1ª ronda |        |        | Agregado Total jueces<br>2ª ronda |         |
|----|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------|--------|--------|-----------------------------------|---------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Acu.                              | Des.   | N/C    | Acu.                              | Des.    |
| a) | La solicitud de concurso se efectúa tan tarde que las empresas se encuentran en una situación de crisis prácticamente irreversible                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 66,66%                            |        | 33,33% | 100%                              |         |
| b) | El contenido del convenio aprobado, en muchas ocasiones, es más voluntarista que real por cuanto no se basa en un plan de viabilidad completo, razonable y realizable                                                                                                                                                                                                                                                   | 33,33%                            | 33,33% | 33,33% | 66,66 %                           | 33,33 % |
| c) | Existe un exceso de trato de favor hacia los acreedores que más pueden influir en el proceso (trabajadores, administraciones públicas y entidades bancarias). Con las sucesivas reformas legales cada vez se estiran más sus créditos contra la masa y se refuerzan los privilegiados por lo que el alto porcentaje de créditos a los que no afectan las quitas y las esperas hace inviable la continuidad empresarial. | 100%                              |        |        | 100%                              |         |
| d) | Existe una discriminación entre la globalidad de los concursos y el trato de favor de los equipos de fútbol en concurso                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 66,66%                            |        | 33,33% | 100%                              |         |
| e) | Todas las anteriores                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 66,66%                            |        | 33,33% | 100%                              |         |
| f) | Algunas de las anteriores, en concreto las de las letras.(poner con cuáles de las letras anteriores está de acuerdo)                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |                                   |        | 100%   |                                   | 100%    |

Si en su opinión existen otros motivos, indique, por favor cuáles

---



---

## BLOQUE DE RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR SOCIETARIO

### 14)

El art. 1.1º del Código de Comercio establece, “son comerciantes para los efectos de este código los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente”. Por tanto, no se exige capacitación profesional para el ejercicio del cargo y tampoco lo hace la Ley de Sociedades de Capital cuando se refiere a los administradores societarios. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina considera que el estándar de diligencia exigible a ellos en el desempeño de sus funciones es superior al estándar del “buen padre de familia” del Código Civil.

En la mayor parte de las mercantiles pequeñas y medianas el propietario, o socio mayoritario de las mismas suele a su vez desempeñar el cargo de administrador de la sociedad.

En su opinión, ¿el Derecho societario español exige algún tipo de profesionalización para ejercer el cargo de administrador social?

|    |                                                                                                 | Agregado Total jueces<br>1ª ronda |        |        | Agregado Total jueces<br>2ª ronda |            |
|----|-------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------|--------|--------|-----------------------------------|------------|
|    |                                                                                                 | Acu.                              | Des.   | N/C    | Acu.                              | Des.       |
| a) | Si exige profesionalización en algunos artículos, normativas, indicar, por favor, en cuáles.... | 33,33%                            | 33,33% | 33,33% | 33,33<br>%                        | 66,66<br>% |
| b) | No se exige profesionalización para desempeñar el cargo de administración social                | 66,66%                            | 33,33% |        | 66,66<br>%                        | 33,33<br>% |

#### 15)

A la vista de su experiencia, ¿considera que la mayor parte de los administradores sociales de las pequeñas y medianas empresas actúan con la diligencia de “un ordenado empresario” requerida en la Ley de Sociedades de Capital?

|    |                                                                                                      | Agregado Total jueces<br>1ª ronda |        |        | Agregado Total jueces<br>2ª ronda |            |
|----|------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------|--------|--------|-----------------------------------|------------|
|    |                                                                                                      | Acu.                              | Des.   | N/C    | Acu.                              | Des.       |
| a) | Si, en la mayor parte de las empresas medianas y pequeñas                                            | 33,33%                            | 33,33% | 33,33% | 33,33<br>%                        | 66,66<br>% |
| b) | No, en la mayor parte de las empresas pequeñas la administración societaria no está profesionalizada | 33,33%                            | 33,33% | 33,33% | 66,66<br>%                        | 33,33<br>% |

#### 16)

Si su respuesta es negativa, ¿considera que la limitación de la responsabilidad patrimonial que las mercantiles ofrecen a sus propietarios traslada a terceros intervinientes en el tráfico mercantil un riesgo mayor al que les correspondería por la propia incertidumbre que conlleva una actividad mercantil derivada de una gestión empresarial no suficientemente diligente?

(poner x donde proceda)

| Agregado Total jueces<br>1ª ronda |    |        | Agregado total<br>jueces<br>2ª ronda |            |
|-----------------------------------|----|--------|--------------------------------------|------------|
| SI                                | NO | N/C    | SI                                   | NO         |
| 33,33%                            |    | 66,66% | 33,33%                               | 66,66<br>% |
|                                   |    |        |                                      |            |

17)

- A) En el art. 226 de la ley de Sociedades de Capital se establece como deber, entre otros regulados en sucesivos artículos, de los administradores sociales el deber de lealtad en el sentido de que deben desempeñar su cargo como un representante leal en defensa del interés social... Una parte importante de la doctrina sostiene que hay que ser rigurosos en la exigencia del cumplimiento de este deber por cuanto representa los intereses de los socios de la sociedad que le han nombrado y permisivos con el incumplimiento del deber de diligencia por cuanto éste es más difícil de demostrar y además suele ir en detrimento del interés del propio administrador además del de la sociedad.

En su opinión,  
(poner x donde proceda)

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | Agregado Total jueces<br>1ª ronda |        |        | Agregado Total<br>jueces<br>2ª ronda |      |
|----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------|--------|--------|--------------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | Acu.                              | Des.   | N/C    | Acu.                                 | Des. |
| a) | Hay que ser especialmente riguroso con el deber de lealtad que es el problema que con mayor frecuencia se presenta en las mercantiles y más permisivo con el deber de diligencia que es menos frecuente y que perjudica también al propio administrador, así como más difícil de delimitar                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |                                   | 33,33% | 66,66% |                                      | 100% |
| b) | Hay que ser especialmente rigurosos con los dos. El deber de lealtad tiene mayor incidencia en las grandes empresas donde los administradores no suelen ser los propietarios, por lo menos mayoritariamente, de ellas y el de diligencia suele presentar menor incidencia porque la administración social suele estar profesionalizada. Sin embargo en las medianas y pequeñas empresas donde el administrador suele ser el propietario el deber de lealtad tiene menor entidad pero el de diligencia toma protagonismo puesto que este administrador en muchas ocasiones no se corresponde con un profesional y como consecuencia los terceros que participan en el tráfico de la empresa pueden resultar muy perjudicados. | 100%                              |        |        | 100%                                 |      |

Por favor, indique el motivo de su respuesta sea ésta en el sentido que sea

B) El art. 225.1 de la Ley de Sociedades de Capital regula el patrón de conducta del administrador societario (la ley le considera a estos efectos como empresario), y lo equipara al de “diligencia de un ordenado empresario”, siendo éste un concepto jurídicamente indeterminado que precisa ser concretado con las circunstancias específicas de cada caso.

La entrada en concurso es uno de los escenarios más graves en la vida de una empresa y perjudica notablemente a terceros acreedores. Antes de llegar a una situación de insolvencia, normalmente, las empresas pasan por fases en las que los indicadores económicos y financieros van señalando los problemas existentes, alertas tempranas.

En su opinión, ¿sería interesante que la LC se modificara para exigir, como actitud diligente del administrador social, prueba documental que acreditara que meses antes de hacerse efectiva la insolvencia se había realizado acciones coherentes con la situación diagnosticada tendentes a revertir la situación de crisis?. A modo de ejemplo: negociaciones bancarias, con acreedores, ampliaciones de capital, nuevos inversores, planes de reestructuración, estrategias de diversificación....

|    |                                                                                                                                                                                                           | Agregado Total jueces<br>1ª ronda |        |        | Agregado Total jueces<br>2ª ronda |      |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------|--------|--------|-----------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                                                                                           | Acu.                              | Des.   | N/C    | Acu.                              | Des. |
| a) | Es interesante que la LC exija al administrador de la concursada acreditar una actuación diligente, lo que no significa que los resultados de esa actuación sean enjuiciados. Sólo se enjuicia los medios | 66,66%                            | 33,33% |        | 100%                              |      |
| b) | No es interesante, la LC ya es suficientemente estricta con la responsabilidad del administrador                                                                                                          | 33,33%                            |        | 66,66% |                                   | 100% |

Observaciones del encuestado

18)

Si su respuesta considera interesante esta prueba documental, desde su punto de vista, significaría que:

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | Agregado Total jueces<br>1ª ronda |        |        | Agregado Total jueces<br>2ª ronda |         |
|----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------|--------|--------|-----------------------------------|---------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | Acu.                              | Des.   | N/C    | Acu.                              | Des.    |
| a) | Si el administrador no puede acreditar actitud diligente en los meses previos a la solicitud de concurso, podrá comprometerse su patrimonio personal para satisfacer parte del déficit empresarial e incrementar, por ello, la satisfacción a los acreedores. Hablamos de una presunción de responsabilidad iuris tantum (salvo prueba en contrario) | 33,33%                            |        | 66,66% | 66,66 %                           | 33,33 % |
| b) | Parece excesivo comprometer el patrimonio personal del administrador societario si éste no puede acreditar actitud diligente durante los meses previos a la solicitud del concurso                                                                                                                                                                   | 33,33%                            | 33,33% | 33,33% | 66,66 %                           | 33,33 % |

Indique, por favor, el motivo de su respuesta cualquiera que sea el sentido de ésta.

## BLOQUE REGULACIÓN DE LA PROFESIÓN ADMINISTRADOR CONCURSAL ECONÓMICO

### 19)

Una de las funciones principales del administrador concursal económico (o del auxiliar delegado económico) es emitir informe, o evaluar el plan de viabilidad que se presenta, cuando procede, en el concurso de acreedores.

¿Cuáles son, a su juicio, las principales áreas de conocimiento en las que debiera ser experto para desarrollar esta función?

|    |                                                                                                                                              | Agregado Total jueces<br>1ª ronda |      |     | Agregado Total jueces<br>2ª ronda |      |
|----|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------|------|-----|-----------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                              | Acu.                              | Des. | N/C | Acu.                              | Des. |
| a) | Plan de Contabilidad aplicable a la empresa                                                                                                  | 100%                              |      |     | 100%                              |      |
| b) | Técnica para poder opinar sobre si la documentación presentada por la deudora es fiable y representa la situación real en todos sus aspectos | 100%                              |      |     | 100%                              |      |
| c) | Técnica para valorar si el diagnóstico de la situación realizado por la deudora es adecuado                                                  | 100%                              |      |     | 100%                              |      |
| d) | Técnica para evaluar si la estrategia empresarial que plantea el deudor es coherente, razonable y                                            | 100%                              |      |     | 100%                              |      |

|  |                                                                                                       |  |  |  |  |  |
|--|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|--|--|--|
|  | factible con la situación de la empresa y con el análisis del entorno particular y general realizados |  |  |  |  |  |
|--|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|--|--|--|

20)

La profesión de administrador concursal económico no cuenta con recomendaciones, Normas Técnicas, que le orienten para desarrollar su trabajo, determinar la situación real económica financiera de la empresa, valorar el convenio y el plan de viabilidad presentados, en su caso....En este sentido, ¿considera interesante que se desarrollaran Normas Técnicas o recomendaciones?

|    |                                                                                   | Agregado Total jueces<br>1ª ronda |        |        | Agregado Total jueces<br>2ª ronda |         |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------|--------|--------|-----------------------------------|---------|
|    |                                                                                   | Acu.                              | Des.   | N/C    | Acu.                              | Des.    |
| a) | Sería interesante para orientar el trabajo del administrador concursal económico  | 66,66%                            | 33,33% |        | 66,66 %                           | 33,33 % |
| b) | Sería interesante para homogeneizar los trabajos que estos profesionales realizan | 100%                              |        |        | 100%                              |         |
| c) | No sería interesante en absoluto                                                  |                                   | 66,66% | 33,33% |                                   | 100%    |

Por favor, comente su opinión si su respuesta es la opción c)

21)

La LC no exige que el informe del administrador concursal sobre el plan de viabilidad que acompaña, en su caso, al convenio deba ser favorable para seguir con la tramitación.

En su opinión. ¿sería necesario que la LC entendiera como preceptivo para continuar la tramitación del convenio que el informe fuera favorable?

|    |                                                                                                                                                     | Agregado Total jueces<br>1ª ronda |        |        | Agregado Total jueces<br>2ª ronda |         |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------|--------|--------|-----------------------------------|---------|
|    |                                                                                                                                                     | Acu.                              | Des.   | N/C    | Acu.                              | Des.    |
| a) | Sí. No tiene sentido seguir el trámite cuando el experto entiende que el plan de viabilidad, y por tanto, el convenio no es razonablemente factible | 33,33%                            | 33,33% | 33,33% | 33,33 %                           | 66,66 % |
| b) | No. Tiene sentido seguir con el trámite. Son los acreedores en última instancia los que deben aprobar ese convenio                                  | 66,66%                            | 33,33% |        | 66,66 %                           | 33,33 % |

|  |                           |  |  |  |  |  |
|--|---------------------------|--|--|--|--|--|
|  | porque a ellos les afecta |  |  |  |  |  |
|--|---------------------------|--|--|--|--|--|

22)

La doctrina, con carácter general, considera que la LC no regula la responsabilidad exigible al administrador concursal cuando éste ha emitido informe favorable del convenio y plan de viabilidad, si le acompaña, y finalmente resultan no factibles.

En su opinión, ¿cabría exigir esta responsabilidad?

|    |                                                                                                                                         | Agregado Total jueces<br>1ª ronda |        |        | Agregada Total jueces<br>2ª ronda |            |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------|--------|--------|-----------------------------------|------------|
|    |                                                                                                                                         | Acu.                              | Des.   | N/C    | Acu.                              | Des.       |
| a) | Si, pero bastaría para combatirla que el administrador pudiera demostrar que su informe se apoyó en una actuación profesional diligente | 66,66%                            | 33,33% |        | 66,66<br>%                        | 33,33<br>% |
| b) | No, el cumplimiento de un plan de viabilidad es tan aleatorio que no cabe exigir responsabilidad alguna por su incumplimiento           |                                   | 66,66% | 33,33% |                                   | 100%       |





## CUESTIONARIO DELPHI

### BLOQUE NORMATIVO

1)

La mayor parte de la doctrina considera que el objetivo principal de la Ley Concursal es la maximización del interés de los acreedores. Sin embargo algunos opinan que el objetivo fundamental es la continuidad de la empresa y el mantenimiento del empleo, o por lo menos lo ponen al mismo nivel.

En su opinión, ¿cuál debería ser el/los objetivo/s principales del concurso?  
(poner x donde proceda)

|    |                                                                                                                                                   | Agregado Total académicos<br>1ª ronda |      |     | Agregado Total académicos<br>2ª ronda |      |
|----|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------|------|-----|---------------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                                   | Acu.                                  | Des. | N/C | Acu.                                  | Des. |
| a) | Maximizar los intereses de los acreedores                                                                                                         |                                       | 50%  | 50% | 50%                                   | 50%  |
| b) | Promover la conservación de las empresas y el empleo generado                                                                                     | 50%                                   |      | 50% | 100%                                  |      |
| c) | Maximizar los intereses de los acreedores promoviendo la conservación de las empresas viables y la liquidación tempestiva de las inviables        | 100%                                  |      |     | 100%                                  |      |
| d) | No es compatible la maximización de los intereses de los acreedores con la conservación de las empresas viables y la liquidación de las inviables |                                       | 50%  | 50% |                                       | 100% |

2)

A) El art. 2 LC dice:

2.2 “Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no pueda cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”

2.3 “...Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones de pago”.

Parece, por tanto, que se refiere a situaciones de iliquidez actuales o futuras, no a situaciones de desbalance, desequilibrio patrimonial inminente (a salvo del presupuesto de disolución de la Ley de Sociedades de Capital).

En su opinión, ¿La LC debería contemplar como presupuesto objetivo también el desequilibrio patrimonial inminente, a efectos de una solicitud de concurso voluntario?

(poner x en cada una de las opciones que proceda)

|    |                                                                                                                                                                                              | Agregado Total académicos 1ª ronda |      |     | Agregado Total académicos 2ª ronda |      |
|----|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------|------|-----|------------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                                                                              | Acu.                               | Des. | N/C | Acu.                               | Des. |
| a) | Si porque completa el criterio de sobreseimiento generalizado de pagos ya que anuncia una situación de precrisis o crisis empresarial que probablemente terminará en sobreseimiento de pagos | 50%                                |      | 50% | 50%                                | 50%  |
| b) | No, porque sólo interesa, a efectos de la Ley Concursal, la desatención actual o inminente de las obligaciones contraídas                                                                    | 50%                                | 50%  |     |                                    | 100% |

B) El deudor puede solicitar concurso voluntario por insolvencia inminente aunque la LC no establece un horizonte temporal u otro criterio orientativo para determinar esa proximidad o amenaza.

En su opinión, ¿cuál debería ser el criterio/s orientativo/s para orientar al juez y al propio deudor?

(poner x en cada una de las opciones que proceda)

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Agregado Total académicos 1ª ronda |      |     | Agregado Total académicos 2ª ronda |      |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------|------|-----|------------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Acu.                               | Des. | N/C | Acu.                               | Des. |
| a) | Más de 12 meses de la fecha en la que previsiblemente se entraría en iliquidez efectiva                                                                                                                                                                                                                                                 | 50%                                |      | 50% | 50%                                | 50%  |
| b) | De 12 a 6 meses de la fecha en la que previsiblemente se entraría en iliquidez efectiva                                                                                                                                                                                                                                                 |                                    | 50%  | 50% |                                    | 10%  |
| c) | Menos de 6 meses de la fecha en la que previsiblemente se entraría en iliquidez efectiva                                                                                                                                                                                                                                                |                                    | 50%  | 50% |                                    | 100% |
| d) | El criterio de la doctrina alemana que entiende razonable una previsión de hasta 3 años, pero que más que a una idea temporal se refiere más al riesgo, amenaza del sobreseimiento. Si el rendimiento de las obligaciones es a medio plazo pero la amenaza de incumplimiento cierta la insolvencia es amenazadora. Ley alemana 18 Ins O | 100%                               |      |     | 100%                               |      |

3)

La LC no consigue incentivar la solicitud de concurso voluntario de forma tempestiva lo que provoca que cuando el deudor llega al concurso tiene una situación tan deteriorada que prácticamente sólo le queda la liquidación.

En su opinión, ¿cómo se podría promover una solicitud de concurso voluntario más adelantada en el tiempo?

(poner x en cada una de las opciones que proceda)

|    |                                                                                                                                                                                                            | Agregado Total académicos 1ª ronda |      |     | Agregado Total académicos 2ª ronda |      |
|----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------|------|-----|------------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                                                                                            | Acu.                               | Des. | N/C | Acu.                               | Des. |
| a) | Estableciendo normativamente batería de indicadores de crisis empresarial inminente que oriente a los administradores societarios (ratios negativos, pérdidas acumuladas, patrimonio neto insuficiente...) | 50%                                |      | 50% | 50%                                | 50%  |
| b) | Concretando normativamente el concepto de insolvencia amenazante que sirva de orientación a los administradores societarios                                                                                |                                    | 50%  | 50% |                                    | 100% |
| c) | Con una Ley Concursal que sea más exigente con la diligencia en la administración de las empresas                                                                                                          | 50%                                | 50%  |     |                                    | 100% |
| d) | Diseñando un procedimiento concursal más eficaz y eficiente, para que sea percibido por el deudor como posible solución a su crisis                                                                        | 50%                                |      | 50% | 100%                               |      |

4)

A) La LC permite presentar, junto con la solicitud de concurso voluntario una propuesta anticipada de convenio o una propuesta de liquidación. Pero si éstas no se producen durante el procedimiento cabe que se abra la fase de convenio. A efectos de hacer más eficiente, en términos de recursos económicos y de tiempo, el concurso, ¿qué opinión le merece la siguiente propuesta?

(poner x donde proceda)

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | Agregado Total académicos 1ª ronda |      |     | Agregado Total académicos 2ª ronda |      |
|----|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------|------|-----|------------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | Acu.                               | Des. | N/C | Acu.                               | Des. |
| a) | Cuando se produce la solicitud de concurso voluntario, el deudor que desea continuar la actividad ya debería tener preparado un plan de viabilidad y, por tanto, debería en todo caso presentar propuesta anticipada de convenio. En caso de no presentar propuesta de convenio junto con la solicitud la LC debería ser modificada para dirigirse a la liquidación | 100%                               |      |     |                                    | 100% |

5)

Parte importante de la doctrina considera que la entrada en concurso supone un estigma muy negativo para la empresa en términos de pérdida de imagen lo que conlleva una dificultad añadida para la gestión de la crisis.

En su opinión, ¿cuáles pueden ser las razones?

(poner una x donde proceda)

|    |                                                                                                                                                                                                      | Agregado Total académicos 1ª ronda |      |     | Agregado Total académicos 2ª ronda |      |
|----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------|------|-----|------------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                                                                                      | Acu.                               | Des. | N/C | Acu.                               | Des. |
| a) | Las empresas están tan deterioradas cuando solicitan el concurso que ya no hay posibilidad de reflatamiento                                                                                          | 100%                               |      |     | 100%                               |      |
| b) | Aun cuando se haya producido la solicitud siendo todavía el estado de la crisis reversible, la duración y el coste del procedimiento harán, seguramente, que ya no haya posibilidad de reflatamiento | 50%                                |      | 50% | 50%                                | 50%  |
| c) | Aun cuando se apruebe un plan de reflatamiento empresarial y se implemente, muy probablemente no se podrá cumplir en los términos previstos y, por tanto, finalmente la empresa se liquidará         |                                    | 50%  | 50% |                                    | 100% |

Otras: por favor, indique cuáles, a su juicio

6)

A) Para parte de la doctrina, la LC no incentiva adecuadamente la financiación de las empresas en situaciones preconcursales porque penaliza, vía prelación, los préstamos aportados por socios o personas vinculadas.

En su opinión,

|    |                                                                                                                                                                                         | Agregado Total académicos 1ª ronda |      |     | Agregado Total académicos 2ª ronda |      |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------|------|-----|------------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                                                                         | Acu.                               | Des. | N/C | Acu.                               | Des. |
| a) | La Ley no debería penalizar los préstamos aportados por los socios o personas vinculadas a la empresa en crisis. Sólo cabría la penalización si durante el procedimiento de concurso se | 50%                                | 50%  |     | 100%                               |      |

|  |                    |  |  |  |  |  |
|--|--------------------|--|--|--|--|--|
|  | detectaran fraudes |  |  |  |  |  |
|--|--------------------|--|--|--|--|--|

7)

La LC no incentiva adecuadamente la entrada de inversores privados para la compra de créditos concursales lo que va en detrimento de los intereses de los acreedores.

En su opinión,

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                       | Agregado Total académicos<br>1ª ronda |      |     | Agregado<br>Total<br>académicos<br>2ª ronda |      |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------|------|-----|---------------------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                                       | Acu.                                  | Des. | N/C | Acu.                                        | Des. |
| a) | La Ley debe limitar la entrada de este tipo de inversores porque puede dar lugar a fraudes                                                                                                                                                                            | 50%                                   |      | 50% | 50%                                         | 50%  |
| b) | El objetivo principal del concurso es la maximización de los intereses de los acreedores, por tanto, no debe limitarse el acceso a la compra de créditos concursales, aunque para evitar fraudes, debería requerirse un informe previo de la administración concursal | 50%                                   | 50%  |     | 100%                                        |      |

## BLOQUE DOCUMENTO “PLAN DE VIABILIDAD”

8)

El legislador considera en distintos artículos de la LC al plan de viabilidad como un documento importante para garantizar, de una manera razonable, el cumplimiento de los pagos establecidos en el convenio cuando se estime como recursos necesarios los generados por la propia actividad del concursado. También lo considera necesario para garantizar razonablemente la viabilidad a medio plazo de la empresa que ha alcanzado acuerdos de refinanciación que no podrán ser objeto de rescisión.

- A) En su opinión, ¿están los planes de viabilidad, presentados en los juzgados, siendo garantes de la razonabilidad y de la adecuada probabilidad de cumplimiento de los convenios a los que acompaña así como de la continuidad a medio plazo de la actividad de la empresa refinanciada o de la empresa objeto de convenio?.

| Agregado Total académicos 1ª ronda |      |     | Agregado Total académicos 2ª ronda |      |
|------------------------------------|------|-----|------------------------------------|------|
| SI                                 | NO   | N/C | SI                                 | NO   |
|                                    | 100% |     |                                    | 100% |
|                                    |      |     |                                    |      |

B) Si la respuesta es negativa, ¿cuáles son los motivos de ello?

9)

Algunos autores consideran que un “plan de viabilidad”, a efectos de la LC, debe construirse sobre la base de una actividad preexistente, dado que, entienden, si se desarrolla sobre una idea nueva se estará ante un “plan de empresa” que no es lo que la LC pretende.

En su opinión,

A) ¿Es cierta la afirmación anterior?

| Agregado Total académicos 1ª ronda |      |     | Agregado Total académicos 2ª ronda |      |
|------------------------------------|------|-----|------------------------------------|------|
| SI                                 | NO   | N/C | SI                                 | NO   |
|                                    | 100% |     |                                    | 100% |
|                                    |      |     |                                    |      |

B) En caso de respuesta afirmativa, ¿considera que existen límites para el contenido del plan de viabilidad de la LC?. A modo de ejemplo: no debería contener modificaciones sustanciales del producto/servicio, o de la tipología de clientes, o de la tecnología utilizada, o de la estructura productiva, o del sector de actividad, preexistentes.

|    |                                                                                                                                                                                                                                                           | Agregado Total académicos 1ª ronda |      |      | Agregado Total académicos 2ª ronda |      |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------|------|------|------------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                           | Acu.                               | Des. | N/C  | Acu.                               | Des. |
| a) | Existen límites para el contenido del plan de viabilidad de la L.C. por ej. No pueden reflejarse modificaciones sustanciales del producto/servicio, de los clientes, de la tecnología, de la estructura productiva, del sector de actividad preexistentes |                                    |      | 100% |                                    | 100% |

b) No existen límites. Siempre que se mantenga la misma personalidad jurídica de la deudora cabe modificar los aspectos necesarios para viabilizar la empresa siempre que tenga el apoyo de los acreedores.

| Agregado Total académicos 1ª ronda |      |      | Agregado Total académicos 2ª ronda |      |
|------------------------------------|------|------|------------------------------------|------|
| Acu.                               | Des. | N/C  | Acu.                               | Des. |
|                                    |      | 100% |                                    | 100% |

C) Cualquiera que sea el sentido de su respuesta, ¿podría indicar los motivos de la misma?

10)

Contenido del plan de viabilidad. La LC no especifica detalladamente el contenido del plan de viabilidad cuando hace referencia a él. En sede de acuerdos de refinanciación nada dice y en el art. 100.5 hace alguna referencia poco clarificadora., “...la propuesta deberá ir acompañada, además, de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y las condiciones de su obtención...”.

En su opinión, ¿cuál sería o cuáles de las siguientes materias deberían formar parte del contenido del documento “plan de viabilidad” a efectos de la LC?

|    |                                                                                                                                                        | Agregado Total académicos 1ª ronda |      |     | Agregado Total académicos 2ª ronda |      |
|----|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------|------|-----|------------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                                        | Acu.                               | Des. | N/C | Acu.                               | Des. |
| a) | Antecedentes de la empresa, actividad e hitos principales                                                                                              | 50%                                |      | 50% | 50%                                | 50%  |
| b) | Evaluación y conclusiones de las circunstancias por las que se ha llegado a la situación actual                                                        |                                    | 50%  | 50% | 50%                                | 50%  |
| c) | Análisis / diagnóstico de la situación actual:<br>Interno: Debilidades / Fortalezas<br>Externo: Amenazas / Oportunidades                               | 50%                                |      | 50% | 100%                               |      |
| d) | Elaboración de alternativas / estrategias factibles en base a la información anterior                                                                  | 100%                               |      |     | 100%                               |      |
| e) | Justificación de la elección de una de ellas                                                                                                           | 50%                                |      | 50% | 100%                               |      |
| f) | Plan de producción, de marketing, específico de ventas, de Recursos Humanos, plan económico financiero, de tesorería derivados de la elección anterior | 100%                               |      |     | 100%                               |      |

Otras materias necesarias a su juicio son:

11)

La LC no considera que el preceptivo informe de evaluación del plan de viabilidad emitido por el administrador concursal, en sede de concurso, deba necesariamente ser favorable para poder continuar la tramitación del convenio al que acompaña, art. 115 LC. Sin embargo, en sede de acuerdos de refinanciación y para que estos sean irrevocables exige, entre otras condiciones, art. 71.6, 2º “El acuerdo haya sido

informado favorablemente por un experto independiente designado a su prudente arbitrio por el registrador mercantil...”

En su opinión,

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                | Agregado Total académicos 1ª ronda |      |     | Agregado Total académicos 2ª ronda |      |
|----|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------|------|-----|------------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                                | Acu.                               | Des. | N/C | Acu.                               | Des. |
| a) | La LC debiera exigir preceptivamente que el informe del administrador concursal de evaluación del plan de viabilidad que acompaña a convenio sea favorable porque de otra manera el convenio no sería fiable porque de otra manera el convenio no sería fiable | 100%                               |      |     | 100%                               |      |
| b) | Debe dejarse a voluntad de los acreedores la aprobación de un convenio con base en un plan de viabilidad con informe negativo o con reservas ya que ellos son los que mejor conocen sus intereses                                                              |                                    | 50%  | 50% |                                    | 100% |
| c) | Un plan de viabilidad siempre contiene estimaciones, por tanto, su cumplimiento siempre es incierto, en este sentido, el informe de evaluación de expertos nada aporta                                                                                         |                                    | 50%  | 50% | 50%                                | 50%  |

## 12)

Determinar si la empresa es económicamente viable, para promover vía convenio su conservación, o por el contrario determinar su inviabilidad económica para proceder a su pronta liquidación es una cuestión clave para la eficacia y eficiencia del procedimiento concursal. Quien más y mejor conoce esta cuestión es el propio deudor.

La LC establece distintos momentos para que el deudor, en caso de solicitud de concurso voluntario, presente su propuesta de convenio, y el plan de viabilidad cuando proceda: al inicio con la propia solicitud, art. 104.1, o abierta la fase de convenio.

A efectos de poder realizar una clasificación temprana de la viabilidad económica de la empresa, es decir, antes de la actual fase de convenio.

¿Sería interesante, en su opinión, que la LC contemplara medidas para fomentar la propuesta anticipada de convenio y su plan de viabilidad con la solicitud de concurso voluntario en detrimento de la presentación en fase de convenio y de esta manera si el deudor no pudiera presentar junto con la solicitud de concurso voluntario propuesta de convenio acompañado de plan de viabilidad, en su caso, o si éstos no resultaran



factibles en opinión del administrador concursal proceder a la liquidación de la empresa?

|    |                                                                                                                                                                                                                    | Agregado Total académicos 1ª ronda |      |     | Agregado Total académicos 2ª ronda |      |
|----|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------|------|-----|------------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                                                                                                    | Acu.                               | Des. | N/C | Acu.                               | Des. |
| a) | La Ley debería incentivar la propuesta anticipada de convenio porque un deudor diligente que desea continuar la actividad tiene que tener elaborado un plan de viabilidad cuando presenta la solicitud de concurso | 100%                               |      |     | 50%                                | 50%  |
| b) | Los dos momentos de presentación, anticipada, o en fase de convenio deben ser alternativos y opcionales para el deudor ya que no afecta a la eficacia y eficiencia de la Ley                                       | 50%                                |      | 50% | 100%                               |      |

Otras, observaciones del experto encuestado

### 13)

A lo largo de los años de aplicación de la LC y de sus sucesivas reformas se ha constatado que en la práctica la vía conservativa y, por tanto, la aprobación de convenios no ha gozado de gran predicamento. E incluso cuando éstos se han aprobado en muchas ocasiones ha sobrevenido incumplimientos que, finalmente, han ocasionado la liquidación de la empresa.

En su opinión, la situación descrita es consecuencia de que:

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Agregado Total académicos 1ª ronda |      |      | Agregado Total académicos 2ª ronda |      |
|----|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------|------|------|------------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Acu.                               | Des. | N/C  | Acu.                               | Des. |
| a) | La solicitud de concurso se efectúa tan tarde que las empresas se encuentran en una situación de crisis prácticamente irreversible                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 100%                               |      |      | 100%                               |      |
| b) | El contenido del convenio aprobado, en muchas ocasiones, es más voluntarista que real por cuanto no se basa en un plan de viabilidad completo, razonable y realizable                                                                                                                                                                                                                                                   | 50%                                |      | 50%  | 100%                               |      |
| c) | Existe un exceso de trato de favor hacia los acreedores que más pueden influir en el proceso (trabajadores, administraciones públicas y entidades bancarias). Con las sucesivas reformas legales cada vez se estiran más sus créditos contra la masa y se refuerzan los privilegiados por lo que el alto porcentaje de créditos a los que no afectan las quitas y las esperas hace inviable la continuidad empresarial. | 50%                                |      | 50%  | 50%                                | 50%  |
| d) | Existe una discriminación entre la globalidad de los concursos y el trato de favor de los equipos de fútbol en concurso                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 50%                                |      | 50%  | 50%                                | 50%  |
| e) | Todas las anteriores                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 50%                                |      | 50%  | 50%                                | 50%  |
| f) | Algunas de las anteriores, en concreto las de las letras.(poner con cuáles de las letras anteriores está de acuerdo)                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |                                    |      | 100% |                                    | 100% |

Si en su opinión existen otros motivos, indique, por favor cuáles

---



---

## BLOQUE DE RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR SOCIETARIO

### 14)

El art. 1.1º del Código de Comercio establece, “son comerciantes para los efectos de este código los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente”. Por tanto, no se exige capacitación profesional para el ejercicio del cargo y tampoco lo hace la Ley de Sociedades de Capital cuando se refiere a los administradores societarios. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina considera que el estándar de diligencia exigible a ellos en el desempeño de sus funciones es superior al estándar del “buen padre de familia” del Código Civil.

En la mayor parte de las mercantiles pequeñas y medianas el propietario, o socio mayoritario de las mismas suele a su vez desempeñar el cargo de administrador de la sociedad.

En su opinión, ¿el Derecho societario español exige algún tipo de profesionalización para ejercer el cargo de administrador social?

|    |                                                                                                 | Agregados Total académicos 1ª ronda |      |     | Agregados Total académicos 2ª ronda |      |
|----|-------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------|------|-----|-------------------------------------|------|
|    |                                                                                                 | Acu.                                | Des. | N/C | Acu.                                | Des. |
| a) | Si exige profesionalización en algunos artículos, normativas, indicar, por favor, en cuáles.... | 50%                                 |      | 50% | 100%                                |      |
| b) | No se exige profesionalización para desempeñar el cargo de administración social                | 100%                                |      |     | 50%                                 | 50%  |

15)

A la vista de su experiencia, ¿considera que la mayor parte de los administradores sociales de las pequeñas y medianas empresas actúan con la diligencia de “un ordenado empresario” requerida en la Ley de Sociedades de Capital?

|    |                                                                                                      | Agregados Total académicos 1ª ronda |      |     | Agregados Total académicos 2ª ronda |      |
|----|------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------|------|-----|-------------------------------------|------|
|    |                                                                                                      | Acu.                                | Des. | N/C | Acu.                                | Des. |
| a) | Si, en la mayor parte de las empresas medianas y pequeñas                                            |                                     | 50%  | 50% |                                     | 100% |
| b) | No, en la mayor parte de las empresas pequeñas la administración societaria no está profesionalizada | 100%                                |      |     | 100%                                |      |

16)

Si su respuesta es negativa, ¿considera que la limitación de la responsabilidad patrimonial que las mercantiles ofrecen a sus propietarios traslada a terceros intervinientes en el tráfico mercantil un riesgo mayor al que les correspondería por la propia incertidumbre que conlleva una actividad mercantil derivada de una gestión empresarial no suficientemente diligente?

(poner x donde proceda)

| Agregados Total académicos 1ª ronda |    |     | Agregados Total académicos 2ª ronda |    |
|-------------------------------------|----|-----|-------------------------------------|----|
| SI                                  | NO | N/C | SI                                  | NO |
| 100%                                |    |     | 100%                                |    |
|                                     |    |     |                                     |    |

17)

- A) En el art. 226 de la ley de Sociedades de Capital se establece como deber, entre otros regulados en sucesivos artículos, de los administradores sociales el deber de lealtad en el sentido de que deben desempeñar su cargo como un representante leal en defensa del interés social... Una parte importante de la doctrina sostiene que hay que ser rigurosos en la exigencia del cumplimiento de este deber por cuanto representa los intereses de los socios de la sociedad que le han nombrado y permisivos con el incumplimiento del deber de diligencia por cuanto éste es más difícil de demostrar y además suele ir en detrimento del interés del propio administrador además del de la sociedad.

En su opinión,  
(poner x donde proceda)

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | Agregados Total académicos 1ª ronda |      |      | Agregados Total académicos 2ª ronda |      |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------|------|------|-------------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | Acu.                                | Des. | N/C  | Acu.                                | Des. |
| a) | Hay que ser especialmente riguroso con el deber de lealtad que es el problema que con mayor frecuencia se presenta en las mercantiles y más permisivo con el deber de diligencia que es menos frecuente y que perjudica también al propio administrador, así como más difícil de delimitar                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 50%                                 |      | 100% | 50%                                 | 50%  |
| b) | Hay que ser especialmente rigurosos con los dos. El deber de lealtad tiene mayor incidencia en las grandes empresas donde los administradores no suelen ser los propietarios, por lo menos mayoritariamente, de ellas y el de diligencia suele presentar menor incidencia porque la administración social suele estar profesionalizada. Sin embargo en las medianas y pequeñas empresas donde el administrador suele ser el propietario el deber de lealtad tiene menor entidad pero el de diligencia toma protagonismo puesto que este administrador en muchas ocasiones no se corresponde con un profesional y como | 50%                                 | 50%  |      | 50%                                 | 50%  |

|  |                                                                                                        |  |  |  |  |  |
|--|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|--|--|--|
|  | consecuencia los terceros que participan en el tráfico de la empresa pueden resultar muy perjudicados. |  |  |  |  |  |
|--|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|--|--|--|

Por favor, indique el motivo de su respuesta sea ésta en el sentido que sea

B) El art. 225.1 de la Ley de Sociedades de Capital regula el patrón de conducta del administrador societario (la ley le considera a estos efectos como empresario), y lo equipara al de “diligencia de un ordenado empresario”, siendo éste un concepto jurídicamente indeterminado que precisa ser concretado con las circunstancias específicas de cada caso.

La entrada en concurso es uno de los escenarios más graves en la vida de una empresa y perjudica notablemente a terceros acreedores. Antes de llegar a una situación de insolvencia, normalmente, las empresas pasan por fases en las que los indicadores económicos y financieros van señalando los problemas existentes, alertas tempranas.

En su opinión, ¿sería interesante que la LC se modificara para exigir, como actitud diligente del administrador social, prueba documental que acreditara que meses antes de hacerse efectiva la insolvencia se había realizado acciones coherentes con la situación diagnosticada tendentes a revertir la situación de crisis?. A modo de ejemplo: negociaciones bancarias, con acreedores, ampliaciones de capital, nuevos inversores, planes de reestructuración, estrategias de diversificación....

|    |                                                                                                                                                                                                           | Agregados Total académicos 1ª ronda |      |     | Agregados Total académicos 2ª ronda |      |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------|------|-----|-------------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                                                                                           | Acu.                                | Des. | N/C | Acu.                                | Des. |
| a) | Es interesante que la LC exija al administrador de la concursada acreditar una actuación diligente, lo que no significa que los resultados de esa actuación sean enjuiciados. Sólo se enjuicia los medios |                                     | 50%  | 50% | 50%                                 | 50%  |
| b) | No es interesante, la LC ya es suficientemente estricta con la responsabilidad del administrador                                                                                                          | 100%                                |      |     | 100%                                |      |

Observaciones del encuestado

18)

Si su respuesta considera interesante esta prueba documental, desde su punto de vista, significaría que:

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | Agregado Total académicos 1ª ronda |      |     | Agregados Total académicos 2ª ronda |      |
|----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------|------|-----|-------------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | Acu.                               | Des. | N/C | Acu.                                | Des. |
| a) | Si el administrador no puede acreditar actitud diligente en los meses previos a la solicitud de concurso, podrá comprometerse su patrimonio personal para satisfacer parte del déficit empresarial e incrementar, por ello, la satisfacción a los acreedores. Hablamos de una presunción de responsabilidad iuris tantum (salvo prueba en contrario) |                                    | 50%  | 50% |                                     | 100% |
| b) | Parece excesivo comprometer el patrimonio personal del administrador societario si éste no puede acreditar actitud diligente durante los meses previos a la solicitud del concurso                                                                                                                                                                   | 100%                               |      |     | 100%                                |      |

Indique, por favor, el motivo de su respuesta cualquiera que sea el sentido de ésta.

## BLOQUE REGULACIÓN DE LA PROFESIÓN ADMINISTRADOR CONCURSAL ECONÓMICO

### 19)

Una de las funciones principales del administrador concursal económico (o del auxiliar delegado económico) es emitir informe, o evaluar el plan de viabilidad que se presenta, cuando procede, en el concurso de acreedores.

¿Cuáles son, a su juicio, las principales áreas de conocimiento en las que debiera ser experto para desarrollar esta función?

|    |                                                                                                                                              | Agregados Total académicos 1ª ronda |      |     | Agregados Total académicos 2ª ronda |      |
|----|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------|------|-----|-------------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                              | Acu.                                | Des. | N/C | Acu.                                | Des. |
| a) | Plan de Contabilidad aplicable a la empresa                                                                                                  | 50%                                 |      | 50% | 100%                                |      |
| b) | Técnica para poder opinar sobre si la documentación presentada por la deudora es fiable y representa la situación real en todos sus aspectos |                                     | 50%  | 50% | 100%                                |      |
| c) | Técnica para valorar si el diagnóstico de la situación realizado por la deudora es adecuado                                                  |                                     | 50%  | 50% | 100%                                |      |
| d) | Técnica para evaluar si la estrategia empresarial que                                                                                        | 100%                                |      |     | 100%                                |      |

|  |                                                                                                                                                   |  |  |  |  |  |
|--|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|--|--|--|
|  | plantea el deudor es coherente, razonable y factible con la situación de la empresa y con el análisis del entorno particular y general realizados |  |  |  |  |  |
|--|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|--|--|--|

**20)**

La profesión de administrador concursal económico no cuenta con recomendaciones, Normas Técnicas, que le orienten para desarrollar su trabajo, determinar la situación real económica financiera de la empresa, valorar el convenio y el plan de viabilidad presentados, en su caso....En este sentido, ¿considera interesante que se desarrollaran Normas Técnicas o recomendaciones?

|    |                                                                                   | Agregados Total académicos 1ª ronda |      |     | Agregados Total académicos 2ª ronda |      |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------|------|-----|-------------------------------------|------|
|    |                                                                                   | Acu.                                | Des. | N/C | Acu.                                | Des. |
| a) | Sería interesante para orientar el trabajo del administrador concursal económico  | 100%                                |      |     | 50%                                 | 50%  |
| b) | Sería interesante para homogeneizar los trabajos que estos profesionales realizan | 50%                                 |      | 50% | 100%                                |      |
| c) | No sería interesante en absoluto                                                  |                                     | 50%  | 50% |                                     | 100% |

Por favor, comente su opinión si su respuesta es la opción c)

**21)**

La LC no exige que el informe del administrador concursal sobre el plan de viabilidad que acompaña, en su caso, al convenio deba ser favorable para seguir con la tramitación.

En su opinión. ¿sería necesario que la LC entendiera como preceptivo para continuar la tramitación del convenio que el informe fuera favorable?

|    |                                                                                                                                                     | Agregados Total académicos 1ª ronda |      |     | Agregados Total académicos 2ª ronda |      |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------|------|-----|-------------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                                     | Acu.                                | Des. | N/C | Acu.                                | Des. |
| a) | Sí. No tiene sentido seguir el trámite cuando el experto entiende que el plan de viabilidad, y por tanto, el convenio no es razonablemente factible | 100%                                |      |     | 100%                                |      |
| b) | No. Tiene sentido seguir con el trámite. Son los acreedores en última instancia los que deben aprobar ese convenio porque a ellos les afecta        |                                     | 50%  | 50% |                                     | 100% |

22)

La doctrina, con carácter general, considera que la LC no regula la responsabilidad exigible al administrador concursal cuando éste ha emitido informe favorable del convenio y plan de viabilidad, si le acompaña, y finalmente resultan no factibles.

En su opinión, ¿cabría exigir esta responsabilidad?

|    |                                                                                                                                         | Agregados Total académicos 1ª ronda |      |     | Agregados Total académicos 2ª ronda |      |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------|------|-----|-------------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                         | Acu.                                | Des. | N/C | Acu.                                | Des. |
| a) | Sí, pero bastaría para combatirla que el administrador pudiera demostrar que su informe se apoyó en una actuación profesional diligente | 50%                                 |      | 50% | 100%                                |      |
| b) | No, el cumplimiento de un plan de viabilidad es tan aleatorio que no cabe exigir responsabilidad alguna por su incumplimiento           | 50%                                 | 50%  |     |                                     | 100% |





## CUESTIONARIO DELPHI

### BLOQUE NORMATIVO

1)

La mayor parte de la doctrina considera que el objetivo principal de la Ley Concursal es la maximización del interés de los acreedores. Sin embargo algunos opinan que el objetivo fundamental es la continuidad de la empresa y el mantenimiento del empleo, o por lo menos lo ponen al mismo nivel.

En su opinión, ¿cuál debería ser el/los objetivo/s principales del concurso?  
(poner x donde proceda)

|    |                                                                                                                                                   | Agregado Total<br>administradores abogados 1ª<br>ronda |        |        | Agregado Total<br>administradores abogados<br>2ª ronda |        |
|----|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------|--------|--------|--------------------------------------------------------|--------|
|    |                                                                                                                                                   | Acu.                                                   | Des.   | N/C    | Acu.                                                   | Des.   |
| a) | Maximizar los intereses de los acreedores                                                                                                         |                                                        | 66,66% | 33,33% |                                                        | 100%   |
| b) | Promover la conservación de las empresas y el empleo generado                                                                                     |                                                        | 66,66% | 33,33% | 33,33%                                                 | 66,66% |
| c) | Maximizar los intereses de los acreedores promoviendo la conservación de las empresas viables y la liquidación tempestiva de las inviables        | 66,66%                                                 |        | 33,33% | 66,66%                                                 | 33,33% |
| d) | No es compatible la maximización de los intereses de los acreedores con la conservación de las empresas viables y la liquidación de las inviables | 100%                                                   |        |        | 33,33%                                                 | 66,66% |

2)

A) El art. 2 LC dice:

2.2 “Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no pueda cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”

2.3 “...Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones de pago”.

Parece, por tanto, que se refiere a situaciones de iliquidez actuales o futuras, no a situaciones de desbalance, desequilibrio patrimonial inminente (a salvo del presupuesto de disolución de la Ley de Sociedades de Capital).

En su opinión, ¿La LC debería contemplar como presupuesto objetivo también el desequilibrio patrimonial inminente, a efectos de una solicitud de concurso voluntario?

(poner x en cada una de las opciones que proceda)

|    |                                                                                                                                                                                              | Agregado Total administradores abogados 1ª ronda |        |        | Agregado Total administradores abogados 2ª ronda |      |
|----|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------|--------|--------|--------------------------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                                                                              | Acu.                                             | Des.   | N/C    | Acu.                                             | Des. |
| a) | Si porque completa el criterio de sobreseimiento generalizado de pagos ya que anuncia una situación de precrisis o crisis empresarial que probablemente terminará en sobreseimiento de pagos |                                                  | 66,66% | 33,33% |                                                  | 100% |
| b) | No, porque sólo interesa, a efectos de la Ley Concursal, la desatención actual o inminente de las obligaciones contraídas                                                                    | 100%                                             |        |        | 100%                                             |      |

B) El deudor puede solicitar concurso voluntario por insolvencia inminente aunque la LC no establece un horizonte temporal u otro criterio orientativo para determinar esa proximidad o amenaza.

En su opinión, ¿cuál debería ser el criterio/s orientativo/s para orientar al juez y al propio deudor?

(poner x en cada una de las opciones que proceda)

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Agregado Total administradores abogados |        |        | Agregado Total administradores abogados 2ª ronda |        |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------|--------|--------|--------------------------------------------------|--------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Acu.                                    | Des.   | N/C    | Acu.                                             | Des.   |
| a) | Más de 12 meses de la fecha en la que previsiblemente se entraría en iliquidez efectiva                                                                                                                                                                                                                                                 |                                         | 33,33% | 66,66% |                                                  | 100%   |
| b) | De 12 a 6 meses de la fecha en la que previsiblemente se entraría en iliquidez efectiva                                                                                                                                                                                                                                                 |                                         | 33,33% | 66,66% |                                                  | 100%   |
| c) | Menos de 6 meses de la fecha en la que previsiblemente se entraría en iliquidez efectiva                                                                                                                                                                                                                                                |                                         | 33,33% | 66,66% | 33,33%                                           | 66,66% |
| d) | El criterio de la doctrina alemana que entiende razonable una previsión de hasta 3 años, pero que más que a una idea temporal se refiere más al riesgo, amenaza del sobreseimiento. Si el rendimiento de las obligaciones es a medio plazo pero la amenaza de incumplimiento cierta la insolvencia es amenazadora. Ley alemana 18 Ins O | 33,33%                                  |        | 66,66% | 66,66%                                           | 33,33% |

3)

La LC no consigue incentivar la solicitud de concurso voluntario de forma tempestiva lo que provoca que cuando el deudor llega al concurso tiene una situación tan deteriorada que prácticamente sólo le queda la liquidación.

En su opinión, ¿cómo se podría promover una solicitud de concurso voluntario más adelantada en el tiempo?

(poner x en cada una de las opciones que proceda)

|    |                                                                                                                                                                                                            | Agregado Total administradores abogados 1ª ronda |        |        | Agregado Total administradores abogados 2ª ronda |         |
|----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------|--------|--------|--------------------------------------------------|---------|
|    |                                                                                                                                                                                                            | Acu.                                             | Des.   | N/C    | Acu.                                             | Des.    |
| a) | Estableciendo normativamente batería de indicadores de crisis empresarial inminente que oriente a los administradores societarios (ratios negativos, pérdidas acumuladas, patrimonio neto insuficiente...) |                                                  | 66,66% | 33,33% |                                                  | 100%    |
| b) | Concretando normativamente el concepto de insolvencia amenazante que sirva de orientación a los administradores societarios                                                                                | 33,33%                                           | 66,66% |        | 66,66 %                                          | 33,33 % |
| c) | Con una Ley Concursal que sea más exigente con la diligencia en la administración de las empresas                                                                                                          |                                                  | 33,33% | 66,66% |                                                  | 100%    |
| d) | Diseñando un procedimiento concursal más eficaz y eficiente, para que sea percibido por el deudor como posible solución a su crisis                                                                        | 33,33%                                           | 33,33% | 33,33% | 66,66 %                                          | 33,33 % |

4)

A) La LC permite presentar, junto con la solicitud de concurso voluntario una propuesta anticipada de convenio o una propuesta de liquidación. Pero si éstas no se producen durante el procedimiento cabe que se abra la fase de convenio. A efectos de hacer más eficiente, en términos de recursos económicos y de tiempo, el concurso, ¿qué opinión le merece la siguiente propuesta?

(poner x donde proceda)

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | Agregado Total administradores abogados |        |     | Agregado Total administrador es abogados 2ª ronda |         |
|----|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------|--------|-----|---------------------------------------------------|---------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | Acu.                                    | Des.   | N/C | Acu.                                              | Des.    |
| a) | Cuando se produce la solicitud de concurso voluntario, el deudor que desea continuar la actividad ya debería tener preparado un plan de viabilidad y, por tanto, debería en todo caso presentar propuesta anticipada de convenio. En caso de no presentar propuesta de convenio junto con la solicitud la LC debería ser modificada para dirigirse a la liquidación | 33,33%                                  | 66,66% |     | 33,33 %                                           | 66,66 % |

5)

Parte importante de la doctrina considera que la entrada en concurso supone un estigma muy negativo para la empresa en términos de pérdida de imagen lo que conlleva una dificultad añadida para la gestión de la crisis.

En su opinión, ¿cuáles pueden ser las razones?

(poner una x donde proceda)

|    |                                                                                                                                                                                                       | Agregado Total<br>Administradores<br>abogados 1ª ronda |        |        | Agregado Total<br>administradores<br>abogados<br>2ª ronda |        |
|----|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------|--------|--------|-----------------------------------------------------------|--------|
|    |                                                                                                                                                                                                       | Acu.                                                   | Des.   | N/C    | Acu.                                                      | Des.   |
| a) | Las empresas están tan deterioradas cuando solicitan el concurso que ya no hay posibilidad de refluotamiento                                                                                          | 66,66%                                                 |        | 33,33% | 100%                                                      |        |
| b) | Aun cuando se haya producido la solicitud siendo todavía el estado de la crisis reversible, la duración y el coste del procedimiento harán, seguramente, que ya no haya posibilidad de refluotamiento | 33,33%                                                 | 66,66% |        | 33,33%                                                    | 66,66% |
| c) | Aun cuando se apruebe un plan de refluotamiento empresarial y se implemente, muy probablemente no se podrá cumplir en los términos previstos y, por tanto, finalmente la empresa se liquidará         |                                                        | 66,66% | 33,33% |                                                           | 100%   |

Otras: por favor, indique cuáles, a su juicio

6)

A) Para parte de la doctrina, la LC no incentiva adecuadamente la financiación de las empresas en situaciones preconcursales porque penaliza, vía prelación, los préstamos aportados por socios o personas vinculadas.

En su opinión,

|    |                                                                                                                                                                                                            | Agregado Total administradores abogados 1ª ronda |        |     | Agregado Total administradores abogados 2ª ronda |        |
|----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------|--------|-----|--------------------------------------------------|--------|
|    |                                                                                                                                                                                                            | Acu.                                             | Des.   | N/C | Acu.                                             | Des.   |
| a) | La Ley no debería penalizar los préstamos aportados por los socios o personas vinculadas a la empresa en crisis. Sólo cabría la penalización si durante el procedimiento de concurso se detectaran fraudes | 33,33%                                           | 66,66% |     | 33,33%                                           | 66,66% |

7)

La LC no incentiva adecuadamente la entrada de inversores privados para la compra de créditos concursales lo que va en detrimento de los intereses de los acreedores.

En su opinión,

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                       | Agregado Total administradores abogados 1ª ronda |        |        | Agregado Total administradores abogados 2ª ronda |        |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------|--------|--------|--------------------------------------------------|--------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                                       | Acu.                                             | Des.   | N/C    | Acu.                                             | Des.   |
| a) | La Ley debe limitar la entrada de este tipo de inversores porque puede dar lugar a fraudes                                                                                                                                                                            | 66,66%                                           | 33,33% |        | 66,66%                                           | 33,33% |
| b) | El objetivo principal del concurso es la maximización de los intereses de los acreedores, por tanto, no debe limitarse el acceso a la compra de créditos concursales, aunque para evitar fraudes, debería requerirse un informe previo de la administración concursal | 33,33%                                           | 33,33% | 33,33% | 33,33%                                           | 66,66% |

## BLOQUE DOCUMENTO “PLAN DE VIABILIDAD”

8)

El legislador considera en distintos artículos de la LC al plan de viabilidad como un documento importante para garantizar, de una manera razonable, el cumplimiento de los pagos establecidos en el convenio cuando se estime como recursos necesarios los generados por la propia actividad del concursado. También lo considera necesario para garantizar razonablemente la viabilidad a medio plazo de la empresa que ha alcanzado acuerdos de refinanciación que no podrán ser objeto de rescisión.

- A) En su opinión, ¿están los planes de viabilidad, presentados en los juzgados, siendo garantes de la razonabilidad y de la adecuada probabilidad de cumplimiento de los convenios a los que acompaña así como de la continuidad a

medio plazo de la actividad de la empresa refinanciada o de la empresa objeto de convenio?.

| Agregado Total administradores abogados 1ª ronda |      |     | Agregado Total administradores abogados 2ª ronda |      |
|--------------------------------------------------|------|-----|--------------------------------------------------|------|
| SI                                               | NO   | N/C | SI                                               | NO   |
|                                                  | 100% |     |                                                  | 100% |
|                                                  |      |     |                                                  |      |

B) Si la respuesta es negativa, ¿cuáles son los motivos de ello?

9)

Algunos autores consideran que un “plan de viabilidad”, a efectos de la LC, debe construirse sobre la base de una actividad preexistente, dado que, entienden, si se desarrolla sobre una idea nueva se estará ante un “plan de empresa” que no es lo que la LC pretende.

En su opinión,

A) ¿Es cierta la afirmación anterior?

| Agregado Total administradores abogados 1ª ronda |         |         | Agregado Total administradores abogados 2ª ronda |      |
|--------------------------------------------------|---------|---------|--------------------------------------------------|------|
| SI                                               | NO      | N/C     | SI                                               | NO   |
|                                                  | 66,66 % | 33,33 % |                                                  | 100% |
|                                                  |         |         |                                                  |      |

B) En caso de respuesta afirmativa, ¿considera que existen límites para el contenido del plan de viabilidad de la LC?. A modo de ejemplo: no debería contener modificaciones sustanciales del producto/servicio, o de la tipología de clientes, o de la tecnología utilizada, o de la estructura productiva, o del sector de actividad, preexistentes.

|    |                                                                                                                                                                                                                                                           | Agregado Total administradores abogados 1ª ronda |        |        | Agregado Total administradores abogados 2ª ronda |      |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------|--------|--------|--------------------------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                           | Acu.                                             | Des.   | N/C    | Acu.                                             | Des. |
| a) | Existen límites para el contenido del plan de viabilidad de la L.C. por ej. No pueden reflejarse modificaciones sustanciales del producto/servicio, de los clientes, de la tecnología, de la estructura productiva, del sector de actividad preexistentes |                                                  | 33,33% | 66,66% |                                                  | 100% |

b) No existen límites. Siempre que se mantenga la misma personalidad jurídica de la deudora cabe modificar los aspectos necesarios para viabilizar la empresa siempre que tenga el apoyo de los acreedores.

| Agregado Total<br>administradores abogados<br>1ª ronda |      |        | Agregado Total<br>administradores<br>abogados<br>2ª ronda |      |
|--------------------------------------------------------|------|--------|-----------------------------------------------------------|------|
| Acu.                                                   | Des. | N/C    | Acu.                                                      | Des. |
| 33,33%                                                 |      | 66,66% | 100%                                                      |      |

C) Cualquiera que sea el sentido de su respuesta, ¿podría indicar los motivos de la misma?

#### 10)

Contenido del plan de viabilidad. La LC no especifica detalladamente el contenido del plan de viabilidad cuando hace referencia a él. En sede de acuerdos de refinanciación nada dice y en el art. 100.5 hace alguna referencia poco clarificadora., "...la propuesta deberá ir acompañada, además, de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y las condiciones de su obtención...".

En su opinión, ¿cuál sería o cuáles de las siguientes materias deberían formar parte del contenido del documento "plan de viabilidad" a efectos de la LC?



|    |                                                                                                                                                        | Agregado Total administradores abogados 1ª ronda |      |         | Agregado Total administradores abogados 2ª ronda |         |
|----|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------|------|---------|--------------------------------------------------|---------|
|    |                                                                                                                                                        | Acu.                                             | Des. | N/C     | Acu.                                             | Des.    |
| a) | Antecedentes de la empresa, actividad e hitos principales                                                                                              | 66,66 %                                          |      | 33,33 % | 66,66 %                                          | 33,33 % |
| b) | Evaluación y conclusiones de las circunstancias por las que se ha llegado a la situación actual                                                        | 100%                                             |      |         | 100%                                             |         |
| c) | Análisis / diagnóstico de la situación actual:<br>Interno: Debilidades / Fortalezas<br>Externo: Amenazas / Oportunidades                               | 66,66 %                                          |      | 33,33 % | 100%                                             |         |
| d) | Elaboración de alternativas / estrategias factibles en base a la información anterior                                                                  | 66,66 %                                          |      | 33,33 % | 100%                                             |         |
| e) | Justificación de la elección de una de ellas                                                                                                           | 66,66 %                                          |      | 33,33 % | 100%                                             |         |
| f) | Plan de producción, de marketing, específico de ventas, de Recursos Humanos, plan económico financiero, de tesorería derivados de la elección anterior | 66,66 %                                          |      | 33,33 % | 100%                                             |         |

Otras materias necesarias a su juicio son:

11)

La LC no considera que el preceptivo informe de evaluación del plan de viabilidad emitido por el administrador concursal, en sede de concurso, deba necesariamente ser favorable para poder continuar la tramitación del convenio al que acompaña, art. 115 LC. Sin embargo, en sede de acuerdos de refinanciación y para que estos sean irrevocables exige, entre otras condiciones, art. 71.6, 2º “El acuerdo haya sido informado favorablemente por un experto independiente designado a su prudente arbitrio por el registrador mercantil...”

En su opinión,

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                | Agregado Total administradores abogados 1ª ronda |      |     | Agregado Total administradores abogados 2ª ronda |      |
|----|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------|------|-----|--------------------------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                                | Acu.                                             | Des. | N/C | Acu.                                             | Des. |
| a) | La LC debiera exigir preceptivamente que el informe del administrador concursal de evaluación del plan de viabilidad que acompaña a convenio sea favorable porque de otra manera el convenio no sería fiable porque de otra manera el convenio no sería fiable |                                                  | 100% |     |                                                  | 100% |

|    |                                                                                                                                                                                                   |        |        |  |  |      |
|----|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|--------|--|--|------|
| b) | Debe dejarse a voluntad de los acreedores la aprobación de un convenio con base en un plan de viabilidad con informe negativo o con reservas ya que ellos son los que mejor conocen sus intereses | 33,33% | 66,66% |  |  | 100% |
| c) | Un plan de viabilidad siempre contiene estimaciones, por tanto, su cumplimiento siempre es incierto, en este sentido, el informe de evaluación de expertos nada aporta                            | 100%   |        |  |  | 100% |

## 12)

Determinar si la empresa es económicamente viable, para promover vía convenio su conservación, o por el contrario determinar su inviabilidad económica para proceder a su pronta liquidación es una cuestión clave para la eficacia y eficiencia del procedimiento concursal. Quien más y mejor conoce esta cuestión es el propio deudor.

La LC establece distintos momentos para que el deudor, en caso de solicitud de concurso voluntario, presente su propuesta de convenio, y el plan de viabilidad cuando proceda: al inicio con la propia solicitud, art. 104.1, o abierta la fase de convenio.

A efectos de poder realizar una clasificación temprana de la viabilidad económica de la empresa, es decir, antes de la actual fase de convenio.

¿Sería interesante, en su opinión, que la LC contemplara medidas para fomentar la propuesta anticipada de convenio y su plan de viabilidad con la solicitud de concurso voluntario en detrimento de la presentación en fase de convenio y de esta manera si el deudor no pudiera presentar junto con la solicitud de concurso voluntario propuesta de convenio acompañado de plan de viabilidad, en su caso, o si éstos no resultaran factibles en opinión del administrador concursal proceder a la liquidación de la empresa?

|    |                                                                                                                                                                                                                    | Agregado Total<br>administradores abogados<br>1ª ronda |        |        | Agregado Total<br>administradores abogados<br>2ª ronda |        |
|----|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------|--------|--------|--------------------------------------------------------|--------|
|    |                                                                                                                                                                                                                    | Acu.                                                   | Des.   | N/C    | Acu.                                                   | Des.   |
| a) | La Ley debería incentivar la propuesta anticipada de convenio porque un deudor diligente que desea continuar la actividad tiene que tener elaborado un plan de viabilidad cuando presenta la solicitud de concurso | 33,33%                                                 | 66,66% |        | 66,66%                                                 | 33,33% |
| b) | Los dos momentos de presentación, anticipada, o en fase de convenio deben ser alternativos y opcionales para el deudor ya que no afecta a la eficacia y eficiencia de la Ley                                       | 66,66%                                                 |        | 33,33% | 100%                                                   |        |

Otras, observaciones del experto encuestado

### 13)

A lo largo de los años de aplicación de la LC y de sus sucesivas reformas se ha constatado que en la práctica la vía conservativa y, por tanto, la aprobación de convenios no ha gozado de gran predicamento. E incluso cuando éstos se han aprobado en muchas ocasiones ha sobrevenido incumplimientos que, finalmente, han ocasionado la liquidación de la empresa.

En su opinión, la situación descrita es consecuencia de que:

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Agregado Total administradores abogados 1ª ronda |        |        | Agregado Total administradores abogados 2ª ronda |         |
|----|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------|--------|--------|--------------------------------------------------|---------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Acu.                                             | Des.   | N/C    | Acu.                                             | Des.    |
| a) | La solicitud de concurso se efectúa tan tarde que las empresas se encuentran en una situación de crisis prácticamente irreversible                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 100%                                             |        |        | 100%                                             |         |
| b) | El contenido del convenio aprobado, en muchas ocasiones, es más voluntarista que real por cuanto no se basa en un plan de viabilidad completo, razonable y realizable                                                                                                                                                                                                                                                   | 66,66%                                           |        | 33,33% | 100%                                             |         |
| c) | Existe un exceso de trato de favor hacia los acreedores que más pueden influir en el proceso (trabajadores, administraciones públicas y entidades bancarias). Con las sucesivas reformas legales cada vez se estiran más sus créditos contra la masa y se refuerzan los privilegiados por lo que el alto porcentaje de créditos a los que no afectan las quitas y las esperas hace inviable la continuidad empresarial. | 100%                                             |        |        | 100%                                             |         |
| d) | Existe una discriminación entre la globalidad de los concursos y el trato de favor de los equipos de fútbol en concurso                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |                                                  | 33,33% | 66,66% | 33,33 %                                          | 66,66 % |
| e) | Todas las anteriores                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |                                                  |        | 100%   |                                                  | 100%    |
| f) | Algunas de las anteriores, en concreto las de las letras.(poner con cuáles de las letras anteriores está de acuerdo)                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | -                                                | -      | -      | -                                                | -       |

Si en su opinión existen otros motivos, indique, por favor cuáles

---



---

## BLOQUE DE RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR SOCIETARIO

### 14)

El art. 1.1º del Código de Comercio establece, “son comerciantes para los efectos de este código los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente”. Por tanto, no se exige capacitación profesional para el ejercicio del cargo y tampoco lo hace la Ley de Sociedades de Capital cuando se refiere a los administradores societarios. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina considera que el estándar de diligencia exigible a ellos en el desempeño de sus funciones es superior al estándar del “buen padre de familia” del Código Civil.

En la mayor parte de las mercantiles pequeñas y medianas el propietario, o socio mayoritario de las mismas suele a su vez desempeñar el cargo de administrador de la sociedad.

En su opinión, ¿el Derecho societario español exige algún tipo de profesionalización para ejercer el cargo de administrador social?

|    |                                                                                                 | Agregado Total administradores abogados 1ª ronda |        |        | Agregado Total administradores abogados 2ª ronda |        |
|----|-------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------|--------|--------|--------------------------------------------------|--------|
|    |                                                                                                 | Acu.                                             | Des.   | N/C    | Acu.                                             | Des.   |
| a) | Si exige profesionalización en algunos artículos, normativas, indicar, por favor, en cuáles.... |                                                  | 66,66% | 33,33% | 33,33%                                           | 66,66% |
| b) | No se exige profesionalización para desempeñar el cargo de administración social                | 100%                                             |        |        | 100%                                             |        |

15)

A la vista de su experiencia, ¿considera que la mayor parte de los administradores sociales de las pequeñas y medianas empresas actúan con la diligencia de “un ordenado empresario” requerida en la Ley de Sociedades de Capital?

|    |                                                                                                      | Agregado Total administradores abogados 1ª ronda |        |        | Agregado Total administradores abogados 2ª ronda |        |
|----|------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------|--------|--------|--------------------------------------------------|--------|
|    |                                                                                                      | Acu.                                             | Des.   | N/C    | Acu.                                             | Des.   |
| a) | Si, en la mayor parte de las empresas medianas y pequeñas                                            | 33,33%                                           | 33,33% | 33,33% | 33,33%                                           | 66,66% |
| b) | No, en la mayor parte de las empresas pequeñas la administración societaria no está profesionalizada | 33,33%                                           | 33,33% | 33,33% | 66,66%                                           | 33,33% |

16)

Si su respuesta es negativa, ¿considera que la limitación de la responsabilidad patrimonial que las mercantiles ofrecen a sus propietarios traslada a terceros intervinientes en el tráfico mercantil un riesgo mayor al que les correspondería por la propia incertidumbre que conlleva una actividad mercantil derivada de una gestión empresarial no suficientemente diligente?

(poner x donde proceda)

| Agregado Total administradores abogados 1ª ronda |        |        | Agregado total administradores abogados 2ª ronda |    |
|--------------------------------------------------|--------|--------|--------------------------------------------------|----|
| SI                                               | NO     | N/C    | SI                                               | NO |
| 33,33%                                           | 33,33% | 33,33% | 100%                                             |    |
|                                                  |        |        |                                                  |    |

17)

- A) En el art. 226 de la ley de Sociedades de Capital se establece como deber, entre otros regulados en sucesivos artículos, de los administradores sociales el deber de lealtad en el sentido de que deben desempeñar su cargo como un representante leal en defensa del interés social... Una parte importante de la doctrina sostiene que hay que ser rigurosos en la exigencia del cumplimiento de este deber por cuanto representa los intereses de los socios de la sociedad que le han nombrado y permisivos con el incumplimiento del deber de diligencia por cuanto éste es más difícil de demostrar y además suele ir en detrimento del interés del propio administrador además del de la sociedad.

En su opinión,  
(poner x donde proceda)

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | Agregado Total administradores abogados 1ª ronda |        |        | Agregado Total administradores abogados 2ª ronda |        |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------|--------|--------|--------------------------------------------------|--------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | Acu.                                             | Des.   | N/C    | Acu.                                             | Des.   |
| a) | Hay que ser especialmente riguroso con el deber de lealtad que es el problema que con mayor frecuencia se presenta en las mercantiles y más permisivo con el deber de diligencia que es menos frecuente y que perjudica también al propio administrador, así como más difícil de delimitar                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 33,33%                                           | 33,33% | 33,33% | 33,33%                                           | 66,66% |
| b) | Hay que ser especialmente rigurosos con los dos. El deber de lealtad tiene mayor incidencia en las grandes empresas donde los administradores no suelen ser los propietarios, por lo menos mayoritariamente, de ellas y el de diligencia suele presentar menor incidencia porque la administración social suele estar profesionalizada. Sin embargo en las medianas y pequeñas empresas donde el administrador suele ser el propietario el deber de lealtad tiene menor entidad pero el de diligencia toma protagonismo puesto que este administrador en muchas ocasiones no se corresponde con un profesional y como | 33,33%                                           | 33,33% | 33,33% | 66,66%                                           | 33,33% |

|  |                                                                                                        |  |  |  |  |  |
|--|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|--|--|--|
|  | consecuencia los terceros que participan en el tráfico de la empresa pueden resultar muy perjudicados. |  |  |  |  |  |
|--|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|--|--|--|

Por favor, indique el motivo de su respuesta sea ésta en el sentido que sea

B) El art. 225.1 de la Ley de Sociedades de Capital regula el patrón de conducta del administrador societario (la ley le considera a estos efectos como empresario), y lo equipara al de “diligencia de un ordenado empresario”, siendo éste un concepto jurídicamente indeterminado que precisa ser concretado con las circunstancias específicas de cada caso.

La entrada en concurso es uno de los escenarios más graves en la vida de una empresa y perjudica notablemente a terceros acreedores. Antes de llegar a una situación de insolvencia, normalmente, las empresas pasan por fases en las que los indicadores económicos y financieros van señalando los problemas existentes, alertas tempranas.

En su opinión, ¿sería interesante que la LC se modificara para exigir, como actitud diligente del administrador social, prueba documental que acreditara que meses antes de hacerse efectiva la insolvencia se había realizado acciones coherentes con la situación diagnosticada tendentes a revertir la situación de crisis?. A modo de ejemplo: negociaciones bancarias, con acreedores, ampliaciones de capital, nuevos inversores, planes de reestructuración, estrategias de diversificación....

|    |                                                                                                                                                                                                           | Agregado Total administradores abogados 1ª ronda |        |        | Agregado Total administradores abogados 2ª ronda |      |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------|--------|--------|--------------------------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                                                                                           | Acu.                                             | Des.   | N/C    | Acu.                                             | Des. |
| a) | Es interesante que la LC exija al administrador de la concursada acreditar una actuación diligente, lo que no significa que los resultados de esa actuación sean enjuiciados. Sólo se enjuicia los medios |                                                  | 66,66% | 33,33% |                                                  | 100% |
| b) | No es interesante, la LC ya es suficientemente estricta con la responsabilidad del administrador                                                                                                          | 66,66%                                           |        | 33,33% | 100%                                             |      |

Observaciones del encuestado

18)

Si su respuesta considera interesante esta prueba documental, desde su punto de vista, significaría que:

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | Agregado Total<br>administradores abogados<br>1ª ronda |      |        | Agregado Total<br>administradores abogados<br>2ª ronda |         |
|----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------|------|--------|--------------------------------------------------------|---------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | Acu.                                                   | Des. | N/C    | Acu.                                                   | Des.    |
| a) | Si el administrador no puede acreditar actitud diligente en los meses previos a la solicitud de concurso, podrá comprometerse su patrimonio personal para satisfacer parte del déficit empresarial e incrementar, por ello, la satisfacción a los acreedores. Hablamos de una presunción de responsabilidad iuris tantum (salvo prueba en contrario) |                                                        |      | 100%   |                                                        | 100%    |
| b) | Parece excesivo comprometer el patrimonio personal del administrador societario si éste no puede acreditar actitud diligente durante los meses previos a la solicitud del concurso                                                                                                                                                                   | 33,33%                                                 |      | 66,66% | 66,66 %                                                | 33,33 % |

Indique, por favor, el motivo de su respuesta cualquiera que sea el sentido de ésta.

## BLOQUE REGULACIÓN DE LA PROFESIÓN ADMINISTRADOR CONCURSAL ECONÓMICO

### 19)

Una de las funciones principales del administrador concursal económico (o del auxiliar delegado económico) es emitir informe, o evaluar el plan de viabilidad que se presenta, cuando procede, en el concurso de acreedores.

¿Cuáles son, a su juicio, las principales áreas de conocimiento en las que debiera ser experto para desarrollar esta función?



|    |                                                                                                                                                                                                         | Agregado Total administradores abogados 1ª ronda |         |         | Agregado Total administradores abogados 2ª ronda |         |
|----|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------|---------|---------|--------------------------------------------------|---------|
|    |                                                                                                                                                                                                         | Acu.                                             | Des.    | N/C     | Acu.                                             | Des.    |
| a) | Plan de Contabilidad aplicable a la empresa                                                                                                                                                             | 33,33 %                                          | 33,33 % | 33,33 % | 33,33 %                                          | 66,66 % |
| b) | Técnica para poder opinar sobre si la documentación presentada por la deudora es fiable y representa la situación real en todos sus aspectos                                                            | 66,66 %                                          |         | 33,33 % | 100%                                             |         |
| c) | Técnica para valorar si el diagnóstico de la situación realizado por la deudora es adecuado                                                                                                             | 33,33 %                                          | 33,33 % | 33,33 % | 66,66 %                                          | 33,33 % |
| d) | Técnica para evaluar si la estrategia empresarial que plantea el deudor es coherente, razonable y factible con la situación de la empresa y con el análisis del entorno particular y general realizados | 100%                                             |         |         | 66,66 %                                          | 33,33 % |

20)

La profesión de administrador concursal económico no cuenta con recomendaciones, Normas Técnicas, que le orienten para desarrollar su trabajo, determinar la situación real económica financiera de la empresa, valorar el convenio y el plan de viabilidad presentados, en su caso....En este sentido, ¿considera interesante que se desarrollaran Normas Técnicas o recomendaciones?

|    |                                                                                   | Agregado Total administradores abogados 1ª ronda |        |        | Agregado Total administradores abogados 2ª ronda |         |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------|--------|--------|--------------------------------------------------|---------|
|    |                                                                                   | Acu.                                             | Des.   | N/C    | Acu.                                             | Des.    |
| a) | Sería interesante para orientar el trabajo del administrador concursal económico  | 33,33%                                           | 66,66% |        | 33,33 %                                          | 66,66 % |
| b) | Sería interesante para homogeneizar los trabajos que estos profesionales realizan |                                                  | 66,66% | 33,33% |                                                  | 100%    |
| c) | No sería interesante en absoluto                                                  | 66,66%                                           |        | 33,33% | 66,66 %                                          | 33,33 % |

Por favor, comente su opinión si su respuesta es la opción c)

21)

La LC no exige que el informe del administrador concursal sobre el plan de viabilidad que acompaña, en su caso, al convenio deba ser favorable para seguir con la tramitación.

En su opinión, ¿sería necesario que la LC entendiera como preceptivo para continuar la tramitación del convenio que el informe fuera favorable?

|    |                                                                                                                                                     | Agregado Total administradores abogados 1ª ronda |        |        | Agregado Total administradores abogados 2ª ronda |      |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------|--------|--------|--------------------------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                                     | Acu.                                             | Des.   | N/C    | Acu.                                             | Des. |
| a) | Sí. No tiene sentido seguir el trámite cuando el experto entiende que el plan de viabilidad, y por tanto, el convenio no es razonablemente factible |                                                  | 66,66% | 33,33% |                                                  | 100% |
| b) | No. Tiene sentido seguir con el trámite. Son los acreedores en última instancia los que deben aprobar ese convenio porque a ellos les afecta        | 100%                                             |        |        | 100%                                             |      |

22)

La doctrina, con carácter general, considera que la LC no regula la responsabilidad exigible al administrador concursal cuando éste ha emitido informe favorable del convenio y plan de viabilidad, si le acompaña, y finalmente resultan no factibles.

En su opinión, ¿cabría exigir esta responsabilidad?

|    |                                                                                                                                         | Agregado Total administradores abogados 1ª ronda |        |        | Agregado Total administradores abogados 2ª ronda |         |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------|--------|--------|--------------------------------------------------|---------|
|    |                                                                                                                                         | Acu.                                             | Des.   | N/C    | Acu.                                             | Des.    |
| a) | Sí, pero bastaría para combatirla que el administrador pudiera demostrar que su informe se apoyó en una actuación profesional diligente | 33,33%                                           | 33,33% | 33,33% | 33,33 %                                          | 66,66 % |
| b) | No, el cumplimiento de un plan de viabilidad es tan aleatorio que no cabe exigir responsabilidad alguna por su incumplimiento           | 66,66%                                           | 33,33% |        | 66,66 %                                          | 33,33 % |



## CUESTIONARIO DELPHI

### BLOQUE NORMATIVO

1)

La mayor parte de la doctrina considera que el objetivo principal de la Ley Concursal es la maximización del interés de los acreedores. Sin embargo algunos opinan que el objetivo fundamental es la continuidad de la empresa y el mantenimiento del empleo, o por lo menos lo ponen al mismo nivel.

En su opinión, ¿cuál debería ser el/los objetivo/s principales del concurso?  
(poner x donde proceda)

|    |                                                                                                                                                   | Agregado Total administradores economistas 1ª ronda |        |        | Agregado Total administradores economistas 2ª ronda |         |
|----|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------|--------|--------|-----------------------------------------------------|---------|
|    |                                                                                                                                                   | Acu.                                                | Des.   | N/C    | Acu.                                                | Des.    |
| a) | Maximizar los intereses de los acreedores                                                                                                         | 33,33%                                              | 33,33% | 33,33% | 33,33%                                              | 66,66 % |
| b) | Promover la conservación de las empresas y el empleo generado                                                                                     | 66,66%                                              | 33,33% |        | 100%                                                |         |
| c) | Maximizar los intereses de los acreedores promoviendo la conservación de las empresas viables y la liquidación tempestiva de las inviables        | 66,66%                                              |        | 33,33% | 66,66%                                              | 33,33 % |
| d) | No es compatible la maximización de los intereses de los acreedores con la conservación de las empresas viables y la liquidación de las inviables | 33,33%                                              | 33,33% | 33,33% |                                                     | 100%    |

2)

A) El art. 2 LC dice:

2.2 “Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no pueda cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”

2.3 “...Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones de pago”.

Parece, por tanto, que se refiere a situaciones de iliquidez actuales o futuras, no a situaciones de desbalance, desequilibrio patrimonial inminente (a salvo del presupuesto de disolución de la Ley de Sociedades de Capital).

En su opinión, ¿ La LC debería contemplar como presupuesto objetivo también el desequilibrio patrimonial inminente, a efectos de una solicitud de concurso voluntario?

(poner x en cada una de las opciones que proceda)

|    |                                                                                                                                                                                              | Agregado Total administradores economistas 1ª ronda |        |         | Agregado Total administradores economistas 2ª ronda |      |
|----|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------|--------|---------|-----------------------------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                                                                              | Acu.                                                | Des.   | N/C     | Acu.                                                | Des. |
| a) | Si porque completa el criterio de sobreseimiento generalizado de pagos ya que anuncia una situación de precrisis o crisis empresarial que probablemente terminará en sobreseimiento de pagos | 100%                                                |        |         | 100%                                                |      |
| b) | No, porque sólo interesa, a efectos de la Ley Concursal, la desatención actual o inminente de las obligaciones contraídas                                                                    |                                                     | 33,33% | 66,66 % |                                                     | 100% |

B) El deudor puede solicitar concurso voluntario por insolvencia inminente aunque la LC no establece un horizonte temporal u otro criterio orientativo para determinar esa proximidad o amenaza.

En su opinión, ¿cuál debería ser el criterio/s orientativo/s para orientar al juez y al propio deudor?

(poner x en cada una de las opciones que proceda)

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Agregado Total administradores economistas 1ª ronda |        |        | Agregado Total administradores economistas 2ª ronda |        |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------|--------|--------|-----------------------------------------------------|--------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Acu.                                                | Des.   | N/C    | Acu.                                                | Des.   |
| a) | Más de 12 meses de la fecha en la que previsiblemente se entraría en iliquidez efectiva                                                                                                                                                                                                                                                 | 33,33%                                              |        | 66,66% | 33,33%                                              | 66,66% |
| b) | De 12 a 6 meses de la fecha en la que previsiblemente se entraría en iliquidez efectiva                                                                                                                                                                                                                                                 | 33,33%                                              | 33,33% | 33,33% |                                                     | 100%   |
| c) | Menos de 6 meses de la fecha en la que previsiblemente se entraría en iliquidez efectiva                                                                                                                                                                                                                                                |                                                     | 33,33% | 66,66% |                                                     | 100%   |
| d) | El criterio de la doctrina alemana que entiende razonable una previsión de hasta 3 años, pero que más que a una idea temporal se refiere más al riesgo, amenaza del sobreseimiento. Si el rendimiento de las obligaciones es a medio plazo pero la amenaza de incumplimiento cierta la insolvencia es amenazadora. Ley alemana 18 Ins O | 66,66%                                              |        | 33,33% | 100%                                                |        |

3)

La LC no consigue incentivar la solicitud de concurso voluntario de forma tempestiva lo que provoca que cuando el deudor llega al concurso tiene una situación tan deteriorada que prácticamente sólo le queda la liquidación.

En su opinión, ¿cómo se podría promover una solicitud de concurso voluntario más adelantada en el tiempo?

(poner x en cada una de las opciones que proceda)

|    |                                                                                                                                                                                                            | Agregado Total administradores economistas 1ª ronda |        |     | Agregado Total administradores economistas 2ª ronda |      |
|----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------|--------|-----|-----------------------------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                                                                                            | Acu.                                                | Des.   | N/C | Acu.                                                | Des. |
| a) | Estableciendo normativamente batería de indicadores de crisis empresarial inminente que oriente a los administradores societarios (ratios negativos, pérdidas acumuladas, patrimonio neto insuficiente...) | 66,66%                                              | 33,33% |     | 100%                                                |      |
| b) | Concretando normativamente el concepto de insolvencia amenazante que sirva de orientación a los administradores societarios                                                                                | 66,66%                                              | 33,33% |     | 100%                                                |      |
| c) | Con una Ley Concursal que sea más exigente con la diligencia en la administración de las empresas                                                                                                          | 100%                                                |        |     | 100%                                                |      |
| d) | Diseñando un procedimiento concursal más eficaz y eficiente, para que sea percibido por el deudor como posible solución a su crisis                                                                        | 100%                                                |        |     | 100%                                                |      |

4)

A) La LC permite presentar, junto con la solicitud de concurso voluntario una propuesta anticipada de convenio o una propuesta de liquidación. Pero si éstas no se producen durante el procedimiento cabe que se abra la fase de convenio. A efectos de hacer más eficiente, en términos de recursos económicos y de tiempo, el concurso, ¿qué opinión le merece la siguiente propuesta?

(poner x donde proceda)

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | Agregado Total administradores economistas 1ª ronda |        |     | Agregado Total administradores economistas 2ª ronda |      |
|----|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------|--------|-----|-----------------------------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | Acu.                                                | Des.   | N/C | Acu.                                                | Des. |
| a) | Cuando se produce la solicitud de concurso voluntario, el deudor que desea continuar la actividad ya debería tener preparado un plan de viabilidad y, por tanto, debería en todo caso presentar propuesta anticipada de convenio. En caso de no presentar propuesta de convenio junto con la solicitud la LC debería ser modificada para dirigirse a la liquidación | 33,33%                                              | 66,66% |     |                                                     | 100% |

5)

Parte importante de la doctrina considera que la entrada en concurso supone un estigma muy negativo para la empresa en términos de pérdida de imagen lo que conlleva una dificultad añadida para la gestión de la crisis.

En su opinión, ¿cuáles pueden ser las razones?  
(poner una x donde proceda)

|    |                                                                                                                                                                                                      | Agregado Total<br>Administradores<br>economistas 1ª ronda |        |     | Agregado Total<br>administradores<br>economistas<br>2ª ronda |        |
|----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------|--------|-----|--------------------------------------------------------------|--------|
|    |                                                                                                                                                                                                      | Acu.                                                      | Des.   | N/C | Acu.                                                         | Des.   |
| a) | Las empresas están tan deterioradas cuando solicitan el concurso que ya no hay posibilidad de reflotamiento                                                                                          | 100%                                                      |        |     | 100%                                                         |        |
| b) | Aun cuando se haya producido la solicitud siendo todavía el estado de la crisis reversible, la duración y el coste del procedimiento harán, seguramente, que ya no haya posibilidad de reflotamiento | 33,33%                                                    | 66,66% |     | 33,33%                                                       | 66,66% |
| c) | Aun cuando se apruebe un plan de reflotamiento empresarial y se implemente, muy probablemente no se podrá cumplir en los términos previstos y, por tanto, finalmente la empresa se liquidará         | 33,33%                                                    | 66,66% |     |                                                              | 100%   |

Otras: por favor, indique cuáles, a su juicio

6)

A) Para parte de la doctrina, la LC no incentiva adecuadamente la financiación de las empresas en situaciones preconcursales porque penaliza, vía prelación, los préstamos aportados por socios o personas vinculadas.

En su opinión,

|    |                                                                                                                                                                                                            | Agregado Total administradores economistas 1ª ronda |      |     | Agregado Total administradores economistas 2ª ronda |      |
|----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------|------|-----|-----------------------------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                                                                                            | Acu.                                                | Des. | N/C | Acu.                                                | Des. |
| a) | La Ley no debería penalizar los préstamos aportados por los socios o personas vinculadas a la empresa en crisis. Sólo cabría la penalización si durante el procedimiento de concurso se detectaran fraudes | 100%                                                |      |     | 100%                                                |      |

7)

La LC no incentiva adecuadamente la entrada de inversores privados para la compra de créditos concursales lo que va en detrimento de los intereses de los acreedores.

En su opinión,

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                       | Agregado Total administradores economistas 1ª ronda |        |        | Agregado Total administradores economistas 2ª ronda |         |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------|--------|--------|-----------------------------------------------------|---------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                                       | Acu.                                                | Des.   | N/C    | Acu.                                                | Des.    |
| a) | La Ley debe limitar la entrada de este tipo de inversores porque puede dar lugar a fraudes                                                                                                                                                                            | 66,66%                                              | 33,33% |        | 66,66%                                              | 33,33 % |
| b) | El objetivo principal del concurso es la maximización de los intereses de los acreedores, por tanto, no debe limitarse el acceso a la compra de créditos concursales, aunque para evitar fraudes, debería requerirse un informe previo de la administración concursal | 66,66%                                              |        | 33,33% | 100%                                                |         |

## BLOQUE DOCUMENTO “PLAN DE VIABILIDAD”

8)

El legislador considera en distintos artículos de la LC al plan de viabilidad como un documento importante para garantizar, de una manera razonable, el cumplimiento de los pagos establecidos en el convenio cuando se estime como recursos necesarios los generados por la propia actividad del concursado. También lo considera necesario para garantizar razonablemente la viabilidad a medio plazo de la empresa que ha alcanzado acuerdos de refinanciación que no podrán ser objeto de rescisión.

- A) En su opinión, ¿están los planes de viabilidad, presentados en los juzgados, siendo garantes de la razonabilidad y de la adecuada probabilidad de cumplimiento de los convenios a los que acompaña así como de la continuidad a



medio plazo de la actividad de la empresa refinanciada o de la empresa objeto de convenio?.

| Agregado Total administradores economistas 1ª ronda |        |     | Agregado Total administradores economistas 2ª ronda |      |
|-----------------------------------------------------|--------|-----|-----------------------------------------------------|------|
| SI                                                  | NO     | N/C | SI                                                  | NO   |
| 33,33%                                              | 66,66% |     |                                                     | 100% |
|                                                     |        |     |                                                     |      |

B) Si la respuesta es negativa, ¿cuáles son los motivos de ello?

9)

Algunos autores consideran que un “plan de viabilidad”, a efectos de la LC, debe construirse sobre la base de una actividad preexistente, dado que, entienden, si se desarrolla sobre una idea nueva se estará ante un “plan de empresa” que no es lo que la LC pretende.

En su opinión,

A) ¿Es cierta la afirmación anterior?

| Agregado Total administradores economistas 1ª ronda |      |     | Agregado Total administradores economistas 2ª ronda |      |
|-----------------------------------------------------|------|-----|-----------------------------------------------------|------|
| SI                                                  | NO   | N/C | SI                                                  | NO   |
|                                                     | 100% |     |                                                     | 100% |
|                                                     |      |     |                                                     |      |

B) En caso de respuesta afirmativa, ¿considera que existen límites para el contenido del plan de viabilidad de la LC?. A modo de ejemplo: no debería contener modificaciones sustanciales del producto/servicio, o de la tipología de clientes, o de la tecnología utilizada, o de la estructura productiva, o del sector de actividad, preexistentes.

|    |                                                                                                                                                                                           | Agregado Total administradores economistas 1ª ronda |        |        | Agregado Total administradores economistas 2ª ronda |      |
|----|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------|--------|--------|-----------------------------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                                                                           | Acu.                                                | Des.   | N/C    | Acu.                                                | Des. |
| a) | Existen límites para el contenido del plan de viabilidad de la L.C. por ej. No pueden reflejarse modificaciones sustanciales del producto/servicio, de los clientes, de la tecnología, de |                                                     | 66,66% | 33,33% |                                                     | 100% |

|  |                                                                 |  |  |  |  |  |
|--|-----------------------------------------------------------------|--|--|--|--|--|
|  | la estructura productiva, del sector de actividad preexistentes |  |  |  |  |  |
|--|-----------------------------------------------------------------|--|--|--|--|--|

b) No existen límites. Siempre que se mantenga la misma personalidad jurídica de la deudora cabe modificar los aspectos necesarios para viabilizar la empresa siempre que tenga el apoyo de los acreedores.

| Agregado Total administradores economistas 1ª ronda |      |        | Agregado Total administradores economistas 2ª ronda |      |
|-----------------------------------------------------|------|--------|-----------------------------------------------------|------|
| Acu.                                                | Des. | N/C    | Acu.                                                | Des. |
| 66,66%                                              |      | 33,33% | 100%                                                |      |

C) Cualquiera que sea el sentido de su respuesta, ¿podría indicar los motivos de la misma?

10)

Contenido del plan de viabilidad. La LC no especifica detalladamente el contenido del plan de viabilidad cuando hace referencia a él. En sede de acuerdos de refinanciación nada dice y en el art. 100.5 hace alguna referencia poco clarificadora., “...la propuesta deberá ir acompañada, además, de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y las condiciones de su obtención...”.

En su opinión, ¿cuál sería o cuáles de las siguientes materias deberían formar parte del contenido del documento “plan de viabilidad” a efectos de la LC?

|    |                                                                                                                          | Agregado Total administradores economistas 1ª ronda |      |     | Administradores economistas 2ª ronda |      |
|----|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------|------|-----|--------------------------------------|------|
|    |                                                                                                                          | Acu.                                                | Des. | N/C | Acu.                                 | Des. |
| a) | Antecedentes de la empresa, actividad e hitos principales                                                                | 100%                                                |      |     | 100%                                 |      |
| b) | Evaluación y conclusiones de las circunstancias por las que se ha llegado a la situación actual                          | 100%                                                |      |     | 100%                                 |      |
| c) | Análisis / diagnóstico de la situación actual:<br>Interno: Debilidades / Fortalezas<br>Externo: Amenazas / Oportunidades | 100%                                                |      |     | 100%                                 |      |
| d) | Elaboración de alternativas / estrategias factibles en base a la información anterior                                    | 100%                                                |      |     | 100%                                 |      |
| e) | Justificación de la elección de una de ellas                                                                             | 100%                                                |      |     | 100%                                 |      |
| f) | Plan de producción, de marketing, específico de                                                                          | 100%                                                |      |     | 100%                                 |      |

|  |                                                                                                        |  |  |  |  |  |
|--|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|--|--|--|
|  | ventas, de Recursos Humanos, plan económico financiero, de tesorería derivados de la elección anterior |  |  |  |  |  |
|--|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|--|--|--|

Otras materias necesarias a su juicio son:

# 11)

La LC no considera que el preceptivo informe de evaluación del plan de viabilidad emitido por el administrador concursal, en sede de concurso, deba necesariamente ser favorable para poder continuar la tramitación del convenio al que acompaña, art. 115 LC. Sin embargo, en sede de acuerdos de refinanciación y para que estos sean irrevocables exige, entre otras condiciones, art. 71.6, 2º “El acuerdo haya sido informado favorablemente por un experto independiente designado a su prudente arbitrio por el registrador mercantil...”

En su opinión,

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                | Agregado Total administradores economistas 1ª ronda |      |     | Agregado Total administradores economistas 2ª ronda |      |
|----|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------|------|-----|-----------------------------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                                | Acu.                                                | Des. | N/C | Acu.                                                | Des. |
| a) | La LC debiera exigir preceptivamente que el informe del administrador concursal de evaluación del plan de viabilidad que acompaña a convenio sea favorable porque de otra manera el convenio no sería fiable porque de otra manera el convenio no sería fiable | 100%                                                |      |     | 100%                                                |      |
| b) | Debe dejarse a voluntad de los acreedores la aprobación de un convenio con base en un plan de viabilidad con informe negativo o con reservas ya que ellos son los que mejor conocen sus intereses                                                              |                                                     | 100% |     |                                                     | 100% |
| c) | Un plan de viabilidad siempre contiene estimaciones, por tanto, su cumplimiento siempre es incierto, en este sentido, el informe de evaluación de expertos nada aporta                                                                                         |                                                     | 100% |     |                                                     | 100% |

# 12)

Determinar si la empresa es económicamente viable, para promover vía convenio su conservación, o por el contrario determinar su inviabilidad económica para proceder a

su pronta liquidación es una cuestión clave para la eficacia y eficiencia del procedimiento concursal. Quien más y mejor conoce esta cuestión es el propio deudor.

La LC establece distintos momentos para que el deudor, en caso de solicitud de concurso voluntario, presente su propuesta de convenio, y el plan de viabilidad cuando proceda: al inicio con la propia solicitud, art. 104.1, o abierta la fase de convenio.

A efectos de poder realizar una clasificación temprana de la viabilidad económica de la empresa, es decir, antes de la actual fase de convenio.

¿Sería interesante, en su opinión, que la LC contemplara medidas para fomentar la propuesta anticipada de convenio y su plan de viabilidad con la solicitud de concurso voluntario en detrimento de la presentación en fase de convenio y de esta manera si el deudor no pudiera presentar junto con la solicitud de concurso voluntario propuesta de convenio acompañado de plan de viabilidad, en su caso, o si éstos no resultaran factibles en opinión del administrador concursal proceder a la liquidación de la empresa?

|    |                                                                                                                                                                                                                    | Agregado Total administradores economistas 1ª ronda |        |        | Agregado Total administradores economistas 2ª ronda |         |
|----|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------|--------|--------|-----------------------------------------------------|---------|
|    |                                                                                                                                                                                                                    | Acu.                                                | Des.   | N/C    | Acu.                                                | Des.    |
| a) | La Ley debería incentivar la propuesta anticipada de convenio porque un deudor diligente que desea continuar la actividad tiene que tener elaborado un plan de viabilidad cuando presenta la solicitud de concurso | 66,66%                                              |        | 33,33% | 100%                                                |         |
| b) | Los dos momentos de presentación, anticipada, o en fase de convenio deben ser alternativos y opcionales para el deudor ya que no afecta a la eficacia y eficiencia de la Ley                                       | 66,66%                                              | 33,33% |        | 66,66 %                                             | 33,33 % |

Otras, observaciones del experto encuestado

13)

A lo largo de los años de aplicación de la LC y de sus sucesivas reformas se ha constatado que en la práctica la vía conservativa y, por tanto, la aprobación de convenios no ha gozado de gran predicamento. E incluso cuando éstos se han aprobado

en muchas ocasiones ha sobrevenido incumplimientos que, finalmente, han ocasionado la liquidación de la empresa.

En su opinión, la situación descrita es consecuencia de que:

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Agregado Total administradores economistas 1ª ronda |      |        | Agregado Total administradores economistas 2ª ronda |         |
|----|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------|------|--------|-----------------------------------------------------|---------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Acu.                                                | Des. | N/C    | Acu.                                                | Des.    |
| a) | La solicitud de concurso se efectúa tan tarde que las empresas se encuentran en una situación de crisis prácticamente irreversible                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 100%                                                |      |        | 100%                                                |         |
| b) | El contenido del convenio aprobado, en muchas ocasiones, es más voluntarista que real por cuanto no se basa en un plan de viabilidad completo, razonable y realizable                                                                                                                                                                                                                                                   | 100%                                                |      |        | 100%                                                |         |
| c) | Existe un exceso de trato de favor hacia los acreedores que más pueden influir en el proceso (trabajadores, administraciones públicas y entidades bancarias). Con las sucesivas reformas legales cada vez se estiran más sus créditos contra la masa y se refuerzan los privilegiados por lo que el alto porcentaje de créditos a los que no afectan las quitas y las esperas hace inviable la continuidad empresarial. | 100%                                                |      |        | 66,66 %                                             | 33,33 % |
| d) | Existe una discriminación entre la globalidad de los concursos y el trato de favor de los equipos de fútbol en concurso                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 33,33%                                              |      | 66,66% | 33,33 %                                             | 66,66 % |
| e) | Todas las anteriores                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 3,33%                                               |      | 66,66% | 33,33 %                                             | 66,66 % |
| f) | Algunas de las anteriores, en concreto las de las letras.(poner con cuáles de las letras anteriores está de acuerdo)                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |                                                     |      | 100%   |                                                     | 100%    |

Si en su opinión existen otros motivos, indique, por favor cuáles

## BLOQUE DE RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR SOCIETARIO

### 14)

El art. 1.1º del Código de Comercio establece, “son comerciantes para los efectos de este código los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente”. Por tanto, no se exige capacitación profesional para el ejercicio del cargo y tampoco lo hace la Ley de Sociedades de Capital cuando se refiere a los administradores societarios. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina considera que el estándar de diligencia exigible a ellos en el desempeño de sus funciones es superior al estándar del “buen padre de familia” del Código Civil.

En la mayor parte de las mercantiles pequeñas y medianas el propietario, o socio mayoritario de las mismas suele a su vez desempeñar el cargo de administrador de la sociedad.

En su opinión, ¿el Derecho societario español exige algún tipo de profesionalización para ejercer el cargo de administrador social?

|    |                                                                                                 | Agregado Total administradores economistas 1ª ronda |        |        | Agregado Total administradores economistas 2ª ronda |         |
|----|-------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------|--------|--------|-----------------------------------------------------|---------|
|    |                                                                                                 | Acu.                                                | Des.   | N/C    | Acu.                                                | Des.    |
| a) | Si exige profesionalización en algunos artículos, normativas, indicar, por favor, en cuáles.... |                                                     | 33,33% | 66,66% | 33,33 %                                             | 66,66 % |
| b) | No se exige profesionalización para desempeñar el cargo de administración social                | 66,66%                                              | 33,33% |        | 66,66 %                                             | 33,33 % |

### 15)

A la vista de su experiencia, ¿considera que la mayor parte de los administradores sociales de las pequeñas y medianas empresas actúan con la diligencia de “un ordenado empresario” requerida en la Ley de Sociedades de Capital?

|    |                                                                                                      | Agregado Total administradores economistas 1ª ronda |        |        | Agregado Total administradores economistas 2ª ronda |      |
|----|------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------|--------|--------|-----------------------------------------------------|------|
|    |                                                                                                      | Acu.                                                | Des.   | N/C    | Acu.                                                | Des. |
| a) | Si, en la mayor parte de las empresas medianas y pequeñas                                            |                                                     | 66,66% | 33,33% |                                                     | 100% |
| b) | No, en la mayor parte de las empresas pequeñas la administración societaria no está profesionalizada | 100%                                                |        |        | 100%                                                |      |

16)

Si su respuesta es negativa, ¿considera que la limitación de la responsabilidad patrimonial que las mercantiles ofrecen a sus propietarios traslada a terceros intervinientes en el tráfico mercantil un riesgo mayor al que les correspondería por la propia incertidumbre que conlleva una actividad mercantil derivada de una gestión empresarial no suficientemente diligente?

(poner x donde proceda)

| Agregado Total administradores economistas 1ª ronda |    |     | Agregado Total administradores economistas 2ª ronda |    |
|-----------------------------------------------------|----|-----|-----------------------------------------------------|----|
| SI                                                  | NO | N/C | SI                                                  | NO |
| 100%                                                |    |     | 100%                                                |    |
|                                                     |    |     |                                                     |    |

17)

A) En el art. 226 de la ley de Sociedades de Capital se establece como deber, entre otros regulados en sucesivos artículos, de los administradores sociales el deber de lealtad en el sentido de que deben desempeñar su cargo como un representante leal en defensa del interés social... Una parte importante de la doctrina sostiene que hay que ser rigurosos en la exigencia del cumplimiento de este deber por cuanto representa los intereses de los socios de la sociedad que le han nombrado y permisivos con el incumplimiento del deber de diligencia por cuanto éste es más difícil de demostrar y además suele ir en detrimento del interés del propio administrador además del de la sociedad.

En su opinión,

(poner x donde proceda)

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | Agregado Total administradores economistas 1ª ronda |        |        | Agregado Total administradores economistas 2ª ronda |      |
|----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------|--------|--------|-----------------------------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | Acu.                                                | Des.   | N/C    | Acu.                                                | Des. |
| a) | Hay que ser especialmente riguroso con el deber de lealtad que es el problema que con mayor frecuencia se presenta en las mercantiles y más permisivo con el deber de diligencia que es menos frecuente y que perjudica también al propio administrador, así como más difícil de delimitar                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |                                                     | 66,66% | 33,33% |                                                     | 100% |
| b) | Hay que ser especialmente rigurosos con los dos. El deber de lealtad tiene mayor incidencia en las grandes empresas donde los administradores no suelen ser los propietarios, por lo menos mayoritariamente, de ellas y el de diligencia suele presentar menor incidencia porque la administración social suele estar profesionalizada. Sin embargo en las medianas y pequeñas empresas donde el administrador suele ser el propietario el deber de lealtad tiene menor entidad pero el de diligencia toma protagonismo puesto que este administrador en muchas ocasiones no se corresponde con un profesional y como consecuencia los terceros que participan en el tráfico de la empresa pueden resultar muy perjudicados. | 100%                                                |        |        | 100%                                                |      |

Por favor, indique el motivo de su respuesta sea ésta en el sentido que sea

B) El art. 225.1 de la Ley de Sociedades de Capital regula el patrón de conducta del administrador societario (la ley le considera a estos efectos como empresario), y lo equipara al de “diligencia de un ordenado empresario”, siendo éste un concepto jurídicamente indeterminado que precisa ser concretado con las circunstancias específicas de cada caso.

La entrada en concurso es uno de los escenarios más graves en la vida de una empresa y perjudica notablemente a terceros acreedores. Antes de llegar a una situación de insolvencia, normalmente, las empresas pasan por fases en las que los indicadores económicos y financieros van señalando los problemas existentes, alertas tempranas.

En su opinión, ¿sería interesante que la LC se modificara para exigir, como actitud diligente del administrador social, prueba documental que acreditara que meses antes de hacerse efectiva la insolvencia se había realizado acciones coherentes con la situación diagnosticada tendentes a revertir la situación de crisis?. A modo de ejemplo:



negociaciones bancarias, con acreedores, ampliaciones de capital, nuevos inversores, planes de reestructuración, estrategias de diversificación....

|    |                                                                                                                                                                                                           | Agregado Total administradores economistas 1ª ronda |      |     | Agregado Total administradores economistas 2ª ronda |      |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------|------|-----|-----------------------------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                                                                                           | Acu.                                                | Des. | N/C | Acu.                                                | Des. |
| a) | Es interesante que la LC exija al administrador de la concursada acreditar una actuación diligente, lo que no significa que los resultados de esa actuación sean enjuiciados. Sólo se enjuicia los medios | 100%                                                |      |     | 100%                                                |      |
| b) | No es interesante, la LC ya es suficientemente estricta con la responsabilidad del administrador                                                                                                          |                                                     | 100% |     |                                                     | 100% |

Observaciones del encuestado

18)

Si su respuesta considera interesante esta prueba documental, desde su punto de vista, significaría que:

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | Agregado Total administradores economistas 1ª ronda |      |     | Agregado Total administradores economistas 2ª ronda |      |
|----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------|------|-----|-----------------------------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | Acu.                                                | Des. | N/C | Acu.                                                | Des. |
| a) | Si el administrador no puede acreditar actitud diligente en los meses previos a la solicitud de concurso, podrá comprometerse su patrimonio personal para satisfacer parte del déficit empresarial e incrementar, por ello, la satisfacción a los acreedores. Hablamos de una presunción de responsabilidad iuris tantum (salvo prueba en contrario) | 100%                                                |      |     | 100%                                                |      |
| b) | Parece excesivo comprometer el patrimonio personal del administrador societario si éste no puede acreditar actitud diligente durante los meses previos a la solicitud del concurso                                                                                                                                                                   |                                                     | 100% |     |                                                     | 100% |

Indique, por favor, el motivo de su respuesta cualquiera que sea el sentido de ésta.

## BLOQUE REGULACIÓN DE LA PROFESIÓN ADMINISTRADOR CONCURSAL ECONÓMICO

### 19)

Una de las funciones principales del administrador concursal económico (o del auxiliar delegado económico) es emitir informe, o evaluar el plan de viabilidad que se presenta, cuando procede, en el concurso de acreedores.

¿Cuáles son, a su juicio, las principales áreas de conocimiento en las que debiera ser experto para desarrollar esta función?

|    |                                                                                                                                                                                                         | Agregado Total administradores economistas 1ª ronda |      |     | Agregado Total administradores economistas 2ª ronda |      |
|----|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------|------|-----|-----------------------------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                                                                                         | Acu.                                                | Des. | N/C | Acu.                                                | Des. |
| a) | Plan de Contabilidad aplicable a la empresa                                                                                                                                                             | 100%                                                |      |     | 100%                                                |      |
| b) | Técnica para poder opinar sobre si la documentación presentada por la deudora es fiable y representa la situación real en todos sus aspectos                                                            | 100%                                                |      |     | 100%                                                |      |
| c) | Técnica para valorar si el diagnóstico de la situación realizado por la deudora es adecuado                                                                                                             | 100%                                                |      |     | 100%                                                |      |
| d) | Técnica para evaluar si la estrategia empresarial que plantea el deudor es coherente, razonable y factible con la situación de la empresa y con el análisis del entorno particular y general realizados | 100%                                                |      |     | 100%                                                |      |

### 20)

La profesión de administrador concursal económico no cuenta con recomendaciones, Normas Técnicas, que le orienten para desarrollar su trabajo, determinar la situación real económica financiera de la empresa, valorar el convenio y el plan de viabilidad presentados, en su caso....En este sentido, ¿considera interesante que se desarrollaran Normas Técnicas o recomendaciones?

|    |                                                                                   | Agregado Total administradores economistas 1ª ronda |      |        | Agregado Total administradores economistas 2ª ronda |      |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------|------|--------|-----------------------------------------------------|------|
|    |                                                                                   | Acu.                                                | Des. | N/C    | Acu.                                                | Des. |
| a) | Sería interesante para orientar el trabajo del administrador concursal económico  | 66,66%                                              |      | 33,33% | 100%                                                |      |
| b) | Sería interesante para homogeneizar los trabajos que estos profesionales realizan | 100%                                                |      |        | 100%                                                |      |
| c) | No sería interesante en absoluto                                                  | 33,33%                                              |      | 66,66% |                                                     | 100% |

Por favor, comente su opinión si su respuesta es la opción c)

## 21)

La LC no exige que el informe del administrador concursal sobre el plan de viabilidad que acompaña, en su caso, al convenio deba ser favorable para seguir con la tramitación.

En su opinión. ¿sería necesario que la LC entendiera como preceptivo para continuar la tramitación del convenio que el informe fuera favorable?

|    |                                                                                                                                                     | Agregado Total administradores economistas 1ª ronda |        |        | Agregado Total administradores economistas 2ª ronda |      |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------|--------|--------|-----------------------------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                                     | Acu.                                                | Des.   | N/C    | Acu.                                                | Des. |
| a) | Sí. No tiene sentido seguir el trámite cuando el experto entiende que el plan de viabilidad, y por tanto, el convenio no es razonablemente factible | 66,66%                                              | 33,33% |        | 100%                                                |      |
| b) | No. Tiene sentido seguir con el trámite. Son los acreedores en última instancia los que deben aprobar ese convenio porque a ellos les afecta        | 33,33%                                              | 33,33% | 33,33% |                                                     | 100% |

## 22)

La doctrina, con carácter general, considera que la LC no regula la responsabilidad exigible al administrador concursal cuando éste ha emitido informe favorable del convenio y plan de viabilidad, si le acompaña, y finalmente resultan no factibles.

En su opinión, ¿cabría exigir esta responsabilidad?

|    |                                                                                                                                         | Agregado Total administradores economistas 1ª ronda |        |        | Agregado Total administradores economistas 2ª ronda |      |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------|--------|--------|-----------------------------------------------------|------|
|    |                                                                                                                                         | Acu.                                                | Des.   | N/C    | Acu.                                                | Des. |
| a) | Si, pero bastaría para combatirla que el administrador pudiera demostrar que su informe se apoyó en una actuación profesional diligente | 100%                                                |        |        | 100%                                                |      |
| b) | No, el cumplimiento de un plan de viabilidad es tan aleatorio que no cabe exigir responsabilidad alguna por su incumplimiento           |                                                     | 66,66% | 33,33% |                                                     | 100% |

