

El concepto de irregularidades contables relevantes en la calificación del concurso de acreedores¹

Aurelio Gurrea Martínez

Profesor de Derecho Mercantil USP CEU

Abogado. Economista y Auditor

Socio de Dictum Abogados

I. PLANTEAMIENTO

1. La contabilidad como instrumento de utilidad para la toma de decisiones

Todo empresario, persona natural o jurídica, tiene el deber de llevar una contabilidad ordenada, adecuada a su actividad, que implique, necesariamente, la elaboración de un libro de inventarios y cuentas anuales y otro diario (art. 25. C. de C.). Sin embargo, para que la contabilidad pueda cumplir eficazmente su *función informativa*, no resulta suficiente con que los empresarios elaboren periódicamente sus libros de contabilidad y publiquen anualmente sus estados financieros. Se exige, además, que dicha información contable se elabore a partir de una serie de normas y principios de contabilidad de general aplicación; pues, de lo contrario, si no se elaborase la contabilidad conforme a un determinado marco normativo de información financiera, o se elaborasen conforme a un marco normativo distinto, la *imagen fiel* del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de los empresarios podría verse *desvirtuada* para los usuarios que interpretan la información financiera conforme a unas determinadas normas y criterios contables. Y, en consecuencia, la contabilidad no cumpliría eficazmente su función informativa, al impedir a los operadores del mercado tomar oportunamente sus decisiones empresariales.

¹ El presente trabajo ha sido presentado en el V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia y IX Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal celebrado en Palma de Mallorca los días 11, 12 y 13 de abril de 2013, y será posteriormente publicado en la obra dirigida por los profesores Ángel Rojo y Emilio Beltrán sobre “La calificación del concurso y la responsabilidad por la insolvencia”, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

2. La utilización del Derecho concursal como sistema de incentivos para el adecuado cumplimiento de las normas contables

2.1. Planteamiento

A pesar de la importancia que, para el sistema económico, supone la –adecuada– llevanza de una contabilidad, el incumplimiento de las normas contables no implica, en todo caso, un régimen de sanciones para los empresarios. De hecho, ni siquiera la falta de llevanza de una contabilidad supone, para los empresarios individuales, un régimen directo de sanciones que, sin embargo, sí se impone a las sociedades mercantiles que incumplan el deber de formulación y depósito tempestivo de sus cuentas anuales. Es en este contexto, precisamente, donde, con el objetivo de incentivar el adecuado cumplimiento de las normas contables, el legislador concursal interviene, en sede de calificación del concurso, y sanciona determinados errores e incumplimientos de la normativa mercantil contable: (i) estableciendo, en algunos casos, una presunción *iuris tantum* del elemento subjetivo de la culpabilidad, al presumir, salvo prueba en contrario, el dolo o la culpa grave (art. 165-3º LC); y (ii) estableciendo, en otras circunstancias, que, con independencia de que dichos errores o incumplimientos contables hubieren generado o agravado de manera dolosa o gravemente culposa el estado de insolvencia, el concurso será calificado *en todo caso* como culpable, como acontece en aquellos supuestos en que el deudor no hubiere llevado contabilidad, hubiere llevado una doble contabilidad o, como tendremos ocasión de examinar a lo largo del presente trabajo, hubiere cometido irregularidades contables relevantes en la llevanza de la misma (art. 164.2-1º LC).

2.2. La calificación del concurso como instrumento de represión de determinadas conductas perjudiciales para los intereses del mercado

Con carácter general, podríamos definir la calificación del concurso de acreedores como la pieza procedimental en la que, en un primer momento, tendría lugar el *enjuiciamiento* de la conducta del deudor en torno a la generación o agravación del estado de insolvencia; y, en un segundo estadio, y con base en dicho enjuiciamiento culpable o fortuito de la insolvencia, se depurasen, en su caso, las oportunas responsabilidades civiles². Sin embargo, existen supuestos en los que, procediendo la apertura de la sección de calificación (esto es, cuando se hubiere aprobado un convenio

² Para un análisis general del régimen de calificación del concurso de acreedores, v., ALCOVER GARAU, G., «Introducción al régimen jurídico de la calificación concursal», en AAVV, *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, Dilex, Madrid, 2003, pgs. 488 y ss.; GALLEGO, E., «Calificación del concurso» en HERNÁNDEZ MARTÍ (coord.), *Concurso e insolvencia punible*, Tirant lo Blanch, 2004, pgs. 487 y ss.; GARCÍA-CRUCES, J.A., en ROJO/BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, Thomson Civitas, pgs. 2516 y ss.

especialmente gravoso por los acreedores o cuando se hubiere producido la apertura de la fase de liquidación), el concurso puede ser calificado como culpable, sin que, en ningún caso, se haya valorado el hecho de que el deudor haya generado o agravado su situación de insolvencia de manera dolosa o gravemente culposa³. De hecho, hasta podría producirse la paradoja de declarar un concurso como culpable en determinados supuestos en los que incluso quedase probado que la insolvencia se hubiera generado de manera fortuita⁴.

En efecto, desde la entrada en vigor de la Ley Concursal, existen determinadas circunstancias en las que puede declararse culpable un concurso de acreedores sin tener en cuenta ni la conducta – dolosa o culposa– del deudor, ni el hecho de que, en su caso, dicha conducta hubiere generado o agravado la situación de insolvencia. Tales circunstancias se corresponden con los *supuestos de hecho* legalmente establecidos para la calificación culpable del concurso (art. 164.2 LC), tal y como, además, ha ratificado nuestro Tribunal Supremo en su célebre sentencia de 16 de enero de 2012.

Con la instauración de tales supuestos de hecho de calificación culpable, el legislador concursal ha pretendido que, en determinados supuestos, no se tenga en cuenta la conducta dolosa o culposa del deudor; y, lo que todavía nos parece más criticable habida cuenta de las eventuales consecuencias jurídicas que puede llevar aparejadas la calificación culpable, la *relación de causalidad* de tales conductas con la generación o agravación del estado de insolvencia. Ello implica, pues, como se ha comentado, que, además de que exista la posibilidad de calificar como culpables eventuales situaciones de insolvencia generadas fortuitamente, también puedan calificarse como culpables

³ Aunque el presente trabajo tiene por objeto el análisis del artículo 164.2-1º *in fine* de la Ley Concursal, existen otros supuestos en los que el legislador anuda en todo caso la calificación culpable del concurso sin que, en principio, exista ningún tipo de relación con la generación o agravación del estado de insolvencia (v., por ejemplo, el artículo 164.2-2º de la Ley Concursal, donde el legislador anula la calificación culpable del concurso a la comisión de inexactitudes graves en la documentación presentada en la solicitud de concurso; o incluso el artículo 164.2-6º del citado texto legal, donde igualmente se impone la calificación culpable del concurso por el mero hecho de que el deudor hubiera *simulado* una situación financiera ficticia, aunque su situación financiera *real* hubiese sido la misma o incluso mejor a la manifestada al mercado).

⁴ Piénsese, por ejemplo, en una empresa acreditadamente solvente que, como consecuencia de una catástrofe natural, perdiese la totalidad de sus activos y, con ello, la posibilidad de generar los flujos de caja necesarios para hacer frente a sus obligaciones exigibles. Si la compañía no dispone de otros medios para hacer frente a sus deudas, previsible, devendrá insolvente; y si, como consecuencia de dicha situación de insolvencia, se declarase un concurso de acreedores en el que, además, se abriera la sección de calificación y la administración concursal hubiera evidenciado una serie de irregularidades contables relevantes con anterioridad a la catástrofe natural y la consecuente situación de insolvencia, el concurso deberá calificarse en todo caso como culpable *ex* artículo 164.2-1º *in fine* de la Ley Concursal, aunque las citadas irregularidades contables relevantes no hubieren generado o agravado la situación de insolvencia y, ni mucho menos, de manera dolosa o gravemente culposa.

determinados concursos en los que el deudor hubiere cometido, en su propio perjuicio, determinados hechos que incluso podrían haber beneficiado a sus acreedores⁵.

El problema en tales supuestos estriba, como se ha avanzado, en que, conforme a la normativa vigente, junto a la «condena social» derivada de la mera calificación culpable del concurso como consecuencia del –todavía– alto coste reputacional del concurso, los administradores, liquidadores y apoderados generales también quedarían expuestos a determinadas sanciones civiles derivadas de la calificación del concurso como culpable; y, entre ellas, a la *posibilidad* de ser condenados a la cobertura total de un déficit concursal en el que, en algunos casos, nada habrá influido el supuesto de hecho que implicó la calificación culpable del concurso⁶.

Parece, entonces, que la calificación del concurso no pretendería, como a nuestro juicio sería deseable, el *enjuiciamiento* de la conducta del deudor en torno a la generación o agravación del estado de insolvencia y, con base en la misma, la oportuna depuración de responsabilidades civiles que, en su caso, fuera procedente, en la misma sección –y sentencia– de calificación, aunque en un momento lógico-temporal posterior. Por tanto, no puede afirmarse, con carácter general, que la calificación del concurso pretenda calificar la insolvencia sino, paradójicamente, el *procedimiento* derivado de la misma: el concurso de acreedores. Por ello, y en nuestra opinión, conforme a la normativa de insolvencia española, la calificación del concurso de acreedores sólo supondría un instrumento jurídico que pretendería reprimir *ex ante* determinadas conductas que, a juicio del legislador, perjudicarían el correcto funcionamiento de los mercados; y entre las que se encontraría,

⁵ Imaginemos, por ejemplo, que, por una imprudente contabilización de unas deudas a largo plazo como deudas a corto plazo, el deudor transmita erróneamente al mercado que se encuentra en una situación de insolvencia a corto plazo. Como consecuencia de la misma, los acreedores, probablemente, le exigirían unas mayores garantías por la concesión de su crédito, que, en última instancia, incrementaría el coste del mismo en detrimento del deudor y, en definitiva, del sistema económico. Sin embargo, este hecho (además, imprudente) que, difícilmente, supondría un perjuicio económico para los acreedores, sino que sólo lo supondría –en su caso– para el propio deudor, supondrá la calificación culpable del concurso *ex artículo 164.2-1º in fine* de la Ley Concursal, siempre que (i) se hubiere abierto la sección de calificación y (ii) dicho error o irregularidad contable sea calificada como relevante.

⁶ Este es uno de los diversos motivos por los que, a nuestro juicio, la denominada «responsabilidad concursal» del artículo 172 bis de la Ley Concursal no puede concebirse como una responsabilidad de carácter sancionadora-punitiva que pudiera imponerse automáticamente a un concurso culpable, tal y como permite el citado precepto, mediante la inclusión del adjetivo «podrá». En nuestra opinión, el alcance objetivo, subjetivo y cuantitativo de la misma debería adaptarse a la *cuantía* del perjuicio provocado a los acreedores en términos de frustración total o parcial de sus derechos de crédito, así como a los determinados *sujetos* que hubieren provocado las *actuaciones* concretas que provocasen el perjuicio a los acreedores (y *no*, como actualmente permitiría el precepto, la calificación culpable del concurso), por lo que la naturaleza de la misma se asemejaría, aunque con ciertas críticas y particularidades, al de una responsabilidad de carácter indemnizatorio.

lógicamente, la generación o agravación dolosa o gravemente culposa de una situación de insolvencia⁷.

II. EL PERJUICIO INFORMATIVO COMO FUNDAMENTO DE LA REPRESIÓN CONCURSAL DE LAS IRREGULARIDADES CONTABLES RELEVANTES

1. El concepto de perjuicio informativo

Como se ha señalado, la contabilidad constituye un instrumento de utilidad para la toma de decisiones, en tanto que permite a los directivos de una compañía tomar sus oportunas decisiones de gestión; permite a los accionistas –actuales o potenciales– de una sociedad evaluar los riesgos y rentabilidad de sus inversiones; permite a las Administraciones Públicas determinar cuáles han sido los eventuales beneficios empresariales, al objeto de exigir la cuota tributaria que, en su caso, procediese conforme a la normativa fiscal vigente; o permite, en fin, en el ámbito que nos concierne, que un acreedor pueda examinar la situación económico-financiera y patrimonial de un deudor, y, con base en la misma, otorgar su crédito, y hacerlo –en su caso– bajo unas determinadas condiciones⁸.

Sin embargo, ninguna de las decisiones anteriores podría tomarse de manera adecuada y eficiente si el instrumento sobre el que –total o parcialmente– se basan dichas decisiones empresariales se encuentra desvirtuado, como acontecería en los supuestos en los que existieran irregularidades contables relevantes. En tales supuestos, la contabilidad no reflejaría adecuadamente la imagen fiel de la situación económico-financiera y patrimonial del empresario y, en consecuencia, se produciría un inevitable *perjuicio informativo* a terceros que impediría que las partes pudieran alcanzar *ex ante* un resultado eficiente como consecuencia de su transacción, en tanto no tendrían la posibilidad de conocer con exactitud la situación financiera y patrimonial deudor y, tratándose de acreedores, ajustar –si procediese– las condiciones de su crédito con base en la misma⁹. Por este

⁷ De esta manera, llegaríamos al *doble sistema* de calificación culpable del concurso previsto en el Derecho español. Por un lado, se calificarían como culpables aquellos concursos en los que quedase demostrado que ha concurrido *dolo o culpa grave* (que, en ocasiones, *se presume*) del deudor o, en caso de personas jurídicas, de sus administradores o apoderados generados, en la *generación o agravación* de su *estado de insolvencia* (arts. 164.1 y 165 LC). Y, por otro lado, se calificarían igualmente como culpables aquellos concursos en los que, con independencia de la conducta dolosa o culposa del deudor en la generación o agravación del estado de insolvencia, concurren determinados *supuestos de hecho* que, a juicio del legislador, merecen ser sancionados en todo caso con la calificación culpable (art. 164.2 LC).

⁸ GURREA MARTINEZ, A., *Contabilidad para juristas*, pg. 31.

⁹ Tratamiento diferenciado merecería la explicación de la calificación culpable del concurso por irregularidades contables relevantes desde la óptica de los *acreedores extracontractuales*. Técnicamente, al no ser sujetos

motivo, y procurando incentivar *ex ante* que las partes puedan alcanzar resultados eficientes, o permitiendo, al menos, que con carácter *ex post*, pueda repararse el perjuicio informativo y, en ocasiones, patrimonial ocasionado a los acreedores, a través de las eventuales sanciones civiles que podría suponer la calificación culpable del concurso, la normativa de insolvencia española establece que, en caso de concurso, éste se calificará en todo caso como culpable, entre otros supuestos, cuando el deudor hubiere provocado un «grave perjuicio informativo» al mercado a través de la emisión de una defectuosa imagen fiel de su patrimonio, su situación financiera y sus resultados; o, si se quiere, empleando la fórmula legal, cuando el deudor hubiere cometido una «irregularidad contable relevante» para la adecuada comprensión de su situación financiera o patrimonial (art. 164.2-1º *in fine* LC).

2. Perjuicio informativo y perjuicio patrimonial

No obstante lo anterior, que exista un perjuicio informativo sobre la situación financiera o patrimonial del deudor no implica que exista un *perjuicio patrimonial* sobre las partes que, eventualmente, hubieran contratado con él, e incluso le hubieran provisto de crédito. De hecho, podría suceder incluso a la inversa, esto es, que el perjuicio informativo supusiera, en detrimento del propio deudor, un beneficio patrimonial para las partes que hubieran basado sus decisiones empresariales confiando en una información contable eventualmente desvirtuada por el deudor. Tal sería el caso, por ejemplo, de aquellos acreedores que, confiando en una –aparentemente– *deteriorada* situación financiera o patrimonial puesta de manifiesto por el deudor, exigieran unas condiciones de pago mucho más rigurosas de las que, probablemente, le hubieran exigido al deudor en condiciones de un mayor grado de solvencia (*v. gr.*, exigiendo pagados al contado, un tipo de interés más alto, o exigiendo la constitución de algún tipo de garantía).

directos del perjuicio informativo, los acreedores extracontractuales no estarían implícitamente tutelados por estas normas de calificación del concurso en su calidad de acreedores. No obstante, en tanto usuarios del mercado, los acreedores extracontractuales se verían igualmente beneficiados del adecuado cumplimiento de las normas contables por parte de los operadores del mercado, tal y como pretende el legislador concursal a través de la calificación culpable del concurso por irregularidades contables relevantes. Será en otros ámbitos del concurso, sin embargo, como acontece en sede de reconocimiento y clasificación de créditos (que califican a los acreedores extracontractuales como privilegiados), en las normas de reintegración de la masa (donde, con carácter general, todos los acreedores se verían beneficiados de las acciones rescisorias) o en las normas que establecen una responsabilidad patrimonial por la insolvencia (que, en caso de establecerse y ejecutarse, revertiría en beneficio de todos los acreedores, incluidos los extracontractuales), donde sí se verían directamente tutelados los acreedores extracontractuales. Para un riguroso análisis del tratamiento de los acreedores involuntarios en el concurso de acreedores, *v.*, por todos, SÁNCHEZ GRAELLS, A., Los acreedores involuntarios, Civitas, 2008.

Sin embargo, y a pesar de las críticas que, a nuestro juicio, merece el actual sistema de calificación del concurso, en tanto el legislador español ha optado por no limitar la consideración de concurso culpable a aquellos *exclusivos* supuestos en los que el deudor hubiere generado o agravado con dolo o culpa grave su estado de insolvencia, no parece que resulte relevante la determinación del perjuicio a los acreedores para la calificación culpable del concurso por irregularidades contables relevantes, aunque sí, en nuestra opinión, para la depuración de responsabilidades civiles que, en su caso, tuviera lugar en la misma sección de calificación del concurso.

III. EL CONCEPTO DE IRREGULARIDADES CONTABLES

1. Las irregularidades contables o irregularidades en la contabilidad y las irregularidades en los libros de contabilidad obligatorios

1.1. Contabilidad y libros contables obligatorios

El concepto de *contabilidad* puede ser entendido desde diferentes acepciones. En un primer lugar, y desde una perspectiva dogmática, la contabilidad puede concebirse como una *ciencia*. Más concretamente, como una ciencia empírica adscrita, además, al ámbito de las ciencias económicas, en la que, asimismo, coexisten importantes relaciones con el derecho (relaciones formales) y con las matemáticas (relaciones instrumentales)¹⁰. En segundo lugar, la contabilidad puede concebirse también desde una perspectiva jurídico-formal que englobe o, mejor dicho, desarrolle el *deber legal* impuesto a cualquier *empresario*, persona natural o jurídica, de llevar un seguimiento ordenado y sistematizado de sus operaciones¹¹. Finalmente, y desde una perspectiva funcional, la contabilidad podría entenderse como un medio o *instrumento* del que se sirven diferentes usuarios, incluidos los

¹⁰ En este sentido, GURREA MARTÍNEZ, A., a partir de los célebres trabajos de FERNÁNDEZ PIRLA, J.M., «Teoría económica de la contabilidad» ICE, Madrid, 1970, pgs. 16-17; y, posteriormente, CAÑIBANO, L., «Teoría actual de la contabilidad», ICE, Madrid, 1979, pg. 17; y REQUENA RODRIGUEZ, J.M., «Epistemología de la Contabilidad como teoría científica» Universidad de Málaga, 1981, 2ª Edición, pg. 30.

¹¹ Aunque, a los efectos de la calificación del concurso y, en general, de la Ley Concursal, resulta indiferente el carácter civil o mercantil del deudor concursado, el alcance subjetivo del deber de contabilidad, clásicamente encuadrado en el artículo 25 del Código de Comercio, sólo se extiende a los *empresarios*, sin perjuicio, lógicamente, de las obligaciones (por ejemplo, fiscales) establecidas en otras disposiciones legales. Para un análisis detallado del concepto de empresario, v., por todos, ROJO, A., en URÍA/MENÉNDEZ (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, Thomson Civitas, Madrid, 1999, tomo I, pgs. 59 y ss. Y para profundizar en el alcance objetivo y subjetivo del deber de contabilidad del empresario, véase el pionero trabajo de BLANCO CAMPAÑA, J., *Régimen jurídico de la contabilidad de los empresarios*, Madrid, 1980, así como DIEZ-ECHEGARAY, J.L., *Derecho mercantil contable*, Aranzadi, 2009, pgs. 29-40; y GURREA MARTÍNEZ, A., *Contabilidad para juristas*, Tirant lo Blanch, 2012, pgs. 22-25.

propios empresarios, para la toma de decisiones; y comprendería, en este sentido, cualquier tipo de libro, soporte o documento de naturaleza contable¹².

Parece evidente que, en el ámbito que nos concierne, el concepto de «irregularidades en la contabilidad» o, si se quiere, «irregularidades contables» no se refiere al concepto de contabilidad como ciencia. También nos parece evidente, en este primer estadio (esto es, en el análisis del concepto de irregularidad contable, y no de irregularidad contable relevante), que tampoco interese el número, naturaleza o cuantía de las irregularidades contables. No obstante, puede resultar confuso si, de acuerdo a su acepción jurídico-formal, el legislador concursal podría haber hecho mención a la contabilidad en el sentido exclusivo de los *libros contables obligatorios* que suponen, en definitiva, el cumplimiento mínimo del deber de contabilidad del empresario; o si, por el contrario, el alcance objetivo de la contabilidad debería ir más allá de los libros contables obligatorios, y, entendiéndola desde una perspectiva instrumental, debería extenderse a todos aquellos libros, documentos y soportes contables en los que se refleje periódica y ordenadamente las operaciones del empresario que tengan trascendencia económico-financiera o patrimonial.

En nuestra opinión, a pesar de las dudas interpretativas que, en su caso, pudiera llevar aparejadas tanto la confusa redacción del artículo 164.2-1º *in fine* de la Ley Concursal como el propio concepto de contabilidad, una interpretación lógica y funcional del precepto nos debe llevar a entender que el legislador se refiere a un concepto de contabilidad desde un citado punto de vista jurídico-formal o, si se quiere, desde el punto de vista de los libros contables obligatorios. De lo contrario, en cualquier caso, bastaría con el que deudor no llevase o, simplemente, no mostrase –omitiendo tener– aquella información contable que no le resultase exigible, y que, en su caso, pudiera comprometerle en una eventual sección de calificación del concurso.

1.2. Libros contables obligatorios e información contable pública: la «externalización» de las irregularidades contables

No obstante lo anterior, la análoga interpretación del concepto de contabilidad y *libros contables obligatorios* a los efectos del artículo 164.2-1º *in fine* de la Ley Concursal supondría pecar, a nuestro modo de ver, tanto por exceso como por defecto, a la hora de identificar el concepto de irregularidades contables al que se refiere el legislador concursal. Pues, en efecto, si sólo se identificase con los libros contables obligatorios, determinadas irregularidades contables puestas de manifiesto en los mismos que no hubieran causado un perjuicio informativo al mercado porque, por ejemplo, no se hubieran publicado (piénsese, por ejemplo, en el libro diario), podrían suponer la calificación culpable del concurso; y, al contrario, esto es, eventuales contravenciones de la normativa contable que hubieran supuesto un grave perjuicio informativo a los acreedores porque,

¹² Resaltando el carácter instrumental de la contabilidad, v., BLANCO CAMPAÑA, J., *op. cit.*, pg. 2.

por ejemplo, el empresario hubiere elaborado y publicado voluntariamente unos estados contables desvirtuados (piénsese, por ejemplo, en un estado de flujos de efectivo en sociedades no obligadas legalmente a elaborarlo), podrían suponer, en ocasiones, la calificación del concurso como fortuito.

A nuestro modo de ver, y teniendo nuevamente presente que, a través de la calificación culpable del concurso, el legislador pretende incentivar que, mediante el adecuado cumplimiento de la normativa contable, los empresarios no perjudiquen los intereses del mercado transmitiendo una información contable desvirtuada, las únicas irregularidades contables que deberían ser sancionadas a través de la calificación culpable del concurso deberían ser aquellas que se hubieren manifestado al mercado. Esto es, aquella información contable, potestativa u obligatoria, que se hubiere hecho *pública* a través del Registro Mercantil, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la propia página web de la sociedad o cualquier otro medio de difusión general. Pues, de lo contrario, eventuales irregularidades contables puestas de manifiesto en los libros de contabilidad del empresario que hubieran sido subsanadas en las cuentas anuales que hubiere publicado el deudor podrían suponer la calificación culpable del concurso sin implicar, en cambio, un perjuicio informativo a terceros (al haberse cometido la irregularidad sobre unos documentos contables que, en principio, no son conocidos por terceros). Y lo que, en nuestra opinión, todavía resultaría más preocupante, la situación inversa: que el empresario perjudique los intereses del mercado y, en ocasiones, genere –como consecuencia del perjuicio informativo– un perjuicio a los acreedores por publicar unos estados contables desvirtuados y, sin embargo, argumente que se trataba, como efectivamente pudiera ser, de un mero error de transcripción de los libros a las cuentas anuales, mediante la oportuna alegación y prueba de sus libros contables.

De seguirse esta última tesis, el sistema crearía incentivos perversos para que el deudor perjudicase dolosamente y en su propio beneficio los intereses del mercado mediante la comisión de irregularidades contables en la información contable publicada y conocida por terceros; sin que, no obstante, dichas irregularidades contables pudieran verse sancionadas, en numerosas ocasiones, por la vía de la calificación del concurso culpable, en tanto permitiría que el deudor pudiese probar de contrario que, de acuerdo a sus libros de contabilidad obligatorios (aunque, en principio, *secretos*), eventualmente alterados *a posteriori*, los saldos o conceptos contables sujetos a controversia fueron debidamente contabilizados.

2. El concepto de «irregularidad» en la normativa de contabilidad y auditoría de cuentas: su distinción del concepto de error

Las normas de auditoría identifican el concepto de *error* con los actos u omisiones *no intencionados* cometidos por uno o más individuos, sean de los administradores, de la dirección, de los empleados de la entidad auditada, o de terceras personas ajenas a ésta, que alteran la información contenida en las cuentas anuales, tales como: i) la aplicación incorrecta de principios y normas contables; ii) la

inadvertencia o interpretación incorrecta de hechos; o iii) los errores aritméticos o de transcripción en los registros y datos contables. Sin embargo, el concepto de *irregularidad* contable se refiere, al menos, en el ámbito de las Normas Técnicas de Auditoría, a los actos u omisiones *intencionados*, cometidos por uno o más individuos, sean de los administradores, de la dirección, de los empleados de la entidad auditada, o de terceras personas ajenas a ésta, que alteran la información contenida en las cuentas anuales, y que suponen, entre otros: i) la manipulación, falsificación o alteración de registros o documentos; ii) la apropiación indebida y utilización irregular de activos; iii) la supresión u omisión de los efectos de transacciones en los registros o documentos; o iv) el registro de operaciones ficticias (v., en este sentido, NTA sobre errores e irregularidades contables).

3. El concepto de irregularidades contables en la Ley Concursal

Dicha distinción entre errores e irregularidades contables en la normativa de contabilidad y auditoría de cuentas parece haber tenido acogida en el ámbito concursal, donde numerosos jueces y tribunales españoles se han mostrado favorables a entender que el concepto de «irregularidad contable» al que se refiere el artículo 164.2-1º de la Ley Concursal exige la acreditación de un elemento subjetivo y adicional al de la mera comisión de un incumplimiento contable, cual es la intención de cometer dicha contravención de las normas contables (v., por todas, SAP Madrid [Sección 28ª] de 17 de abril de 2009). Sin embargo, una interpretación analógica de la Norma Técnica de Auditoría sobre el concepto de errores e irregularidades contables en el ámbito concursal permitiría entender que, para la calificación culpable de un concurso *ex* artículo 164.2-1º *in fine* de la Ley Concursal, no basta con que se produzca una contravención de las normas contables que tenga un impacto significativo en las cuentas del deudor y se produzca, por ende, un grave perjuicio informativo a los usuarios de la información financiera. También resulta necesario que, junto al desvirtuación relevante de la situación económico-financiera o patrimonial del deudor, se pruebe un elemento subjetivo y adicional como sería su *intención* de haber querido cometer dicha contravención de las normas contables.

Dicha interpretación, no obstante, parecería contravenir el espíritu y la finalidad de la normativa concursal; y ello, además, por diversos motivos. En primer lugar, porque permitiría eludir de la calificación culpable del concurso aquellos supuestos en los que el deudor hubiere cometido un grave perjuicio informativo a terceros por la comisión de contravenciones de las normativa contable, que incluso pudieran ser de mucho mayor envergadura de las que, eventualmente, pudiera haber cometido intencionadamente otro deudor cuyo concurso fuera calificado como culpable. En segundo lugar, porque, con el establecimiento de los supuestos de calificación culpable del concurso con carácter *iuris et de iure* (art. 164.2 LC), parece que el legislador concursal no ha pretendido valorar si la insolvencia ha sido generada o agravada de manera dolosa o culposa por el deudor, sino, simplemente, si se han cumplido determinados supuestos legalmente establecidos. En tercer lugar, porque la dificultad de probar un elemento subjetivo, como es la intención del deudor, harían

prácticamente improbable –por los costes de prueba– que un concurso pudiera ser calificado como culpable por irregularidades contables relevantes, a pesar de que el perjuicio informativo ocasionado a un eventual acreedor fuese el responsable directo, por ejemplo, del perjuicio patrimonial sufrido por la insatisfacción total o parcial de su derecho de crédito. Y, en último lugar, porque, aun previendo –como pudiera hacerse– una presunción *iuris tantum* de calificación culpable para aquellos supuestos en los que se hubiere cometido de manera intencionada una contravención de las normas contables que diera lugar a una desvirtuación relevante de la situación económico-financiera y patrimonial del deudor, la posibilidad de probar de contrario la buena del deudor, además de difícil, incrementaría los costes de prueba y, por ende, litigación de la sección de calificación del concurso, cuando ello es, precisamente, lo que el legislador concursal pretendía reducir con el establecimiento de las presunciones *iuris et de iure* de calificación culpable del concurso (art. 164.2 LC).

Es por ello, en definitiva, que, siguiendo el criterio mantenido por la aludida sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2012, el concepto de irregularidades contables deba entenderse de una manera *objetiva*, esto es, sin exigir la prueba de un elemento subjetivo y adicional al de la contravención de las normas contables. Por tanto, quizás sea incluso más apropiado hablar de «incumplimientos» o «contravenciones» de la normativa contable; o, por ser más precisos, de incumplimientos o contravenciones de la normativa contable que *no* se encuentren expresamente recogidos en otros preceptos relativos a la calificación del concurso (como acontece, por ejemplo, con la falta de formulación, depósito y auditoría de las cuentas anuales, recogidos en el artículo 165-3º de la Ley Concursal como supuestos *iuris tantum* de dolo o culpa grave; o como acontece igualmente con la propia inobservancia del deber de llevanza de una contabilidad, recogido en el artículo 164.2-1º, primer inciso, de la Ley Concursal). Así, además de evitar el riesgo de asociación entre el concepto de errores e irregularidades importado de la normativa contable, el artículo 164.2-1º *in fine* de la Ley Concursal permitiría servir como «válvula de cierre» del sistema de aquellas contravenciones de las normas contables que, no siendo recogidas autónomamente en otros preceptos, hubieren provocado, por el motivo que fuere, un perjuicio informativo a los usuarios de la información financiera.

IV. LA NECESARIA RELEVANCIA DE LAS IRREGULARIDADES CONTABLES

1. Planteamiento

La constatación de una irregularidad contable en el sentido antes enunciado no supone, *per se*, la calificación culpable de un concurso. En primer lugar, y como es lógico, resulta necesario que el concurso haya finalizado con una liquidación de la masa activa o con un convenio especialmente

gravoso, en orden a abrir la sección de calificación (art. 167.1 LC). Pero, además, también resulta necesario que dicha irregularidad contable sea calificada como «relevante», al objeto de que, efectivamente, haya generado el perjuicio informativo sobre la situación económico-financiera y patrimonial del deudor que, a nuestro juicio, fundamenta la calificación culpable del concurso por la comisión de irregularidades contables relevantes.

2. Una aproximación conceptual entre el concepto de relevancia a efectos concursales y el concepto de importancia relativa a efectos contables

La acepción «relevante» que emplea el legislador concursal parece recordarnos al principio contable de importancia relativa, tan empleado –aunque con ciertos matices– en el ámbito de la auditoría de cuentas. De acuerdo con dicho principio, recogido en el marco conceptual del Plan General de Contabilidad, «*se admitirá la no aplicación estricta de algunos de los principios y criterios contables cuando la importancia relativa en términos cuantitativos o cualitativos de la variación que tal hecho produzca sea escasamente significativa y, en consecuencia, no altere la expresión de la imagen fiel (...)*». Por ello, es posible que, en ocasiones, determinados activos, pasivos, ingresos y gastos puedan no ser contabilizados; o que, incluso, una vez contabilizados, no se proceda a su reconocimiento posterior conforme a lo previsto en el marco conceptual de la contabilidad o, muy especialmente, en las normas de registro y valoración del Plan General de Contabilidad, tal y como sucede con aquellos activos, pasivos, ingresos o gastos que, por su importancia cualitativa o cuantitativa, no sean capaces de afectar a la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados del empresario.

En el mismo sentido, la normativa de auditoría de cuentas tampoco obliga a que los auditores de cuentas emitan una opinión sobre la exactitud de la información financiera examinada. En efecto, la opinión de un informe de auditoría debe ser entendida en términos de *razonabilidad*, y, por tanto, medida en términos de importancia relativa. Por ello, los auditores sólo deben expresar si las cuentas anuales examinadas en su conjunto reflejan, en todos sus aspectos *significativos*, la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la compañía, tal y como, además, se hace constar expresamente en el párrafo de opinión de los modelos de informe de auditoría previstos en la Normas Técnicas de Auditoría¹³. A tal efecto, las Normas Técnicas de Auditoría, tal vez con mayor rigor –y, además, con un alcance diferente– que el Plan General de Contabilidad, definen la importancia relativa como «*la magnitud o naturaleza de un error (incluyendo una omisión) en la*

¹³ Para un análisis del concepto de «importancia relativa» y la relevancia del informe y el trabajo eventualmente realizado por los auditores de cuentas de la sociedad declarada en concurso, v., GURREA MARTÍNEZ, A., «La importancia del informe de auditoría en la calificación del concurso de acreedores», *ADCo*, núm. 26, 2012.

información financiera que, bien individualmente o en su conjunto, y a la luz de las circunstancias que le rodean hace probable que el juicio de una persona razonable, que confía en la información, se hubiera visto influenciado o su decisión afectada como consecuencia del error u omisión».

Dichos errores u omisiones pueden ser, además, de carácter *cualitativo*, dejando la constatación del mismo al juicio experto del auditor, en virtud del estándar de comportamiento establecido en relación al usuario razonable que confía en la información y cuya opinión se hubiera visto afectada como consecuencia del error o la omisión. O, a su vez, pueden tener una relevancia *cuantitativa*, a cuyo efecto, el legislador contable ofrece una serie de parámetros orientativos – aunque no vinculantes– en función de diferentes factores (*v. gr.* tipo de empresa, forma social u obtención de beneficios o pérdidas) que podrían servir como base para la identificación de un error significativo o, si se quiere, *relevante* (*v.*, en este sentido, el anexo de la NTA sobre el concepto de importancia relativa).

V. LA LIMITACIÓN OBJETIVA DE LAS IRREGULARIDADES CONTABLES RELEVANTES: LA DESVIRTUACIÓN DE LA IMAGEN FIEL DEL DEUDOR

En cualquier caso, y por imperativo legal, la comisión de irregularidades contables relevantes no resulta sancionable concursalmente si tales irregularidades contables no suponen una circunstancia obstativa para la comprensión de la situación financiera o patrimonial del deudor¹⁴. Con este último requisito de carácter finalista, el legislador concursal establece una limitación objetiva a los supuestos de concurso culpable por irregularidades contables relevantes. En este sentido, no serán calificados como culpables aquellos concursos en los que, existiendo irregularidades contables relevantes cometidas por el deudor, éstas no hubieren afectado a la comprensión de su situación financiera o patrimonial. Por lo general, cualquier irregularidad contable relevante en los estados contables del deudor supone, por la propia definición del adjetivo «relevante», una desvirtuación de su imagen fiel, y, por ende, un perjuicio informativo sancionable concursalmente (art. 164.2-1º *in fine* LC). No obstante, existen contravenciones de las normas contables (normalmente, de tipo formal) que, sin embargo, no tiene un efecto sobre el patrimonio, la situación financiera o los resultados del deudor¹⁵. En tales casos, al no implicar un perjuicio informativo para la adecuada interpretación de

¹⁴ En este sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid [Sección 28ª] de 20 de mayo de 2011. Entre la doctrina, QUIJANO, J., «El concepto de irregularidades relevantes en la contabilidad como hecho de concurso culpable (STS 16.1.2012)», *ADCo*, núm. 27, 2012, pgs. 365-367.

¹⁵ Piénsese, por ejemplo, en la falta de legalización de los libros de contabilidad o en la ausencia de alguna firma de los administradores de la sociedad en las cuentas anuales que, por sí solas, aunque supongan incumplimientos de la normativa contable, no suponen circunstancias obstativas para la adecuada comprensión de la situación financiera o patrimonial del deudor (en este sentido, considerando que la falta de legalización de los libros contables difícilmente podría suponer una circunstancia obstativa para la adecuada

la situación económica, financiera o patrimonial del deudor, no serían supuestos subsumibles en el supuesto de calificación culpable por irregularidades contables relevantes *ex artículo 164.2-1º in fine* de la Ley Concursal.

Por otro lado, resulta –cuando menos– destacable que, el legislador concursal, pretendiendo incentivar el adecuado cumplimiento de las normas contables, en aras a favorecer un tráfico económico en el que la información financiera resulte útil y relevante para la toma de decisiones, se haya limitado a sancionar el perjuicio informativo a la comprensión de la situación *financiera o patrimonial* del deudor, excluyendo, así, determinadas conductas que, sin afectar a su situación financiera o patrimonial, perjudicasen gravemente las decisiones empresariales de los operadores del mercado, por haberse desvirtuado, por ejemplo, la situación *económica* del deudor¹⁶. En nuestra opinión, el requisito finalista que realiza el legislador concursal para la calificación culpable del concurso por la comisión de irregularidades contables relevantes debe entenderse a la *imagen fiel* del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados del deudor, que son los factores que, en definitiva, podrían modificar las decisiones de inversión y financiación de terceros. De lo contrario, si se excluyeran los resultados –y, por ende, la situación económica– de la empresa para la valoración de la calificación culpable por irregularidades contables relevantes, quedarían impunes aquellos

comprensión de la situación financiera o patrimonial del deudor, véase la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid [Sección 28ª] de 20 de mayo de 2011).

¹⁶ Piénsese, por ejemplo, en el supuesto en que el deudor hubiere reconocido un ingreso *excepcional* como ordinario, y, dentro de los ordinarios, como un ingreso por ventas. En tales casos, tanto su situación *financiera* como *patrimonial* se vería inalterada, en tanto no se vería modificada ni su capacidad de pago (situación financiera) ni su cifra de activos y pasivos (patrimonio) ni, por diferencia de estos últimos, su patrimonio neto. Sin embargo, la contabilización de un ingreso excepcional como un ingreso por ventas supone una importante alteración en la estructura *cualitativa* de la cuenta de resultados, en tanto que supone un incremento del EBITDA (o beneficios antes de intereses e impuestos); y, en consecuencia, una errónea interpretación sobre el nivel de *rentabilidad* de la empresa (que podría estar en *pérdidas operativas*, pero haber vendido algún inmueble para obtener dicho ingreso excepcional y simular una mejor situación económica) podría provocar un grave perjuicio a los terceros de buena fe que basaron sus decisiones de inversión y financiación confiando en la información contable ofrecida por la empresa. Al mismo tiempo, y en el ámbito que nos concierne (la relación jurídico-crediticia entre el deudor y sus acreedores), debe tenerse en cuenta que tanto la concesión de un crédito como, en su caso, las condiciones del mismo suelen depender de la capacidad del deudor para repararlo. Y dicha capacidad será mayor cuanto mayor sea la constancia o *regularidad* del deudor en la obtención de sus flujos de caja. Además, en la normativa de insolvencia española, siguiendo el modelo italiano, resulta tan insolvente el deudor que *no puede* cumplir sus obligaciones exigibles como aquel que, pudiendo hacerlo, lo hiciera de manera *irregular*, esto es, conforme a ingresos obtenidos *excepcionalmente* (v., en este sentido, BELTRÁN, E., «La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores», ADCo, núm. 11, 2007, pgs. 29-52, donde asocia el cumplimiento regular con el cumplimiento realizado conforme a los ingresos ordinarios del deudor). Por tanto, será doble, en este sentido, la importancia que le merezca al acreedor el *modo* en que el deudor genere los flujos de caja con los que, en última instancia, pueda cumplir sus obligaciones.

deudores que, desvirtuando su situación económica, hubieren causado un grave perjuicio a terceros de buena fe que confiaron en la información contable del deudor; y, por tanto, el sistema de calificación culpable del concurso no cumpliría, como proponemos, su función esencial de reprimir *ex ante* determinadas conductas indeseables para los intereses del mercado.

VI. CONCLUSIONES

La evidencia demuestra que la comisión de irregularidades contables relevantes supone uno de los supuestos más frecuentes para la calificación culpable del concurso. Sin embargo, y a pesar de su importancia en la praxis mercantil, ni el concepto de relevancia ni el concepto de irregularidad contable resultan definidos en nuestro derecho. Con dicho propósito, hemos realizado el presente trabajo, a partir de un análisis integrado de las normas contables y concursales, la –escasa– jurisprudencia existente en la materia y la función que, a nuestro juicio, cumple la calificación del concurso de acreedores.

En este sentido, hemos definido el concepto de irregularidades contables como una desvirtuación, intencionada o no, de los documentos contables elaborados y publicados por el deudor, que son las irregularidades que, a nuestro juicio, suponen, con carácter general, un perjuicio informativo a terceros. Por ello, para la determinación de una irregularidad contable, será indiferente que se trate de un error, una omisión o cualquier otro tipo de incumplimiento doloso o culposo del deudor. Si bien, para que dicha irregularidad contable implique la calificación culpable del concurso, se exige, además, que ésta resulte relevante para la comprensión de la imagen fiel del patrimonio, la situación financiera y los resultados del deudor. Pues, de lo contrario, no habría desvirtuado la situación económica, financiera o patrimonial del deudor; y, por ende, los terceros de buena fe que hubieran contratado con el deudor no habrían sufrido el perjuicio informativo que, a nuestro juicio, fundamenta la calificación culpable del concurso por irregularidades contables relevantes.