



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**LA TRANSPOSICIÓN DE LAS HERRAMIENTAS DE  
ALERTA TEMPRANA DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1023  
AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL**

Autor: María Elvira Manzanedo Delgado

5º E-3 B

Derecho Mercantil

Tutor: Rafael Sebastián Quetglas

Madrid  
Abril 2021

## **Resumen**

Es por todos conocido que el presupuesto de toda prevención es la información. La insolvencia no es un mal que acontezca de un día para otro, sino más bien un mal gradual. Si queremos prevenirla, tenemos que estar informados.

Las herramientas de alerta temprana nos permiten detectar los síntomas de esta insolvencia, efectuar un diagnóstico acertado y actuar tempestivamente; salvando a las empresas viables y liquidando a las que no lo son cuando todavía puede satisfacerse a sus acreedores.

La Directiva europea 2019/1023 ofrece diferentes alternativas para configurar este sistema de alerta temprana. Todas ellas encuentran apoyo en la literatura jurídico-financiera y se han puesto en práctica en países como Italia, Francia y Dinamarca.

España se enfrenta ahora al reto de adaptar su ordenamiento a las exigencias de la Directiva europea. Las opciones, ciertamente variadas, abarcan: las herramientas de autodiagnóstico basadas en índices y ratios financieros, las advertencias por terceros (auditores, administración pública y determinados acreedores) y los sistemas de asesoramiento público o privado.

La eficacia de estas herramientas dependerá, en todo caso, de que se acompañen de incentivos para que los empresarios y administradores sociales hagan uso de las mismas. Estos incentivos, que deberán incluirse en la normativa societaria y concursal, pasan por redefinir el alcance del deber de diligencia de los administradores y reformar el sistema de calificación concursal.

Si el legislador español afronta el reto al que se enfrenta con determinación y valentía, podremos invertir los porcentajes de manera que, llegado el momento, el 90% de los concursos acaben en convenio, y no en liquidación.

**Palabras clave:** Alerta temprana, Insolvencia, Concurso, Directiva sobre Reestructuración

## **Abstract**

It is known that the foundation of prevention is information. Insolvency does not usually happen overnight. It is rather a gradual process. If we want to prevent insolvency, we have to be informed.

Early warning tools allow us to detect the symptoms of insolvency, make an accurate diagnosis and react in a timely manner; saving viable companies and liquidating those that are not when their creditors can still be paid.

The European Directive 2019/1023 offers different alternatives to set up this early warning system. All of them find support in the legal and financial literature and have been implemented in countries such as Italy, France and Denmark.

Spain now faces the challenge of adapting its legislation to the requirements of the European Directive. The options, which are certainly varied, include: self-diagnostic tools based on financial ratios and indices, third party warnings (auditors, public administration and certain creditors) and public or private advisory systems.

Regardless of the option chosen, the effectiveness of the early warning tools depends on introducing a set of incentives that encourage entrepreneurs and directors to make use of them. These incentives, which should be included in corporate and insolvency legislation, range from redefining the scope of the duty of diligence of directors to reforming the “calificación concursal” system.

If the Spanish legislator faces this challenge with determination and courage, we will be able to reverse the percentages so that, when the time comes, 90% of bankruptcy procedures end in agreement, and not in liquidation.

**Key words:** Early warning, Insolvency, Bankruptcy procedure, Directive on Restructuring

## Índice

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>8</b>
<b>CAPÍTULO I: LA FINALIDAD DEL CONCURSO</b> .....	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO II: LAS HERRAMIENTAS DE ALERTA TEMPRANA EN LA DIRECTIVA SOBRE REESTRUCTURACIÓN</b> .....	<b>12</b>
<b>1. ANTECEDENTES DE LA DIRECTIVA SOBRE REESTRUCTURACIÓN</b>	
12	
<b>2. HERRAMIENTAS DE ALERTA TEMPRANA EN LA DIRECTIVA SOBRE REESTRUCTURACIÓN</b> .....	<b>14</b>
<b>2.1. Caracterización general de las herramientas de alerta temprana</b> .....	<b>15</b>
2.1.1. Herramientas de autodiagnóstico.....	16
2.1.2. Advertencias a través de terceros .....	16
2.1.3. Servicios de asesoramiento.....	17
<b>2.2. El papel de los administradores sociales en la implementación efectiva de las herramientas de alerta temprana</b> .....	<b>17</b>
<b>CAPÍTULO III: EL FUNDAMENTO TEÓRICO DE LAS HERRAMIENTAS DE ALERTA TEMPRANA</b> .....	<b>19</b>
<b>1. PRINCIPIO DE EMPRESA EN FUNCIONAMIENTO</b> .....	<b>19</b>
<b>2. PARÁMETROS ESPECÍFICOS DE SITUACIONES CRÍTICAS</b> .....	<b>20</b>
<b>CAPÍTULO IV: LAS HERRAMIENTAS DE ALERTA TEMPRANA EN LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA</b> .....	<b>22</b>
1. ITALIA.....	22
2. FRANCIA.....	25
3. DINAMARCA.....	27
<b>CAPÍTULO V: LA POSIBLE IMPLEMENTACIÓN DE LAS HERRAMIENTAS DE ALERTA TEMPRANA EN ESPAÑA</b> .....	<b>30</b>
<b>1. ALTERNATIVAS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS HERRAMIENTAS DE ALERTA TEMPRANA EN ESPAÑA</b> .....	<b>30</b>
<b>1.1. Herramientas de autodiagnóstico</b> .....	<b>30</b>
<i>1.1.1. Recursos sobre los que podría construirse la herramienta de autodiagnóstico</i> .....	<i>31</i>
a. Ratios sectoriales publicadas por el Banco de España .....	31
b. Cuestionario de autodiagnóstico de salud empresarial del Ministerio de industria, comercio y turismo .....	33
c. Test de solvencia del Consejo General de Economistas.....	33
<i>1.1.2. La importancia de basar el diagnóstico en datos de calidad</i> .....	<i>34</i>
<b>1.2. Advertencias a través de terceros</b> .....	<b>37</b>
1.2.1. Contables o auditores .....	37

a.	Ausencia de responsabilidad por la revelación de hechos relacionados con la alerta temprana.....	39
b.	Documento interno en caso de dudas no sustanciales sobre el principio de empresa en funcionamiento .....	40
c.	Imposición de las obligaciones de alerta a los expertos contables acreditados .....	40
1.2.2.	<i>Administración pública</i> .....	41
a.	Publicidad del impago de impuestos o de cotizaciones de la seguridad social.....	41
b.	Supresión del privilegio público.....	43
c.	Incorporación de los indicadores financieros al software de la Agencia Tributaria .....	43
1.2.3.	<i>Acreedores</i> .....	44
a.	Actual privilegio del acreedor instante.....	44
b.	Documento de “Información Financiera-PYME” de las entidades de crédito .....	46
1.3.	<b>Servicios de asesoramiento .....</b>	<b>47</b>
2.	<b>LA IMPORTANCIA DE INCENTIVAR EL USO DE LAS HERRAMIENTAS DE ALERTA TEMPRANA. EL PAPEL DE LOS ADMINISTRADORES.....</b>	<b>50</b>
2.1.	<b>Incentivos en la normativa societaria .....</b>	<b>50</b>
2.1.1.	<i>La alerta que supone la reducción de capital y disolución obligatoria.</i>	51
2.1.2.	<i>La alerta temprana como parte del deber de diligencia y lealtad de los administradores.....</i>	52
2.2.	<b>Incentivos en la normativa concursal .....</b>	<b>54</b>
2.2.1.	<i>Incentivos positivos a la solicitud del concurso voluntario en casos de insolvencia inminente .....</i>	54
2.2.2.	<i>Incentivos negativos a la falta de uso de las herramientas de alerta temprana.....</i>	56
	<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>58</b>
	<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>61</b>

## **Índice de figuras**

<b>Gráfico 1.</b> Modelo Z-score .....	<b>21</b>
<b>Gráfico 2.</b> Aplicación secuencial de los índices financieros en el sistema de alerta temprana italiano .....	<b>24</b>
<b>Gráfico 3.</b> Encaje del proyecto Early Warning Denmark en el sistema concursal danés .....	<b>28</b>
<b>Gráfico 4.</b> Análisis de la posición relativa de la empresa en el sector.....	<b>32</b>
<b>Gráfico 5.</b> Límites para eximir de la obligatoriedad de la auditoría en los 28 estados miembro de la UE en 2019.....	<b>35</b>

## Índice de abreviaturas

Art.	Artículo
Cap.	Capítulo
CCI	Codice della crisi d'impresa e della insolvenza
CIRCE	Centro de Información y Red de Creación de Empresas
DSCR	Debt-Service Coverage Ratio
DYGME	Dirección General de Pequeña y Mediana Empresa
EBIT	Earnings Before Interest and Taxes
EWD	Early Warning Denmark
IS	Impuesto sobre Sociedades
LAC	Ley 22/2015, de 25 de julio, de auditoría de cuentas
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
LIS	Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
núm.	Número
OCRI	Organismo di Composizione della Crisi d'Impresa
p. / pp	Página / Páginas
PAE	Puntos de Atención al Emprendedor
PYME	Pequeña y mediana empresa
RSE	Ratios Sectoriales de las sociedades no financieras
TRLC	Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
UE	Unión Europea
Vol.	Volumen

## INTRODUCCIÓN

2021 está siendo y será un año de grandes acontecimientos en el ámbito concursal. Mientras escribimos estas líneas, el Consejo de Ministros aprueba el Real Decreto-Ley 5/2021, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19. Entre estas medidas se encuentra la prórroga de la suspensión del deber de solicitar el concurso de acreedores del 14 de marzo al 31 de diciembre.

Esta medida ha sido verdaderamente controvertida, pues permite que las empresas viables resuelvan los problemas de solvencia y liquidez provocados por el COVID-19 y, al mismo tiempo, favorece que las empresas no viables retrasen la declaración del concurso, mientras su valor sigue deteriorándose. En este sentido, señala López González, socio coordinador del departamento de concursal en Gómez-Acebo y Pombo, que “la moratoria concursal puede llegar a convertirse en un arma de doble filo por una artificial sensación de blindaje. El mejor consejo pasa por la previsión y la anticipación. Si a esta receta contribuye nuestro legislador con una pronta y valiente transposición de la directiva 2019/1023 tendremos mucho terreno ganado para conservar nuestro tejido productivo” (Sainz, 2021).

Prevenir la insolvencia es, precisamente, el objetivo de las herramientas o sistemas de alerta temprana. Las herramientas de alerta temprana son una de las novedades más relevantes introducidas por la Directiva 2019/1023, de 20 de junio, de Marcos de Reestructuración Preventiva, Segunda Oportunidad y Medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos concursales (en adelante, Directiva sobre Reestructuración), cuya trasposición se espera el 17 de julio de este año.

El objetivo de este trabajo es analizar la posible transposición de los sistemas de alerta temprana previstos en la Directiva al ordenamiento jurídico español. Para ello, partiremos de un análisis cualitativo del contenido de la Directiva, de los sistemas implementados en otros países y de las herramientas existentes en España; y propondremos diferentes alternativas para configurar e incentivar el uso de estos sistemas de alerta temprana.

Explicada la metodología que seguiremos, señalamos que el presente trabajo se encuentra organizado de la siguiente forma. Comenzaremos, en el Capítulo I, realizando un breve apunte a la **finalidad del concurso**.



Continuaremos con el Capítulo II, en el que abordaremos el tratamiento de las **herramientas de alerta temprana en la Directiva sobre Reestructuración**. Tomando como punto de partida los antecedentes de la Directiva, en este capítulo estudiaremos la caracterización general de las herramientas de alerta temprana y el papel que los administradores sociales están llamados a adoptar en su implementación.

En el Capítulo III analizaremos el **fundamento teórico de los sistemas de alerta temprana**. Explicaremos como las herramientas de autodiagnóstico, la advertencia a través de terceros y los servicios de asesoramiento (en los que se materializan los sistemas de alerta temprana), se construyen sobre la base de distintas concepciones sobre qué principios o parámetros son decisivos a la hora de analizar la situación económica de la empresa.

Habiendo explicado el marco general establecido por la Directiva sobre Reestructuración y los fundamentos de los distintos sistemas de alarma, estudiaremos en el Capítulo IV los **herramientas adoptadas por Italia, Francia y Dinamarca**. Sus sistemas de alerta temprana, veremos, pueden servir de inspiración para la transposición de la Directiva al ordenamiento jurídico español.

Llegados a este punto, nos encontraremos en posición de analizar las **alternativas para la implementación de las herramientas de alerta temprana en España**, lo que haremos en el Capítulo V. Tomando como referencia las exigencias de la Directiva y los sistemas italiano, francés y danés; estudiaremos la posibilidad de configurar un sistema de alerta temprana basado en herramientas de autodiagnóstico, advertencias por terceros y servicios de asesoramiento.

Tal y como podremos observar, el éxito de estas herramientas de alerta temprana requerirá, no sólo que las mismas existan, sino que las empresas hagan uso de ellas. Así, se hace necesario diseñar un sistema eficaz de incentivos que favorezca su empleo por parte de las empresas. Esto nos llevará al último apartado del trabajo, en el que veremos qué incentivos existen actualmente en la normativa societaria y en la normativa concursal y cómo pueden adaptarse o completarse para servir a los fines de la alerta temprana.

## CAPÍTULO I: LA FINALIDAD DEL CONCURSO

Los dos objetivos principales la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC), hoy Texto refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRCL) son: (i) proteger los intereses de los acreedores y (ii) mantener la actividad empresarial del deudor, evitando la liquidación de la empresa y el despido de los trabajadores (Almoguera, 2020). Aunque pueda parecer contraintuitivo, ambos objetivos son complementarios.

En este sentido, señala Alejos Garmendia que la verdadera finalidad del sistema concursal no debe ser maximizar la posibilidad de cobro del acreedor o, por el contrario, salvar las máximas empresas posibles para mantener el empleo. “La cuestión central es que el sistema consiga conservar el mayor número posible de empresas viables (...) 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” (Alejos, 2016, p. 48).

Al servicio del primer objetivo, la protección de los intereses de los acreedores, se encuentra el principio *par conditio creditorum*, que exige tratar a todos los acreedores por igual. Al servicio del segundo objetivo, el mantenimiento de la actividad empresarial, está la clara preferencia del TRLC por las soluciones alternativas de carácter preconcursal y, declarado el concurso, por el convenio (Almoguera, 2020).

Habida cuenta de tales preferencias, sorprende que, transcurridos más de 17 años desde que la LC echare a andar, más del 94% de los concursos declarados en España terminen en liquidación. Los expertos coinciden en que esta cifra responde al hecho de que las empresas entran muy tarde en el concurso de acreedores, de manera que “muy pocas consiguen volver a posiciones de viabilidad y casi siempre terminan en liquidación” (Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España, 2019). Es decir, tal y como se encuentra configurado, el sistema concursal, ni favorece la reestructuración temprana de las empresas viables, ni favorece la liquidación temprana de las no viables.

Más concretamente, se viene observando que, en no pocas ocasiones, la solicitud de concurso se presenta cuando “ya se ha agravado de forma irreversible el estado de insolvencia, algunos acreedores han interpuesto demandas declarativas o ejecutivas, la

empresa ha agotado casi por completo sus recursos líquidos y ya no ha lugar a la formulación de propuestas de convenio con visos de prosperabilidad” (Herrera, Las insolvencias y la Ley Concursal: breve reseña de un desencuentro, 2020, p. 4). Se produce así el efecto conocido como *empty shell* (García-Cruces, 2007). Este efecto se predica de las empresas insolventes que han optado por la “huida hacia delante” y se ven abocadas a un concurso sin apenas masa activa y con nulas posibilidades de supervivencia.

Lo más preocupante es que, en no pocos casos, quienes tienen la función de administrar la empresa ni siquiera se han percatado a tiempo de su deriva hacia el estado crítico en que se hallan inmersas (Herrera, Las insolvencias y la Ley Concursal: breve reseña de un desencuentro, 2020). A este respecto, el “Informe *Best*”<sup>1</sup>, señala lo siguiente. “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 retrasar 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 solución posible. Una de las claves básicas para el éxito del rescate es el reconocimiento rápido de las dificultades financieras” (Comisión Europea, 2003, p. 11).

Así las cosas, es esencial establecer criterios, indicadores y modelos que permitan 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 (Alejos, 2016).

En palabras de Fernández del Pozo, “el legislador no puede desentenderse de la realidad de la empresa en dificultades que todavía no está en crisis. (...) 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” (Fernández del Pozo, 2003, p. 37).

---

<sup>1</sup> El Informe *Best* recoge las recomendaciones de un grupo de expertos nombrados por la Comisión Europea para la formulación de recomendaciones para el desarrollo y optimización de mecanismos de alerta temprana de la insolvencia y el fomento de las *freshstarts*.

En el mismo sentido se pronuncia la Directiva sobre Reestructuración, que en su considerando 22 establece que: “cuanto antes pueda detectar un deudor sus dificultades financieras y tomar las medidas oportunas, mayor será la probabilidad de evitar una insolvencia inminente o, en el caso de una empresa cuya viabilidad haya quedado definitivamente deteriorada, más ordenado y eficiente será el procedimiento de liquidación”.

## **CAPÍTULO II: LAS HERRAMIENTAS DE ALERTA TEMPRANA EN LA DIRECTIVA SOBRE REESTRUCTURACIÓN**

### **1. ANTECEDENTES DE LA DIRECTIVA SOBRE REESTRUCTURACIÓN**

La Directiva sobre Reestructuraciones, cuyo contenido más extenso se centra en lo que denomina “marcos de reestructuración preventiva”, es la culminación de un largo proceso que se inició en el año 2000 con la **Carta Europea de la Pequeña Empresa**, adoptada por el Consejo Europeo celebrado en Santa María de Feira en Portugal, en mayo del 2000.

En la Carta, los Estados Miembros reconocen que “un cierto grado de fracaso acompaña a la iniciativa responsable y al riesgo, y que ha de enfocarse como una oportunidad de aprendizaje” y se comprometen a “forjar un marco normativo, fiscal y administrativo que propicie la actividad empresarial y mejorar la posición de los empresarios” (Ministerio de industria, comercio y turismo, 2000, pp. 8-9).

En ejecución de los principios que se recogieron en la Carta se aprobó un Programa plurianual en favor de la empresa y el espíritu empresarial, en particular las pequeñas y medianas empresas (PYME) (2001-2005), adoptado por Decisión del Consejo de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2000 (DOCE 29/12/2000).

El Programa se concretó en una serie de proyectos basados en el “procedimiento *Best*”, que consiste en realizar evaluaciones comparativas, acciones concertadas, revisiones paritarias, seminarios, conferencias e intercambio de mejores prácticas entre los Estados Miembros<sup>2</sup>. Dos **proyectos Best** destacan especialmente.

---

<sup>2</sup> Tras la Carta Europea de la Pequeña Empresa quedó evidenciado que la evaluación comparativa era un elemento fundamental del nuevo método abierto de coordinación entre Estados Miembros. Así, en su Comunicación de 26 de abril de 2000 sobre los retos de la política de empresa en la economía del conocimiento, la Comisión establece que la elaboración de políticas futuras se efectuará con arreglo al nuevo “Procedimiento *BEST*” (Comisión Europea, 2000).

El primero es el Proyecto sobre reestructuración, quiebra y nuevo comienzo (2002-2003). El Proyecto concluye con el denominado “Informe *Best*”, que recoge una serie de recomendaciones agrupadas en cuatro ámbitos: alerta temprana, sistema legal y supervivencia de la empresa, nuevo comienzo y estigma asociado al fracaso empresarial. En lo que a alerta temprana se refiere, subrayamos la importancia que concede al asesoramiento externo, que permite al deudor comprender las diferentes opciones con las que cuenta y actuar tempestivamente.

El segundo es el Proyecto sobre el estigma asociado a la quiebra y preparación de materiales de alerta temprana (2002-2003), que hace referencia a la posible puesta en funcionamiento de una herramienta informática anónima que permita un chequeo de la salud empresarial.

Estos proyectos sirvieron de base para la **Small Business Act**, que establece el marco general para la política de la UE en materia de PYME, y para una serie de recomendaciones adoptadas por la Comisión en materia concursal. Entre estas últimas, debemos referirnos a la **Recomendación de la Comisión el 12 diciembre de 2012** sobre un nuevo enfoque europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial (2012/472/UE).

La Recomendación se basa en un estudio empírico de la dinámica empresarial (“*Business dynamics: start-ups, business transfers and bankruptcy*”) en el que se concluye que la eficiencia de los procedimientos concursales no viene determinada por el sistema jurídico adoptado o por su enfoque, sino por disposiciones específicas como la solución extrajudicial de los litigios, los procedimientos acelerados para las PYME y un sistema de alerta temprana de la insolvencia. De manera significativa, subraya el Estudio que los países con sistemas concursales más eficientes coinciden con aquellos que cuentan con herramientas de alerta temprana más eficientes (Comisión Europea, 2011).

A esta Recomendación le sigue la **Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014**, también sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial (2014/135/UE), que hace especial énfasis en el marco de reestructuración preventiva. La Recomendación no era obligatoria en su cumplimiento<sup>3</sup> y su obligatoriedad indirecta no

---

<sup>3</sup> Establece el art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la UE (en adelante, TFUE) que “las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes”.

fue suficiente para que los Estados Miembros adaptasen su normativa a los criterios que en ella se recogían. Por ello, probablemente, la Comisión Europea decidió abordar la construcción de un Derecho Europeo de Reestructuración temprana sobre la base de una directiva.

La Directiva sobre Reestructuraciones, que entró finalmente en vigor el pasado 16 de julio de 2019, persigue así armonizar el régimen material o sustantivo de reestructuración temprana en la UE. Tal y como señalan ciertos autores, la Directiva puede “tener el efecto de constituir un elemento competitivo de primer orden”, haciendo atractiva la inversión a través de la armonización, aunque sea mínima, de un Derecho Europeo de Reestructuraciones preventivas que permita sobrevivir a compañías viables, al margen de los tradicionales procedimientos concursales (Pulgar, 2019, p. 6). Es por ello que la Directiva ha sido calificada como “una de las más importantes aprobadas en Europa en los últimos años” (Pulgar, 2020, p.17).

La Directiva sobre Reestructuración se suma al Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia, que abordó la cuestión de la armonización desde una perspectiva procesal. El Reglamento recoge un sistema de normas de conflicto destinadas a regular la competencia judicial y las remisiones a la ley material que debe aplicarse en materia de insolvencias, su reconocimiento y ejecución. El Reglamento refleja en su última versión una importante apuesta por la preconcursalidad a través de los llamados “*hybrid proceedings*”, apuesta fuertemente influida por la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 a la que antes nos referimos (Pulgar, 2020).

## 2. HERRAMIENTAS DE ALERTA TEMPRANA EN LA DIRECTIVA SOBRE REESTRUCTURACIÓN

Si bien es cierto que los mecanismos o herramientas de alerta temprana constituyen una de las novedades más relevantes introducidas en la Directiva sobre Reestructuración, la misma no recoge una definición propiamente dicha. Con carácter general, los mecanismos, herramientas o sistemas de alerta temprana pueden definirse como un “conjunto de reglas a través de las cuales es posible detectar dificultades financieras con

anterioridad a que estas sean irreversibles, conduciendo a una situación de insolvencia” (Lado, 2020, p. 1).

Estas herramientas o indicadores han sido comúnmente utilizados en el ámbito de las entidades sujetas a supervisión regulatoria, tales como empresas aseguradoras o en el ámbito financiero. La Comisión, consciente de la efectividad de tales medidas en estos ámbitos, pretende extender su aplicación y obligar a los Estados miembros a su implantación, sobre todo respecto a las pequeñas y medianas empresas (en adelante, PYMES).

En este epígrafe explicaremos, en primer lugar, la caracterización general de las herramientas de alerta temprana, a las que la Directiva sobre Reestructuración se refiere en los considerandos 17 y 22 y en el art. 3. En segundo lugar, explicaremos cual debe ser el papel de los administradores sociales en la implementación y uso de estas herramientas, cuestión a la que la Directiva se refiere en el art. 19 y en los considerando 70 y 71.

### **2.1. Caracterización general de las herramientas de alerta temprana**

Tal y como adelantamos *supra*, en el **considerando 22**, la Directiva hace referencia a la importancia de contar con herramientas de alerta temprana que permitan detectar las dificultades financieras para evitar la insolvencia. Establece también que estas herramientas “podrían ser desarrolladas por los Estados miembros o por entidades privadas”.

En el **considerando 17**, la Directiva subraya la importancia de ofrecer estas herramientas a las PYMES, que “tienen más probabilidades de ser objeto de liquidación que de reestructuración puesto que tienen que soportar unos costes desproporcionadamente superiores a los de las empresas de mayor tamaño” y disponen de recursos más limitados para la contratación de expertos.

En el **art. 3**, se establece la obligación de los Estados de velar por que el deudor tenga acceso a herramientas de alerta temprana y de garantizar que tanto los deudores como los representantes de los trabajadores y el público en general puedan disponer de información sobre las mismas. Además, en dicho artículo la Directiva señala que las herramientas de alerta temprana, podrán incluir:

- a) “mecanismos de alerta en caso de que el deudor no haya efectuado determinados tipos de pagos;
- b) servicios de asesoramiento prestados por organismos públicos o privados;
- c) incentivos, con arreglo a la normativa nacional, para que los terceros que dispongan de información pertinente sobre el deudor, como contables, administraciones tributarias y de seguridad social, adviertan al deudor sobre cualquier evolución negativa”.

Aunque la directiva contiene una enumeración a título meramente ejemplificativo, en el presente trabajo partiremos de esta enumeración (a la que añadimos las herramientas de autodiagnóstico) para estudiar las principales alternativas para la configuración práctica de los sistemas de alerta temprana. Así, los sistemas propuestos, que no son excluyentes entre sí, podrían agruparse en tres: herramientas de autodiagnóstico a disposición de las empresas, advertencias a través de terceros y servicios de asesoramiento. A continuación, explicaremos de manera general en qué consisten estas alternativas.

#### *2.1.1. Herramientas de autodiagnóstico*

La primera de las posibilidades que se plantean implica diseñar un mecanismo de alerta temprana que permita que sean los propios empresarios los que evalúen y analicen su situación. Esta herramienta podría ser especialmente útil para las PYMES, que frecuentemente carecen de las herramientas de análisis necesarias para evaluar su propia actuación y su situación financiera.

Algunos autores sugieren que la herramienta de autodiagnóstico pueda consistir en una simple aplicación de software en un sitio público. De este modo, “los empresarios únicamente tendrían que introducir los datos básicos sobre su empresa exigidos por el programa y la aplicación devolvería un diagnóstico preliminar” (Lado, 2020).

#### *2.1.2. Advertencias a través de terceros*

No siendo pocos los casos en los que terceros tienen mejor conocimiento de la situación financiera de la empresa que el propio empresario, los mecanismos de alerta temprana también pueden consistir en obligaciones de advertencia impuestas a terceros.



En este sentido, debemos referirnos al artículo 5.1.e de la Ley 22/2015, de 25 de julio, de auditoría de cuentas (en adelante, LAC), que establece que, en caso de incertidumbres significativas en relación a los hechos que pudieran hacer surgir dudas significativas sobre la capacidad de la entidad auditada para seguir en funcionamiento, el auditor deberá dejar constancia de ello en el informe de auditoría.

La obligación de advertir también podría imponerse a los acreedores públicos pues, cuando la empresa está en dificultades, suelen producirse incumplimientos de obligaciones tributarias y de Seguridad Social con anterioridad incluso a que se produzcan otros incumplimientos frente a acreedores.

### *2.1.3. Servicios de asesoramiento*

Finalmente, para que las herramientas de autodiagnóstico sean útiles y las empresas puedan responder de forma adecuada a las advertencias de terceros, es conveniente que puedan obtener apoyo y asesoramiento por parte de una entidad pública o privada (Lado, 2020). Tal y como veremos más adelante, este sistema más informal contrasta con los sistemas de autodiagnóstico y advertencia por terceros, más burocratizados. Autores como Pulgar Ezquerro consideran que este tipo de herramientas de alerta temprana podrían ser las más eficaces a la hora de prevenir la insolvencia (Pulgar, 2020).

Habiendo explicado las diferentes alternativas para la configuración práctica de los sistemas de alerta temprana, pasamos ahora a analizar el papel de los administradores sociales en su implementación.

## **2.2. El papel de los administradores sociales en la implementación efectiva de las herramientas de alerta temprana**

La Directiva sobre Reestructuración considera como uno de elementos fundamentales para la consecución de sus objetivos el régimen de responsabilidad de los administradores de la sociedad deudora próxima a la insolvencia (Marín de la Bárcena, 2019).

Así, bajo la significativa rúbrica “Obligaciones de los administradores sociales en caso de insolvencia inminente”, recoge en su **art. 19** lo siguiente.

“Los Estados miembros se cerciorarán de que, en caso de insolvencia inminente, los administradores sociales tomen debidamente en cuenta, como mínimo, lo siguiente:

- a) los intereses de los acreedores, tenedores de participaciones y otros interesados;
- b) la necesidad de tomar medidas para evitar la insolvencia, y
- c) la necesidad de evitar una conducta dolosa o gravemente negligente que ponga en peligro la viabilidad de la empresa”.

En relación con la letra b, la Directiva aporta en su **considerando 70** una serie de ejemplos de medidas eficaces para minimizar las pérdidas y evitar la insolvencia. Entre ellas destaca la utilización de herramientas de alerta temprana<sup>4</sup>.

En relación a al ámbito de aplicación subjetivo del art. 19, considera Bernes Cortés que “tales deberes deben hacerse extensivos a todos los que ejerzan el poder de decisión”, lo que aconseja extender su ámbito de aplicación a los administradores de hecho, a los altos directivos o a quien el consejo de administración haya atribuido la gestión diaria (Bernes, 2020, p. 54).

En lo que al ámbito objetivo se refiere, el art. 19 queda circunscrito a las situaciones de insolvencia inminente. De acuerdo con el art. 2.2 de la Directiva, el concepto de insolvencia inminente se entenderá según la definición de la normativa nacional. En este sentido, el art. 2.3 TRLC establece que “se encuentra en situación de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones”. Ante tal indeterminación, la doctrina establece un horizonte temporal para la previsión de aproximadamente dos años (Marín de la Bárcena, 2019).

La importancia de las obligaciones contenidas en el art. 19 no debe pasar desapercibida pues, en su **considerando 71**, la Directiva establece que los Estados miembros deben

---

<sup>4</sup> El resto de medidas a las que se refiere el considerando 70 de la Directiva sobre Reestructuración son las siguientes. “Buscar asesoramiento profesional, en particular en materia de reestructuración e insolvencia, por ejemplo utilizando las herramientas de alerta temprana cuando proceda; proteger el patrimonio de la sociedad a fin de incrementar al máximo su valor y evitar la pérdida de activos clave; examinar, a la luz de la estructura y las funciones de la empresa, su viabilidad y reducir gastos; evitar comprometer a la empresa en transacciones que puedan ser objeto de revocación, a menos que exista una justificación empresarial adecuada; seguir comerciando cuando sea adecuado hacerlo con el fin de maximizar el valor de la empresa en funcionamiento; mantener negociaciones con los acreedores e iniciar procedimientos de reestructuración preventiva”.

garantizar que las autoridades judiciales o administrativas tendrán en cuenta dichas obligaciones al evaluar si debe considerarse a un administrador social responsable de incumplimientos del deber de diligencia.

En síntesis y en palabras de Bernes Cortés, la legislación comunitaria exige que “los Estados miembros se aseguren de que los administradores cumplan sus deberes de tomar medidas dirigidas a evitar la insolvencia (reconocimiento temprano de la crisis, previsión de situaciones de sobreendeudamiento o falta de liquidez, etcétera), tomen en consideración todos los intereses concurrentes y procuren la conservación de la empresa viable” (Bernes, 2020, p. 55).

La forma en la que todas estas exigencias se materializan en sistemas de alerta temprana e incentivos concretos se estudiará en los próximos capítulos. Antes de comenzar con este análisis, veremos cual es el fundamento teórico de los sistemas de alerta temprana mencionados.

### **CAPÍTULO III: EL FUNDAMENTO TEÓRICO DE LAS HERRAMIENTAS DE ALERTA TEMPRANA**

Las herramientas de autodiagnóstico, la advertencia a través de terceros y los servicios de asesoramiento; sistemas en los que se materialicen las exigencias de alerta temprana, se construyen sobre la base de distintas concepciones sobre qué indicadores o parámetros son decisivos para analizar la situación económica de la empresa.

Los indicadores pueden basarse en un enfoque contable y de auditoría, que tiene como premisa básica la aplicación del principio de empresa en funcionamiento; o pueden consistir en parámetros específicos de situaciones críticas (Lado, 2020).

#### **1. PRINCIPIO DE EMPRESA EN FUNCIONAMIENTO**

El principio de empresa en funcionamiento asume que durante el siguiente período fiscal la empresa llevará a término su planificación actual, utilizando sus propios activos y continuará cumpliendo con sus obligaciones corrientes.

A este respecto, señala Lado Castro- Rial que “las pérdidas recurrentes que den lugar a una situación financiera grave constituyen una de las típicas circunstancias que han de

considerarse como un riesgo para la continuidad de la empresa, si bien existen otros muchos factores disruptivos en el negocio que están incluidos dentro de este concepto (riesgos legales, regulatorios, medioambientales, ...)” (Lado, 2020, p. 5).

La ventaja de basar los sistemas de alerta en este principio es que se estará utilizando un concepto ya establecido en el ámbito contable y de auditoría. En contraposición, presenta una serie de desventajas, entre las que destaca el hecho de que el principio resulte inconcreto en cuanto a su aplicación práctica; pues no proporciona indicaciones específicas en relación a la naturaleza o la gravedad de los problemas que afectan a la empresa y que puedan considerarse salvedades a este principio.

## 2. PARÁMETROS ESPECÍFICOS DE SITUACIONES CRÍTICAS

Frente al principio de empresa en funcionamiento, encontramos la posibilidad de analizar la situación económica de las empresas en base a parámetros específicos de situaciones críticas. Desde un punto de vista empírico, se ha demostrado que existen un conjunto de ratios financieros que se deterioran en el período previo a la insolvencia. La investigación sobre las causas de insolvencia empresarial comenzó en Estados Unidos a finales de los años 60 con los trabajos de W. Beaver (1966) y E. Altman (1968). A estos autores siguieron otros como Fulmer (1984), G. Springate (1978) y J. Ohlson (1980).

El modelo desarrollado por Beaver se basaba en el **análisis univariante**, que implica considerar cada ratio como independiente de los demás. El autor llega a la conclusión de que los ratios de endeudamiento y de flujo de caja sobre el pasivo son susceptibles de determinar la probabilidad de insolvencia de una sociedad. Por ejemplo, una empresa que presente un ratio de Deudas/Activo superior al 0,65 tiene una alta probabilidad de suspender pagos dentro de aproximadamente dos años (Beaver, 1966).

A pesar de su utilidad como punto de partida, el análisis univariante o unidimensional ha sido criticado por la dificultad de efectuar un diagnóstico homogéneo para una empresa cuando varios ratios indican resultados diferentes, y por el hecho de que no tenga en cuenta las relaciones de dependencia entre las distintas ratios (Amat, 2008).

Para atajar este problema, Altman desarrolló un modelo basado en un **análisis multivariante**, evalúa de forma global la situación de la empresa mediante la utilización simultánea de varios ratios. El objetivo es crear un indicador sintético que permita

diferenciar las empresas sanas de las empresas en peligro (Amat, 2008). El indicador sintético diseñado por Altman es el conocido como índice Z; de ahí que su modelo se denomine “Modelo Z-score”.

El índice Z se define a partir de una serie de ratios concretos<sup>5</sup> y, según el valor que adopte, permite predecir la probabilidad que tiene una empresa de ser declarada en concurso [Gráfico 1].

**Gráfico 1. Modelo Z-score**

$Z = 1,2 \frac{\text{Fondo Maniobra}}{\text{Activo total}} + 1,4 \frac{\text{Reservas}}{\text{Activo total}} + 3,3 \frac{\text{EBIT}}{\text{Activo total}} + 0,6 \frac{\text{Fondos propios}}{\text{Pasivo total}} + 0,99 \frac{\text{Ventas}}{\text{Activo total}}$	
$Z > 3$	No hay peligro de concurso
$1,8 < Z < 3$	Situación dudosa: precurso
$Z < 1,8$	Alta probabilidad de entrar en concurso

Fuente: Elaboración propia a partir de “Análisis de estados financieros: fundamentos y aplicaciones” de Amat (2008)

Uno de sus principales inconvenientes del Modelo Z-score es la falta de estabilidad en el tiempo de las concretas variables predictivas (Joy y Tollefson, 1975). Para resolver el problema, los modelos han de “recalibrarse” con cierta frecuencia<sup>6</sup> e, idealmente, incorporar variables que recojan el contexto macroeconómico, lo que inevitablemente aumenta la complejidad del modelo (Rose et al, 1982; Liu, 2004; Bottazzi et al., 2011).

En este sentido, el estudio realizado por Rodríguez, Piñeiro y de Llano muestra que la tasa de error de los modelos de predicción de la insolvencia más fiables y frecuentes en la literatura parecen converger en un nivel en torno al 90%. Este resultado podría llegar

<sup>5</sup> Además de los ratios que recoge el modelo de Altman, algunos de los indicadores más frecuentemente utilizados son el *interest coverage ratio*, que relaciona los beneficios (antes de intereses e impuestos) con los pagos de intereses que la empresa ha de realizar; y el denominado *debt/earnings ratio*, que relaciona la deuda de la empresa con los beneficios antes de intereses e impuestos e indica el tiempo que le llevará a la empresa pagar sus deudas al completo. Otros indicadores más simples pero igualmente útiles de las dificultades financieras son el impago de deudas a entidades de crédito y proveedores comerciales y la falta de cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social (Lado, 2020).

<sup>6</sup> Detrás de esta necesidad de recalibrar o revisar el modelo se encuentra el hecho de que el riesgo financiero y el fracaso empresarial no dependan exclusivamente de características individuales de la empresa, sino de factores sistemáticos como la coyuntura económica o la situación de los mercados que, aunque se asumen estables, cambian con lentitud (Tsai, 2009).

a mejorarse si se incluyen variables adicionales de carácter cualitativo. Los informes y opiniones proporcionados por los auditores son, de acuerdo con el estudio, candidatas idóneas para entrar a formar parte de modelos de pronóstico del fracaso empresarial (Rodríguez, Piñeiro y de Llano, 2015; confirmado por Parnes, 2010 y Piñeiro, de Llano y Rodríguez, 2012 y 2013).

Concluimos este apartado advirtiendo que el acierto del análisis en base a parámetros específicos de situaciones críticas no solo depende de la fiabilidad de la herramienta, sino que también depende de la cantidad y calidad de los datos introducidos (Lado, 2020). Explicaremos este punto en profundidad en el apartado 1.1.2. del Capítulo V.

## **CAPÍTULO IV: LAS HERRAMIENTAS DE ALERTA TEMPRANA EN LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA**

Explicadas las distintas alternativas para la configuración práctica de las herramientas de alerta temprana analizaremos a continuación los sistemas adoptados por algunos de los Estados Miembros de la UE (Italia, Francia y Dinamarca). Estos sistemas pueden servir de inspiración para la transposición de la Directiva sobre Reestructuración al ordenamiento jurídico español.

### **1. ITALIA**

El 14 de enero de 2019 se promulgó en Italia el nuevo *Codice della crisi d'impresa e della insolvenza* (en adelante, CCI), que entrará en vigor este septiembre<sup>7</sup>. El CCI deroga la ley concursal italiana (*Legge fallimentare*) de 1942 y supone pasar de una ley con carácter predominantemente liquidatorio a otra más innovadora que promueve la continuidad empresarial. Así, podemos afirmar que Italia se ha adelantado a la promulgación de la Directiva sobre Reestructuración y se ha puesto a la cabeza de la regulación expresa de los marcos de alertas temprana (Lloret, Caicoya y Lorente, 2020).

---

<sup>7</sup> Aunque la entrada en vigor del CCI estaba prevista para agosto de 2020, el COVID-19 ha obligado a aplazar su entrada en vigor hasta el 1 de septiembre de 2021. Argumenta el legislador italiano que aplicar las medidas de alerta temprana, cuya función es poner en evidencia la insolvencia de la empresa, presupone un marco económico estable .

El sistema italiano de alerta temprana se basa en una serie de indicadores internos de carácter financiero para establecer presunciones razonables del estado de crisis, entendida como “el estado de desequilibrio económico-financiero que hace probable la insolvencia del deudor, y que para las empresas se manifiesta como la inadecuación de los flujos de caja prospectivos para cumplir con regularidad las obligaciones previstas” (Cerved, 2020).

El valor de los indicadores lo fija el Consejo nacional de auditores y expertos contables cada tres años. Los índices se aplican de manera secuencial, existiendo una suerte de jerarquía entre ellos. Así, en primer lugar, se analizará el patrimonio neto de la empresa. Si el patrimonio neto es negativo o inferior al límite legal, entra en juego la presunción razonable de estado de crisis. De lo contrario, acudimos al segundo índice, el DSCR (*Debt-Service Coverage Ratio*)<sup>8</sup>.

El índice DSCR evalúa la capacidad de la empresa para hacer frente al pago de su deuda en un periodo determinado. Pone en relación los ingresos antes de intereses e impuestos (EBIT, por sus siglas en inglés) con los intereses y principal de la deuda de una empresa que ha de pagarse en el período (en Italia, se calcula sobre un plazo de seis meses)<sup>9</sup>.

Si el DSCR es superior a uno, se entiende que la empresa podrá hacer frente a sus obligaciones y se considerará que se encuentra fuera de peligro. Si el DSCR es inferior a uno, se activa la presunción de estado de crisis. Si no existe información suficiente para calcular el DSCR o esta se considerase poco fiable, se consultarán otros cinco índices sectoriales<sup>10</sup>. Si en todos ellos se sobrepasa el umbral fijado, se considerará que existe una presunción razonable de estado de crisis. De lo contrario, la empresa estará fuera de peligro [Gráfico 2].

---

<sup>8</sup> A diferencia del *interest coverage ratio*, el DSCR evalúa la capacidad de una empresa para hacer frente tanto a los pagos de intereses como a los pagos de principal, por lo que ofrece una imagen más clara de la situación financiera de la empresa.

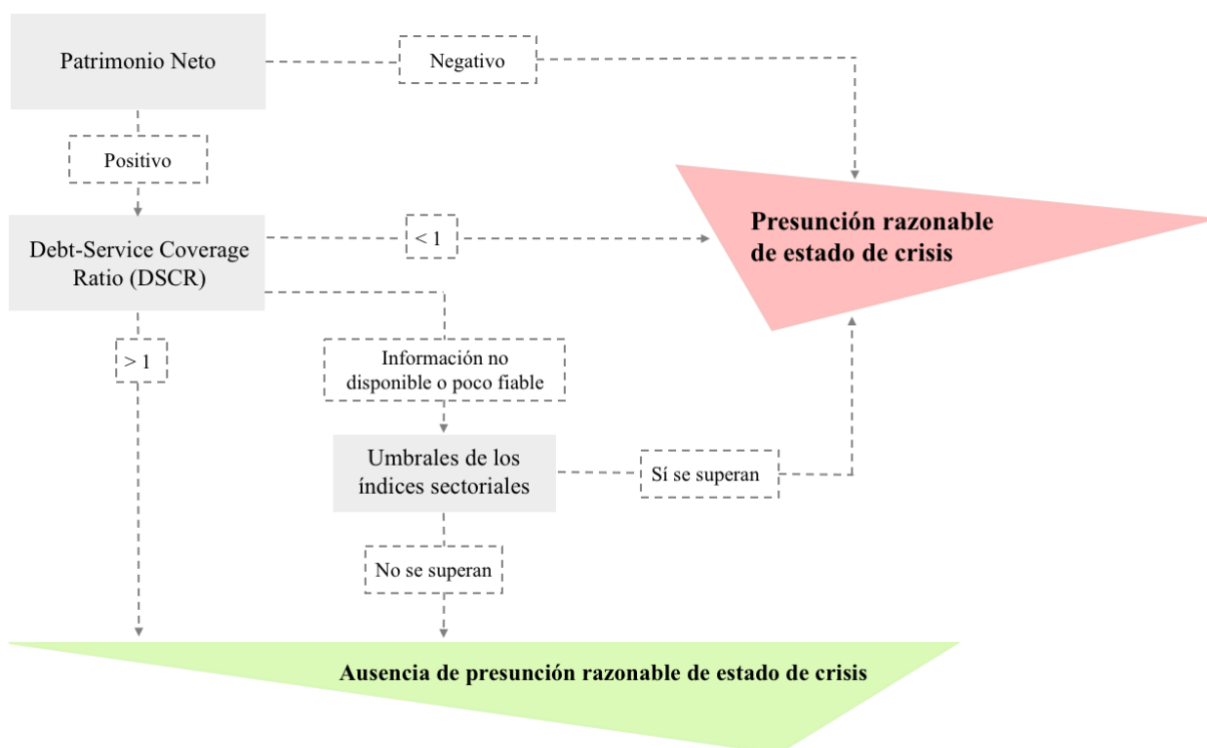
<sup>9</sup> La fórmula del DSCR es la siguiente:

$$\frac{EBIT}{\text{Servicio total de la deuda}}$$

<sup>10</sup> Los índices a considerar son los siguientes:

$$\frac{\text{Gastos financieros}}{\text{Ingresos financieros}}; \frac{\text{Patrimonio Neto}}{\text{Pasivo total}}; \frac{\text{Activo a corto plazo}}{\text{Pasivo a corto plazo}}; \frac{\text{Efectivo}}{\text{Activo total}}; \frac{\text{Deuda con la Seguridad Social y Hacenda}}{\text{Activo total}}$$

**Gráfico 2.** Aplicación secuencial de los índices financieros en el sistema de alerta temprana italiano



Fuente: traducido de Cerved (2020)

La aplicación de los índices corresponde a los órganos de control corporativo y/o los auditores, lo que lleva a catalogar el sistema italiano como un sistema de autodiagnóstico y advertencia por terceros (cuya alarma no sólo se fundamentará en el principio de empresa en funcionamiento, sino en el valor objetivo de los índices). En relación a este último punto, debemos señalar que el Derecho italiano también prevé la obligación de determinados acreedores públicos como la Agencia Tributaria o la Autoridad de la Seguridad Social de advertir a la empresa si su deuda con la administración alcanza un determinado umbral.

El sistema de alerta temprana de la insolvencia italiano se completa con un mecanismo de intervención, que permite involucrar a diferentes agentes para asegurar que, una vez que las dificultades han sido detectadas, las mismas sean solventadas sin que sea necesario acudir a la apertura de un procedimiento formal de insolvencia (Lado, 2020).

Así, los auditores tienen la obligación de informar al órgano de administración de la crisis inminente para que éste adopte las medidas oportunas, lo que favorece la reestructuración temprana de empresas viables (Lloret et al., 2020). Si no existe actuación o respuesta



alguna por parte de los administradores, los órganos de control han de informar a un organismo público e imparcial denominado OCRI (*Organismo di Composizione della Crisi d'Impresa*)<sup>11</sup>. Los acreedores públicos informarán igualmente al OCRI si el nivel de endeudamiento no se reduce por debajo de los niveles admisibles (Lado, 2020).

Aunque los mecanismos de intervención escapen al objeto del presente trabajo, consideramos interesante mencionar que, encontrándose la empresa en una situación de crisis conforme a los indicadores definidos, el OCRI tienen la potestad para instar al deudor a adoptar determinadas medidas en el seno de un procedimiento extrajudicial, confidencial y rápido. Además, también desempeña un papel relevante a los efectos de facilitar un acuerdo de reestructuración de la deuda con los acreedores (Lado, 2020).

## 2. FRANCIA

Desde 1984, el sistema concursal francés ha tenido como objetivo principal salvar a la empresa en crisis y, en consecuencia, mantener la actividad y los puestos de trabajo<sup>12</sup>. La satisfacción de los intereses de los acreedores mediante el pago de los créditos aparece como objetivo subordinado al primero.

Asimismo, existe en Francia una opinión prácticamente unánime sobre que el procedimiento más eficaz para salvar a la empresa pasa por anticipar el tratamiento de sus dificultades, dicho de otra forma, por la prevención en el sentido más amplio (Pérochon, 2011). De hecho, de acuerdo con Fernández del Pozo, una de las piezas fundamentales del sistema concursal francés es el diagnóstico precoz de la insolvencia (Fernández del Pozo, 2001).

En Francia, las normas en materia de alerta temprana (*procédures d'alerte*) se encuentran contenidas en el art. L234-1 del *Code du Commerce*. El sistema se basa fundamentalmente en la advertencia por terceros, los auditores (los *commissaires aux*

---

<sup>11</sup> El OCRI es un organismo creado *ex novo* con sede en la Cámara de Comercio. Está compuesto empresarios, abogados y asesores/consultores inscritos en un listado con una formación profesional específica para la solución de crisis.

<sup>12</sup> La Ley 84-198 de 1 de marzo de 1984, que introdujo por primera vez un procedimiento informal de *règlement amiable*, y la Ley 85-98 de 25 de enero de 1985, que introdujo los procedimientos formales de reestructuración colectiva (el *redressement* y la *liquidation judiciaire*); supusieron un cambio importante desde un régimen de quiebra de carácter sustancialmente punitivo hacia un marco normativo fuertemente basado en la prevención de la insolvencia y el rescate empresarial.

*comptes*)<sup>13</sup> y en la obligación de publicidad de los créditos públicos (Balp, 2019). Por otra parte, al igual que el sistema italiano, el sistema francés completa el sistema de alerta con un mecanismo de intervención.

En el sistema de alerta temprana francés, los auditores juegan un papel esencial, pues a ellos corresponde advertir las circunstancias que puedan poner en peligro la continuidad de la empresa y, en su caso, informar de las mismas al consejo de administración de la sociedad.

La advertencia de los auditores excede el ámbito puramente interno, pues también tienen la obligación de informar de la concurrencia de dichas circunstancias al Presidente del Tribunal de Comercio y al comité de empresa (Balp, 2019)<sup>14</sup>, a quienes también se informará de la respuesta a del órgano de administración.

En caso de no recibirse respuesta o de que la misma no fuese suficiente para garantizar la continuidad de la empresa, deberá convocarse la junta general de accionistas para que adopten una decisión basada en un informe especial que han de preparar los auditores. Si las decisiones adoptadas por la junta general de accionistas no son adecuadas para asegurar la continuidad de la empresa, los auditores informarán nuevamente al Tribunal (Balp, 2019).

Resulta particularmente relevante la medida prevista en el artículo L611-2 del *Code du Commerce*, en el que se reconoce la facultad del Tribunal de Comercio para señalar una vista con el fin de adoptar las medidas oportunas para resolver la situación de insolvencia inminente. Tras la vista, o si el deudor no hubiera acudido, el Tribunal puede iniciar una investigación, que incluye requerimientos a los *commissaires aux comptes*, trabajadores, bancos y autoridades públicas, para recopilar información que pueda ser útil para conocer la verdadera situación financiera de la empresa. En último extremo, el Tribunal puede iniciar un procedimiento *ex officio* (Balp, 2019).

---

<sup>13</sup> Aunque la alerta de los *commissaires aux comptes* es la herramienta central en el sistema francés, existen otras disposiciones que prevén la intervención de otros sujetos para alertar de la insolvencia. A este respecto, puede citarse la posibilidad de que una minoría de accionistas o el comité de empresa soliciten al órgano de administración información sobre circunstancias que puedan poner en peligro la continuidad de la empresa (art- L225-231 y 232 Code du Commerce y art. L2323-78 Code du Travail, respectivamente).

<sup>14</sup> Los Tribunales de Comercio son Tribunales integrados por empresarios, no por jueces dependientes de los Ministerios de Justicia.

La investigación por parte del Tribunal se ve facilitada por la imposición de deberes de información a las autoridades fiscales, sociales y aduaneras, que deben comunicar las obligaciones que han quedado impagadas (Balp, 2019).

En este sentido, debemos tener en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre en España, en Francia es obligatorio inscribir en el Registro de Comercio las deudas tributarias y de la Seguridad Social impagadas que excedan de cierta cantidad. El incumplimiento de dicha obligación se sanciona con la subordinación y pérdida del carácter privilegiado de sus respectivos créditos en caso de apertura de un procedimiento de insolvencia posterior. A este respecto, Saint-Alary-Houin subraya que la publicidad de este tipo de impagos, que anticipan una crisis empresarial, desempeña un papel valioso en el marco del Derecho preventivo francés (Saint-Alary-Houin, 2020).

### 3. DINAMARCA

El núcleo del sistema danés de alerta temprana lo conforma el proyecto “*Early Warning Denmark*” (en adelante, EWD), un sistema público-privado que proporciona asistencia confidencial, imparcial y gratuita a las empresas con dificultades financieras (Lado, 2020). Se trata de un servicio de asesoramiento no formal, sin legislación especializada y que no implica burocracia para las sociedades, que normalmente reciben ayuda en menos de 24 horas desde que se ha producido el primer contacto (Møller, 2020).

El proyecto está formado por una red de expertos, autoridades públicas, cámaras de comercio y asociaciones de atención primaria que diagnostican la situación del emprendedor, determinan su gravedad y, si no se puede resolver con medidas poco gravosas, dirigen al empresario a los especialistas o “mentores” en la materia que proceda<sup>15</sup> (Lloret et al., 2020).

Los mentores son empresarios y profesionales experimentados con un profundo conocimiento de la gestión del cambio estratégico (*turnaround management*), así como de otras áreas empresariales más específicas, que acompañan al emprendedor y les ofrecen su ayuda pro bono. Siguen el proceso de cerca hasta que la sociedad se encuentra

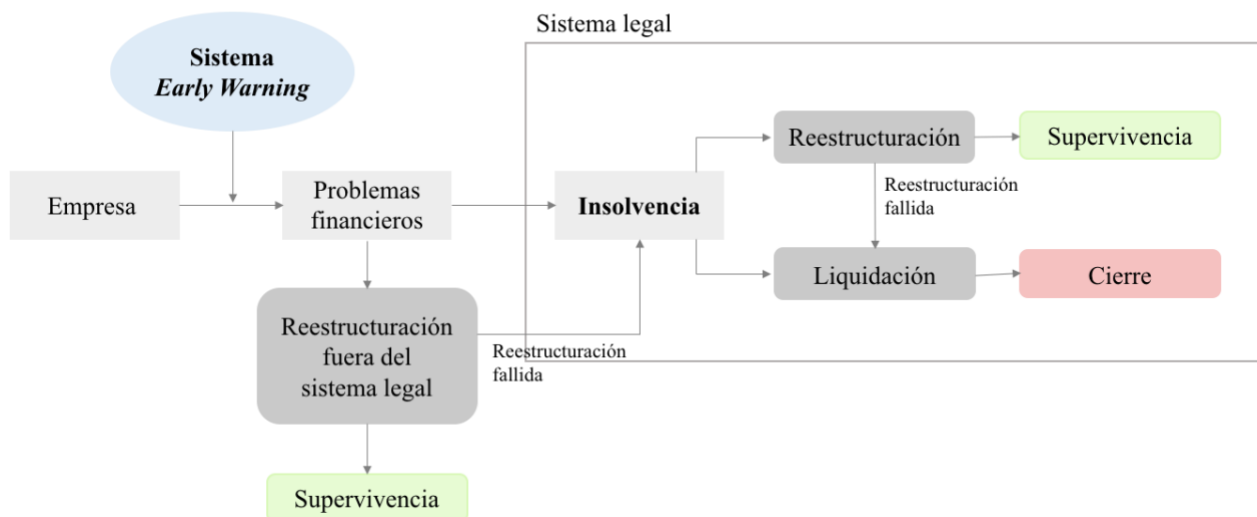
---

<sup>15</sup> Concretamente, forman parte del proyecto EWD por más de 100 voluntarios, que son empresarios y especialistas; 15 abogados expertos en materia de insolvencia; y 15 consultores en alerta temprana, con experiencia dilatada en identificación de oportunidades de negocio (Early Warning Europe, 2021).

en el camino de la recuperación o haya sido asistida en el cierre, teniendo cuenta el posible deseo del empresario de una segunda oportunidad.

En palabras de Møller, “se trata de un escenario en el que todos ganan (*win-win*): los empresarios salen antes y de manera más limpia del procedimiento concursal, sus opciones de una segunda oportunidad mejoran, se conservan los puestos de trabajo viables, las pérdidas de los acreedores se minimizan y los tribunales ahorran tiempo al tratarse de procedimientos más estructurados”. De hecho, las estadísticas demuestran que las pérdidas que sufren las autoridades tributarias disminuyen en un 20% en el caso de sociedades liquidadas con la ayuda de EWD (Møller, 2020).

**Gráfico 3.** Encaje del proyecto *Early Warning Denmark* en el sistema concursal danés



Fuente: traducido de Early Warning Europe (2021)

Asimismo, la *Danish Business Authority* ha desarrollado un modelo de software que analiza numerosas fuentes de información (datos geográficos, sectoriales, financieros, cuentas anuales presentadas digitalmente por las empresas,...) y permite identificar aquellas empresas que puedan entrar en una situación crítica a uno, tres y cinco años vista. Una vez detectadas las empresas en riesgo de insolvencia, el Gobierno se pone en contacto con los empresarios, que a menudo no son conscientes de la magnitud del problema, y les ofrecen el beneficiarse del programa EWD. Su oferta se resume en una sencilla frase “cuanto antes mejor y yo estoy a tu lado” (Lloret et al., 2020, p. 5).

El software de identificación de empresas en riesgo de insolvencia es el complemento perfecto para el asesoramiento que se presta dentro del proyecto de *Early Warning*, pues permite a la organización anticiparse a la situación de crisis y ponerse en contacto con el empresario sin esperar a que sea éste el que busque ayuda, lo que suele hacer tarde, cuando la situación de crisis es evidente y difícilmente reversible.

Desde que su puesta en marcha en 2007 hasta 2019, el proyecto EWD ha proporcionado asesoramiento a 6.000 empresas en dificultades. Los resultados son verdaderamente alentadores, pues indican que alrededor del 50% de las empresas que reciben ayuda se recuperan con éxito y otro 25% puede salvarse mediante una reestructuración preventiva o reducción de tamaño (Comisión Europea, 2019).

Inspirada por el éxito del programa y con el objetivo de que los Estados Miembro de la UE pudiesen beneficiarse de la experiencia danesa, la Comisión Europea creó en 2016 el proyecto *Early Warning Europe*<sup>16</sup>. El nuevo proyecto se implementó a través del programa COSME, el programa de la UE para la Competitividad de las Empresas y las PYME, y lo dirige el *Business Development Centre of Central Denmark*. Por el momento, el proyecto *Early Warning Europe* está operativo en Dinamarca, Bélgica, Alemania, Italia, Polonia, Grecia y España (Møller, 2020). En el próximo punto veremos como, en España, el proyecto *Early Warning Europe* se ha materializado en el programa SOS EMPRESA de la Comunidad de Madrid.

Tal y como hemos podido comprobar en este capítulo, Italia, Francia y Dinamarca son interesantes ejemplos de cómo, partiendo de los modelos teóricos y de las distintas alternativas prácticas, pueden configurarse e implementarse los sistemas de alerta temprana. Tomando estos ejemplos como base, pasamos a estudiar la posible implementación de los sistemas de alerta temprana en España.

---

<sup>16</sup> Además de en el proyecto EWD, el proyecto *Early Warning Europe* también se ha inspirado en la labor de otras asociaciones que prestan servicios de asesoramiento gratuito a empresarios en dificultades en Europa. Por ejemplo, se cita la asociación Team U (Alemania), Dyzo (Bélgica), 60.000 Rebonds (Francia) y MKB Doorstart (Países Bajos) (*Early Warning Europe*, 2021).

## **CAPÍTULO V: LA POSIBLE IMPLEMENTACIÓN DE LAS HERRAMIENTAS DE ALERTA TEMPRANA EN ESPAÑA**

Este capítulo se divide en dos partes. En la primera, analizaremos las diferentes alternativas para la implementación de los sistemas de alerta temprana en España (herramientas de autodiagnóstico, advertencias por terceros y servicios de asesoramiento). En la segunda, estudiaremos la importancia de establecer un sistema de incentivos dirigido a los administradores sociales que garantice el uso de las herramientas de alerta temprana.

### **1. ALTERNATIVAS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS HERRAMIENTAS DE ALERTA TEMPRANA EN ESPAÑA**

#### **1.1. Herramientas de autodiagnóstico**

Como explicamos en el punto 2.1.1. del Capítulo II, las herramientas de autodiagnóstico permiten que el empresario detecte la insolvencia inminente y tome consciencia del nivel de gravedad de la situación en la que se encuentra (Lloret et al., 2020). Entre los sistemas de autodiagnóstico a disposición del empresario, destaca el previsto en el Derecho italiano.

*A priori*, parece que en España podría implementarse un sistema de autodiagnóstico similar al italiano, máxime si se tienen en cuenta que España tiene ya cierto camino recorrido en lo que a la publicación de índices financieros se refiere.

De hecho, las herramientas de autodiagnóstico no son completamente ajenas a la realidad económica española. Como punto de partida, contamos con las Ratios publicadas por el Banco de España y el Cuestionario de autodiagnóstico de salud empresarial del Ministerio de industria, comercio y turismo. A futuro, el Consejo General de Economistas ha anunciado que creará un test de solvencia. Pasamos a analizar los tres recursos sobre las que podría construirse la herramienta de autodiagnóstico.

### *1.1.1. Recursos sobre los que podría construirse la herramienta de autodiagnóstico*

#### a. Ratios sectoriales publicadas por el Banco de España

El Banco de España, en colaboración con el Registro Mercantil y el Comité Europeo de Centrales de Balances, viene elaborando anualmente una serie de índices denominados Ratios Sectoriales de las sociedades no financieras (en adelante, RSE) que son de acceso público.

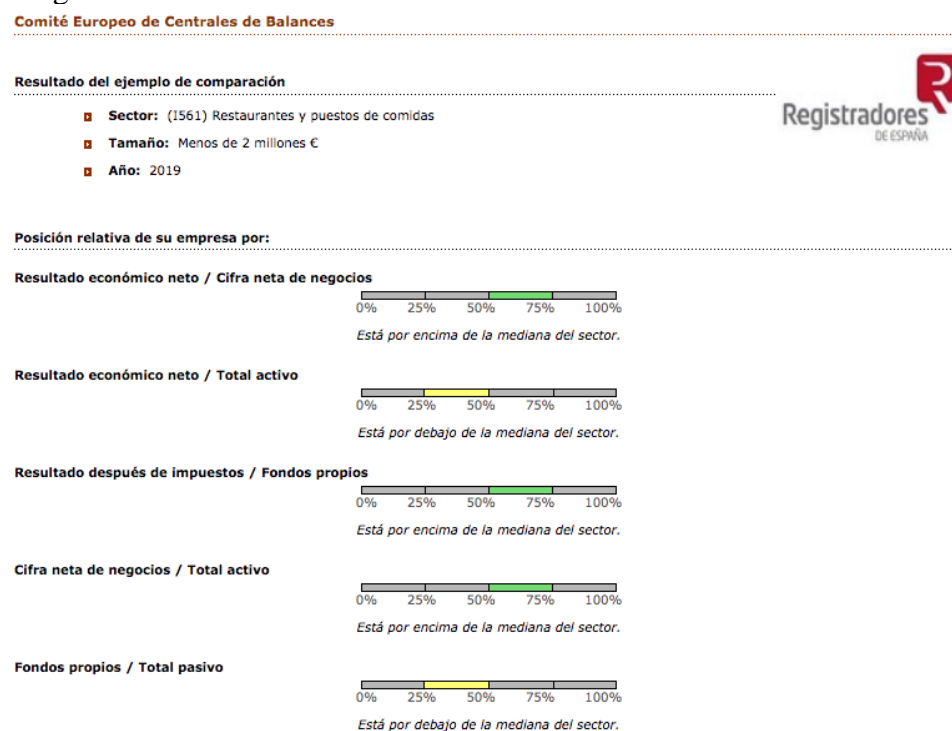
El portal web del Banco de España permite a los empresarios comparar la situación de su empresa respecto de otras similares (mismo sector de actividad, tamaño y año de referencia). Un ejemplo del diagnóstico más sencillo puede verse en el Gráfico 4. El análisis, que puede ser más o menos exhaustivo, podría fácilmente convertirse en una herramienta de alerta temprana adaptando los ratios a este nuevo uso (Pulgar, 2020 y 2019)

## Gráfico 4. Análisis de la posición relativa de la empresa en base a las Ratios sectoriales del Banco de España

En la primera imagen vemos como el empresario debe, en primer lugar, seleccionar el sector de actividad, el tamaño de la empresa (cifra neta de negocios) y el año de referencia. A continuación, se solicita al empresario que indique sus propias características en función de una serie de ratios financieros. Una vez que se han introducido los datos, el programa los evalúa y, como vemos en la segunda imagen, sitúa a la empresa dentro de alguno de los diferentes cuartiles; indicando así cual es su posición en relación con el sector.

Imagen 1.

Imagen 2.



Fuente: Banco de España (2021)



b. Cuestionario de autodiagnóstico de salud empresarial del Ministerio de industria, comercio y turismo

Además de las RSE del Banco de España, contamos con recursos como el Cuestionario de autodiagnóstico de salud empresarial del Ministerio de industria, comercio y turismo. Este cuestionario es una herramienta dirigida a PYMES y autónomos que tiene como finalidad ayudarles a realizar una evaluación de su negocio y prevenir posibles dificultades que puedan surgir (Ministerio de industria, comercio y turismo, 2021).

El Cuestionario consiste en un batería de preguntas que abordan cinco temas: planificación y control; relaciones comerciales (clientes y proveedores); recursos humanos, familia y vida personal; finanzas y gestión económica; y apoyo y asesoramiento legal<sup>17</sup>. Para responder a las preguntas se necesitan 15 minutos aproximadamente. Una vez respondidas, el programa evalúa la situación en la que se encuentran las cinco áreas de la empresa y ofrece una “recomendación individual”<sup>18</sup>. Aunque el objetivo del Cuestionario es prevenir las dificultades que puedan surgir desde un punto de vista general, consideramos que el mismo podría adaptarse a la prevención de la situación de insolvencia.

c. Test de solvencia del Consejo General de Economistas

Por último, debemos referirnos al reciente anuncio del Consejo General de Economistas sobre el próximo lanzamiento de una herramienta de alerta temprana. La propuesta consiste en un software con dos tipos de test (Noticias Jurídicas, 2021 y Diariolaley, 2021).

Por un lado, un Test de solvencia no certificado por profesional, una herramienta de autodiagnóstico que recoge información de la contabilidad de la empresa, de sus contratos

---

<sup>17</sup> Algunos ejemplos de pregunta son: ¿Sabes qué deudas tiene el negocio y cuándo vencen?, ¿Estás aumentando las cantidades que tomas prestadas sólo para seguir adelante?, ¿La falta de liquidez obliga a retrasar compras planificadas o a realizarlas retrasando los plazos de pago?

<sup>18</sup> Algunos ejemplos de recomendaciones serían los siguientes.

“Si no puedes cumplir con los términos de todos tus acuerdos de préstamo, podría ser debido a una planificación demasiado ambiciosa o a una gestión deficiente del cash-flow. Puede que necesites buscar consejo profesional para revisar el alcance de la escasez de efectivo y desarrollar un plan de acción”. “Incrementar las cantidades que tomas prestadas, aumentar las líneas de crédito y no invertir en activos de larga duración no sólo es peligroso sino también una clara señal de alerta. Cuando no se puede mejorar el rendimiento de la empresa (reduciendo costes o aumentando ingresos) este proceso puede conducir a falta de liquidez.”

de pasivo, de los certificados de deuda pública y de la Central de Información Riesgos del Banco de España. Por otro lado, un Test de solvencia certificado por profesional, cuyo resultado tendría efectos para terceros y validez de 3 meses desde la emisión del certificado. Los resultados de los test se presentan con los colores del semáforo. El verde es símbolo de confianza en la solvencia financiera; el naranja significa que hay que buscar mecanismos de reestructuración (generalmente figuras concursales); y el rojo indica una situación de insolvencia actual o inminente.

La herramienta incorporará también un cuadro de mandos que mida y ofrezca información relevante sobre diferentes aspectos de la economía de la empresa: verificación de cuentas, *scoring* con análisis del riesgo de solvencia y liquidez actual y previsible, evolución del negocio e informe de riesgos.

Sin perjuicio de todo lo anterior, debemos concluir señalando que, tal y como se indica en las instrucciones de uso del Cuestionario de Autodiagnóstico de Ministerio de Industria, este tipo de herramientas de autodiagnóstico “no proporcionan la solución definitiva a los problemas que pudieran existir ni sustituye el análisis que pueda realizar un profesional especializado” (Ministerio de industria, comercio y turismo, 2021). Tal afirmación nos conduce al asesoramiento prestado por profesionales, elemento clave del sistema de alertas tempranas y que abordaremos en el apartado 1.3 del presente epígrafe.

#### *1.1.2. La importancia de basar el diagnóstico en datos de calidad*

Si bien es cierto que los índices que incorporan los diferentes sistemas de autodiagnóstico no son difíciles de calcular, debemos reconocer que las herramientas propuestas sólo será eficaces en la medida en que la contabilidad de la empresa refleje su imagen fiel (Lloret et al., 2020). Recordemos que, al presentar los modelos teóricos basados en parámetros específicos de crisis financieras ya advertimos del problema que puede suponer no disponer de datos de calidad.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que el Registro Mercantil no comprueba la veracidad de la información incluida en las cuentas anuales depositadas. Su labor se limita a notificar a la empresa de los posibles errores, en la mayor parte de casos de tipo formal, para su subsanación y posterior depósito de las cuentas.

La obligación de auditar las cuentas, que garantiza que las desviaciones en la contabilidad son mínimas y, por consiguiente, que el diagnóstico es fiable; se convierte así en una cuestión fundamental. Según el informe de Abad, Arquero y Jiménez, “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”. Este problema, señala “se ve agudizado en las empresas no auditadas” (Abad, Arquero y Jiménez, 2007, p. 69). Es precisamente en este punto en el que radica el gran obstáculo para la implantación de un sistema de autodiagnóstico similar al italiano en España.

La obligación de auditar las cuentas en Italia abarca empresas mucho más pequeñas que en España [Gráfico 5]; lo que, a efectos prácticos, implica que en Italia se auditen muchas más empresas que en España. De hecho, con la reciente aprobación del CCI italiano, que sustituye a la anterior ley concursal italiana; Italia ha reducido de manera significativa los límites para eximir a las empresas de la obligación de auditoría de cuentas. Esta reducción, que aumenta el número de empresas obligadas a auditar sus cuentas, se ha visto motivada por el hecho de que las entidades pequeñas no sujetas a auditoría o un sistema de control hayan sido las primeras en ser insolventes. Reconoce el legislador italiano que cierto grado de control sobre las cuentas actúa como mecanismo de alerta temprana, siendo la auditoría de cuentas útil para evitar la futura quiebra de empresas (Accountancy Europe, 2019).

**Gráfico 5.** Límites para eximir de la obligatoriedad de la auditoría en los 28 estados miembro de la UE en 2019

	Total balance (EUR)	Volumen neto de negocio (EUR)	Número medio de empleados
Italia	2.000.000	2.000.000	10
España	2.850.000	5.700.000	50

Fuente: Accountancy Europe (2019)

Para atajar este problema, Lloret Villota sugiere que, en lugar de tomar como referencia las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil, el análisis pudiese hacerse en base a los datos del impuesto sobre sociedades (en adelante, IS) (Lloret et al., 2020); datos cuya veracidad y exactitud queda sujeta a la comprobación de la inspección tributaria en

virtud de lo establecido en el art. 141 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT).

Otro de los problemas de basar el cálculo de los índices y posterior diagnóstico en las cuentas anuales auditadas (y en el IS, en su caso) es de carácter temporal. No podemos ignorar que las cuentas de una empresa se auditan anualmente, concretamente, el mes siguiente a la formulación de las cuentas anuales (12 + 3 + 1 meses)<sup>19</sup>. Problema similar nos encontraríamos en el caso del IS, debiendo la declaración presentarse dentro de los 25 días naturales siguientes a los 6 meses posteriores a la conclusión del periodo impositivo<sup>20</sup>. Esto implica que un problema de liquidez que surja, por ejemplo, en marzo de este año, no será detectado por los auditores de la sociedad hasta un año más tarde, frustrando el objeto final de la alerta temprana.

Aunque lo ideal sea utilizar el sistema de autodiagnóstico con datos cuya veracidad haya sido avalada por los auditores o, al menos, con datos susceptibles de ser revisados por la Agencia tributaria; lo cierto es que los sistemas de autodiagnóstico pueden utilizarse con los datos de la llevanza de la contabilidad ordinaria de la empresa; lo que implicaría también salvar los problemas temporales asociados a la formulación de cuentas y a la declaración del IS.

Así, se propone un sistema que combine diferentes aproximaciones. Primero, que las empresas estén obligadas a acompañar sus cuentas anuales de los resultados del diagnóstico de solvencia. Segundo, que al realizar la declaración del IS se ofrezca, de manera automática, un diagnóstico de solvencia (lo que llevaría a calificar esta herramienta como una advertencia por terceros, la Agencia Tributaria, más que como un sistema de autodiagnóstico). Tercero, que las empresas tengan acceso a las herramientas de autodiagnóstico para poder comprobar con frecuencia su situación financiera. Acreditar el uso frecuente de estas herramientas podría evidenciar, en caso de que se declarase el concurso, que los administradores fueron diligentes, advirtieron la insolvencia y trataron de evitarla; con las consecuencias positivas (o negativas en caso de

---

<sup>19</sup> Vid. art. 270 y 253 LSC

<sup>20</sup> Agencia Tributaria. Manual de actividades económicas. Obligaciones fiscales de empresarios y profesionales residentes en territorio español, Impuesto sobre Sociedades, Plazo de presentación. Disponible en: [https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/Ayuda/Manuales\\_\\_Folletos\\_y\\_Videos/Manuales\\_practicos/\\_Ayuda\\_Folleto\\_Actividades\\_economicas/4\\_\\_Impuesto\\_sobre\\_Sociedades/4\\_9\\_Declaracion/4\\_9\\_1\\_Plazo\\_de\\_presentacion/4\\_9\\_1\\_Plazo\\_de\\_presentacion.html](https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/Ayuda/Manuales__Folletos_y_Videos/Manuales_practicos/_Ayuda_Folleto_Actividades_economicas/4__Impuesto_sobre_Sociedades/4_9_Declaracion/4_9_1_Plazo_de_presentacion/4_9_1_Plazo_de_presentacion.html), última visita 17/04/2021.

falta de uso de las herramientas de alerta temprana) que esto podría tener en sede de calificación. Abordaremos esta cuestión con mayor profundidad en el epígrafe 2 del Capítulo V.

## **1.2. Advertencias a través de terceros**

Además de herramientas de autodiagnóstico, los mecanismos de alerta temprana pueden consistir en obligaciones o incentivos para que los terceros conocedores de la situación de insolvencia inminente adviertan al deudor.

Recordemos que la Directiva sobre Reestructuración prevé en su art. 3 que las herramientas de alerta temprana pueden incluir “(...) c) incentivos, con arreglo a la normativa nacional, para que los terceros que dispongan de información pertinente sobre el deudor, como contables, administraciones tributarias y de seguridad social, adviertan al deudor sobre cualquier evolución negativa”. A continuación, estudiaremos los posibles incentivos para (i) los contables o auditores, (ii) la administración pública y, añadimos, (iii) ciertos acreedores.

### *1.2.1. Contables o auditores*

Tal y como señala Toro Marín, “es responsabilidad de los administradores de la empresa formular unas cuentas anuales elaboradas en base a los principios y normas contables generalmente aceptados, entre los que se encuentra el principio de empresa en funcionamiento, y es responsabilidad del auditor emitir un juicio sobre la fiabilidad de esos estados contables” (Toro, 2017, p. 15).

Como explicamos en el punto 2.1.2. del Capítulo II, en caso de que existiesen dudas significativas sobre la capacidad de la entidad auditada para seguir en funcionamiento, el auditor deberá dejar constancia de las mismas en el informe de auditoría.

De acuerdo con el art. 366 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil y el art. 279 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC); el informe de auditoría debe depositarse en el Registro Mercantil junto con las cuentas anuales, lo que implica que el contenido del informe puede conocerse por terceros.

Pese a la aparente sencillez de configurar un sistema de alerta con base en los informes de los auditores, Fernández del Pozo señala que la finalidad preventiva de este mecanismo de alerta se frustra por dos razones principales. La primera es que, en la práctica, los administradores descuidan la tarea de prevención y se cuidan mucho de no revelar las situaciones que puedan poner en peligro la continuidad de la empresa a los auditores o a terceros (Fernández del Pozo, 2001).

La segunda es que los auditores suelen incumplir su responsabilidad y rara vez emiten informes con incertidumbres o con opinión denegada por esta causa. Sostiene el autor que los auditores “prefieren asumir la eventual responsabilidad por la omisión del deber de verificación antes que inmiscuirse en la gestión; (...) correr el riesgo de perjudicar a la sociedad auditada por revelación de circunstancias sensibles con el riesgo de la profecía cumplida<sup>21</sup>; (...) o incurrir en responsabilidad por los perjuicios irrogados a una empresa sana cuando se hace pública, por error de apreciación, una injustificada vulnerabilidad” (Fernández del Pozo, 2001, p. 94).

En lo que a este último punto se refiere, debemos referirnos al Libro Verde de la Comisión europea sobre la función, posición y responsabilidad civil del auditor legal en la UE, que insta a los auditores a ser cautos a la hora de hacer públicos los temores que puedan tener en lo que respecta al principio de empresa en funcionamiento (Comisión Europea, 1996).

Así las cosas, no sorprende que en las contadas ocasiones en las que los informes de auditoría contienen incertidumbres sobre la aplicación del principio de empresa en funcionamiento, la empresa auditada presenta dificultades financieras significativas o extremas. Como señala Muñoz Ortiz, esto determina que los informes de auditoría no sean actualmente una herramienta útil para la predicción de tales situaciones de insolvencia (Muñoz, 2006).

Dejando a un lado la falta de diligencia de los administradores, cuestión que abordaremos en el punto 2.1.2 de este Capítulo, debe reconocerse que crear incentivos para que los auditores o contables adviertan de la insolvencia inminente no es tarea sencilla. No

---

<sup>21</sup> El supuesto riesgo de profecía autocumplida hace referencia al hecho de que la revelación de las dudas sobre la capacidad de la empresa de seguir en funcionamiento pueda acelerar el proceso que lleve a la empresa a la insolvencia. Aunque el riesgo de la profecía autocumplida es común a todos los estudios sobre el principio de empresa en funcionamiento en relación con la función del auditor, las conclusiones a las que estos estudios llegan son poco concluyentes (Ajona, 2012).

obstante, recogemos ahora algunas de las medidas propuestas por la literatura para paliar el temor a la exigencia de responsabilidad y a la profecía autocumplida, de manera que los informes de auditoría puedan convertirse en herramientas eficaces de alerta temprana.

a. Ausencia de responsabilidad por la revelación de hechos relacionados con la alerta temprana

En primer lugar, podemos referirnos al sistema francés, que prevé de forma explícita en el art. L225-241 de su código de comercio que “los auditores de cuentas no son responsables frente a la sociedad y frente a terceros por la revelación de hechos a que se refiere la alerta de los arts. L234-1 y 234-2”, alerta que consiste en el equivalente a la emisión de un informe con salvedades al principio de empresa en funcionamiento.

Si bien es cierto que el sistema español de responsabilidad de los auditores<sup>22</sup> deja fuera de toda duda que pueda considerárseles responsables por haber expresado sus dudas razonables acerca del principio de empresa en funcionamiento, lo cierto es que una previsión legal expresa en este sentido podría disipar ciertos temores, más o menos fundados.

Asimismo, podrían disiparse las dudas sobre la posible responsabilidad de los auditores estableciéndose una serie de parámetros objetivos en los que sustentar la evaluación del cumplimiento del principio de empresa en funcionamiento. A este respecto, es interesante señalar como el propio Altman sostenía que los modelos de ratios financieros suponen una importante herramienta analítica para los auditores de cara a fundamentar la opinión que estos deben emitir (Altman, 1983). La objetivación de la labor de los auditores no sólo aportaría tranquilidad en lo que a la exigencia de responsabilidad se refiere, sino, que, de acuerdo con un estudio de Toro Marín, también incrementaría el número de informes con salvedades al principio de empresa en funcionamiento<sup>23</sup> (Toro, 2017).

---

<sup>22</sup> El sistema de responsabilidad de los auditores está previsto en el art. 26 LAC que establece que “los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría responderán por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones según las reglas generales del Código Civil”. Nos remitimos así a los arts. 1101 y 1902 del Código Civil, que exigen la concurrencia de dolo o negligencia para que nazca la obligación de indemnizar por los daños causados en el incumplimiento de las obligaciones.

<sup>23</sup> En su estudio, Toro Marín analiza 761 empresas concursadas y auditadas en el periodo 2007-2013 en España. La autora señala que los auditores expresaron sus dudas respecto al principio de empresa en funcionamiento en su informe de auditoría en un 37,5% de los casos; mientras que la versión del test de Altman que se utiliza en el estudio presentó un nivel de acierto superior al 90%. Podemos así concluir que incorporar los modelos de alerta de la insolvencia basados ratios financieros a las evaluaciones de los

b. Documento interno en caso de dudas no sustanciales sobre el principio de empresa en funcionamiento

En segundo lugar, nos referimos a la propuesta de Alejos Garmendia, que sugiere que “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” (Alejos, 2016, p. 186).

Si, en los doce meses siguientes la empresa tuviera que solicitar concurso por insolvencia actual, dicho 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 responsabilidad en sede de calificación” (Alejos, 2016, p. 186).

La principal ventaja de esta propuesta estriba en que el documento, de carácter interno, no será conocido por terceros. Por lo tanto, no se corre el riesgo de perjudicar a la empresa en sus relaciones con los socios. Sin embargo, obliga a los administradores de la empresa a adoptar una actitud diligente y tomar las medidas oportunas, puesto que, en caso contrario y llegada la insolvencia en los meses siguientes, los administradores se arriesgarán a una posible calificación culpable del concurso (Alejos, 2016).

c. Imposición de las obligaciones de alerta a los expertos contables acreditados

En tercer y último lugar, debemos referirnos al ya mencionado problema que supone que la mayor parte de las empresas españolas tengan un tamaño inferior al requerido por la LAC para que les sea exigible auditar sus cuentas.

Para tratar de atajar este problema y salvar la eficacia del mecanismo de alerta temprana en que consiste la advertencia de los auditores puede recurrirse a la figura del experto

---

auditores incrementaría el número de informes con salvedades al principio de empresa en funcionamiento; convirtiendo a los informes en una herramienta de alerta temprana de la insolvencia más eficaz (Toro, 2017).



contable acreditado. Este experto, al que podrían imponérsele las mismas obligaciones que a los auditores en lo que a la alerta temprana se refiere, es un profesional independiente que avala la fiabilidad de los estados contables de las PYMES sin necesidad de incurrir en los costes inasumibles para muchas empresas que conlleva la auditoría de cuentas (Alejos, 2016).

### *1.2.2. Administración pública*

Como señalábamos en el punto 2.1.2 del Capítulo II, cuando la empresa está en dificultades, suelen producirse incumplimientos de obligaciones tributarias y de Seguridad Social con anterioridad incluso a que se produzcan otros incumplimientos frente a acreedores. Así, la información que posee la administración pública tienen un gran valor, lo que justifica que deba adoptar un papel importante en la alerta temprana de la insolvencia. Recogemos a continuación algunas de las propuestas en este sentido.

- a. Publicidad del impago de impuestos o de cotizaciones de la seguridad social

Además prever en su art. 3 c) que las herramientas de alerta temprana puedan consistir en incentivos para que las administraciones tributarias y de seguridad social adviertan al deudor sobre cualquier evolución negativa; la Directiva sobre Reestructuración prevé en la letra a) de este mismo artículo que las herramientas de alerta temprana puedan incluir “(...) a) mecanismos de alerta en caso de que el deudor no haya efectuado determinados tipos de pagos”. Más concretamente, el considerando 22 de la Directiva señala que la alerta podría activarse ante el impago de impuestos o de las cotizaciones de la seguridad social.

Recordemos en este sentido que en Francia es obligatorio inscribir en el Registro de Comercio las deudas tributarias y de la Seguridad Social impagadas que excedan de cierta cantidad y que el incumplimiento de dicha obligación se sanciona con la subordinación y pérdida del carácter privilegiado de sus respectivos créditos en caso concurso posterior. La publicidad de las deudas fuerza a las empresas a actuar tempestivamente ante las situaciones de insolvencia inminente para evitar que la publicidad perjudique su posición en el mercado y agrave su situación.

Tal y como apunta Fernández del Pozo, en España, el sistema de publicidad de la falta de pago a la Hacienda pública consiste en la anotación preventiva de crédito incobrable y la nota marginal de baja en el Índice de Entidades en el Registro Mercantil (Fernández del Pozo, 2001).

La baja en el Índice de Entidades procede en los supuestos previstos en el art. 119 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS). Este artículo exige que: (a) el crédito sea declarado fallido, lo que procederá cuando las deudas tributarias no hayan podido hacerse efectivas por insolvencia probada, total o parcial, del obligado tributario (art. 76 LGT); o (b) que no se haya presentado la declaración por el IS correspondiente a 3 períodos impositivos consecutivos.

El acuerdo de baja provisional se notifica al registro público correspondiente, que debe proceder a extender en la hoja abierta a la entidad afectada una nota marginal en la que se haga constar que, en lo sucesivo, no podrá realizarse ninguna inscripción que a aquella concierna sin presentación de certificación de alta en el índice de entidades.

Expuesto lo anterior, coincidimos con Fernández del Pozo en que la alerta que supone la baja en el Índice de Entidades es a estos efectos inútil, pues se realiza cuando la situación es ya irreversible (Fernández del Pozo, 2001). Sería por tanto recomendable adoptar un sistema más similar al francés, en el que la administración tenga la obligación de comunicar al Registro Mercantil el impago de las obligaciones que asciendan a determinadas cantidades, circunstancia que permita a los terceros que tengan o puedan tener relación con la sociedad advertir su posible insolvencia inminente e incentive a la empresa a actuar tempestivamente.

Al igual que en el Derecho francés, el incumplimiento de la obligación de comunicación y publicidad podría sancionarse con la subordinación y pérdida del carácter privilegiado de los créditos públicos en caso de concurso. De hecho, es razonable pensar que la supresión del privilegio podría incentivar a la administración, cuyos intereses se encuentran actualmente sobreprotegidos, a asumir un papel activo en la evitación del concurso; lo que nos lleva a la siguiente propuesta.

## b. Supresión del privilegio público

Actualmente no existen incentivos para que los acreedores públicos pongan de manifiesto la falta de pago de impuestos o de las cotizaciones de la seguridad social o alerten al deudor de su evolución negativa, pues gozan de una serie de prerrogativas que blindan sus intereses en caso de procedimiento concursal. Así, por ejemplo, se reconoce a los créditos públicos un privilegio general sobre la mitad de su principal (art. 280.4º TRLC)<sup>24</sup>, lo que determina que los acreedores públicos tengan prioridad en el pago frente a los acreedores ordinarios y subordinados y no queden, como norma general, vinculados por las quitas y esperas de los convenios adoptados en el seno del procedimiento concursal (art. 397 TRLC).

Más allá de que hoy se plantee que la supresión de estos privilegios pueda servir a los fines de la alerta temprana; la viabilidad, existencia y racionalidad de estos privilegios ya ha sido ampliamente cuestionada por la doctrina. Autores como Veiga Copo se preguntan porqué ha de otorgarse un privilegio a créditos públicos “cuando los organismos titulares de estos créditos atesoran sin duda un hecho taumatúrgico sin parangón, esto es, la fuerza que propende la asimetría informativa a su favor y con ellos los presupuestos objetivos del concurso que le habilitan antes que a ningún otro acreedor del conocimiento, la capacidad y la posibilidad de instar el concurso” (Veiga, 2020, p. 377).

Sin perjuicio de lo anterior, debemos reconocer que acometer tal poda de privilegios, ni es estrictamente necesario, ni ofrece garantías de ser un incentivo eficaz para la detección anticipada de la insolvencia, lo que nos lleva a la última propuesta.

## c. Incorporación de los indicadores financieros al software de la Agencia Tributaria

En tercer y último lugar, proponemos que, dejando a un lado el incentivo que supondría la supresión del privilegio, simplemente se obligue a las administraciones públicas a

---

<sup>24</sup> Concretamente, el art. 280 TRLC establece que “son créditos con privilegio general: (...) 4º Los créditos tributarios, los créditos de la seguridad social y demás de derecho público que no tengan privilegio especial ni el privilegio general del número 2.º de este artículo (que ese refiere a las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de seguridad social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal). Respecto de los créditos públicos señalados, el privilegio general a que se refiere este número solo alcanzará al cincuenta por ciento del importe de los respectivos créditos, deducidos de la base para el cálculo del porcentaje los créditos con privilegio especial, los créditos con privilegio general conforme al número 2.º de este mismo artículo y los créditos subordinados”.

alertar a las empresas que presenten una evolución negativa o determinados signos de insolvencia inminente. Estos signos podrían detectarse a partir de, por ejemplo, los datos de la declaración del IS. A este sistema hicimos ya referencia en el apartado 1.1.2 del presente Capítulo.

Así, cabría la posibilidad de que el software de la Agencia Tributaria analizase la información que los empresarios proporcionan para la declaración del IS y ofreciese un análisis preliminar sobre la salud financiera de la empresa con base en, por ejemplo, los Ratios Sectoriales de las sociedades no financieras (RSE) que elabora el Banco de España.

### *1.2.3. Acreedores*

Más allá de los auditores y de la administración pública, existen determinados acreedores que cuentan con información suficiente sobre el deudor como para advertirle de una evolución negativa. En este apartado veremos, en primer lugar, como el actual privilegio del acreedor instantáneo no es un mecanismo eficaz para la alerta temprana, pues se aplica en aquellos casos en los que la insolvencia es actual y no beneficia a los acreedores que cuentan con mayor información sobre el deudor, que son los que se encontrarían en mejor posición para solicitar la declaración del concurso. En segundo lugar, veremos como el documento de Información Financiera-PYME que facilitan al deudor las entidades de crédito puede llegar a ser una herramienta útil para la alerta temprana.

#### *a. Actual privilegio del acreedor instantáneo*

La antigua LC reconocía ya el otorgamiento al crédito del acreedor instantáneo de privilegio general hasta la cuarta parte de su importe. Justificaba tal privilegio en su exposición de motivos señalando que la misma se otorgaba para “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”. En la lógica concursal, la solicitud del acreedor que, vigilante, advierte y denuncia la insolvencia del deudor, beneficia al conjunto de acreedores, pues evita que la situación financiera de la empresa continúe deteriorándose (Goldenberg, 2012).

El deseo de incentivar a los acreedores para que insten el concurso del deudor insolvente, quedó remarcado con la reforma introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que ha elevado el porcentaje del privilegio, del 25% al 50% de los créditos titularidad del deudor

instante del concurso. En el actual TRLC, el privilegio se reconoce en el art. 280.7º, que establece que:

“Son créditos con privilegio general: (...) 7.º Los créditos de que fuera titular el acreedor a instancia del cual se hubiere declarado el concurso excluidos los que tuvieren el carácter de subordinados, hasta el cincuenta por ciento de su importe”.

La eficacia de esta medida como sistema de alerta temprana de la insolvencia queda, no obstante, limitada por una serie de factores.

El primero puede deducirse de la propia lógica del precepto, que supone que los acreedores que ya gocen de privilegio especial o general queden auto-excluidos de antemano, pues la previsión legal no les reportaría ventaja adicional alguna. Esto no es baladí, pues son precisamente estos acreedores con privilegio especial o general (Hacienda, Bancos, Entidades de Crédito, ...) los mejor informados de la situación económica del deudor y, por lo tanto, los se encontraría en mejor posición para instar la declaración del concurso necesario (Registro de Economistas Forenses, 2002). Piénsese, por ejemplo, en los acreedores financieros, cuyos créditos suelen gozar de privilegio especial por estar garantizados, y que conocen la situación financiera del deudor incluso mejor que el propio deudor.

Al obstáculo que supone la asimetría informativa se suma un segundo factor: la configuración del presupuesto objetivo del concurso necesario. A diferencia de lo que ocurre respecto de la solicitud de concurso voluntario, la solicitud de concurso necesario no puede fundamentarse en la insolvencia inminente del deudor. Señala el art. 13 TRLC que el acreedor debe fundamentar su solicitud en alguno de los “hechos externos reveladores del estado de insolvencia”, enumerados taxativamente en el art. 2.4 TRLC. Es decir, la solicitud de declaración del concurso no previene la insolvencia, sino que la confirma.

Podemos así concluir que el privilegio del acreedor instante del concurso, aunque útil para proteger los intereses de los acreedores en su conjunto, no es un mecanismo eficaz para la alerta temprana de la insolvencia. Incluso si se introdujesen medidas para paliar la asimetría informativa, robusteciendo los mecanismos de publicidad de las señales de alarma de crisis empresarial, el papel de los acreedores seguiría estando limitado a los

casos en los que la insolvencia se hubiese materializado, pues lo que no parece admisible es facultar al acreedor para instar la declaración del concurso cuando la insolvencia es inminente y, por lo tanto, posiblemente reversible.

b. Documento de “Información Financiera-PYME” de las entidades de crédito

Habiendo analizado la dificultad de incentivar la alerta temprana por parte de los acreedores de créditos ordinarios, pasamos ahora a estudiar los incentivos (en este caso obligaciones) que recoge el ordenamiento español para que las entidades de crédito, que sí cuentan con información valiosa sobre la situación del empresario, le alerten de una posible insolvencia.

Así, podemos referirnos al documento “Información Financiera-PYME”, cuya entrega al deudor se prevé en la Circular 6/2016, de 30 de junio, del Banco de España, que toma como base la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial. En ella se establece lo siguiente.

“Cuando las entidades decidan cancelar o reducir el flujo de financiación a sus clientes pymes y trabajadores autónomos, (...) les tendrán que hacer entrega de una extensa información sobre su situación financiera e historial de pagos en un documento denominado ‘Información Financiera-PYME’. Dicho documento, que incluirá una calificación del riesgo del acreditado, deberá también ser entregado en cualquier otra circunstancia, previo pago de la tarifa correspondiente, a solicitud del acreditado”.

Es decir, las entidades de crédito proporcionarán el documento a las empresas de forma obligatoria y gratuita cuando reduzcan la financiación, y de forma voluntaria y bajo coste en otras circunstancias.

Tal y como señala Valencia García, dada la cantidad de información con la que cuentan las entidades financieras, el documento de Información Financiera-PYME es una herramienta de evaluación muy valiosa. No obstante, el hecho de que se proporcione a la empresa cuando ya se han apreciado dificultades que han llevado al banco a decidir reducir su financiación puede poner en entredicho su utilidad como alerta temprana (Valencia, 2021).

Asimismo, el hecho de que se tenga que pagar por el documento cuando se solicita voluntariamente<sup>25</sup>, unido al temor de que si la información no es buena se reduzca la financiación, desincentiva el uso de esta herramienta (Valencia, 2021).

Así las cosas, incentivar la alerta temprana por acreedores, más allá de la obligación ya impuesta a las entidades de crédito, parece complicado. Recordemos que las entidades de crédito ni siquiera se benefician del privilegio del acreedor instante del concurso, pues sus créditos suelen contar con privilegio especial.

### 1.3. Servicios de asesoramiento

La Directiva sobre Reestructuración señala en su artículo 3 que las herramientas de alerta temprana, podrán incluir “(...) b) servicios de asesoramiento prestados por organismos públicos o privados”. Como vimos en el punto anterior, el ejemplo paradigmático del asesoramiento en materia de prevención de la insolvencia es el proyecto *Early Warning Denmark*, que ha inspirado el proyecto *Early Warning Europe* y el programa SOS EMPRESA en el que éste último se materializa en España o, más concretamente, en la Comunidad de Madrid.

La información sobre el programa SOS EMPRESA puede encontrarse en el apartado sobre programas específicos de apoyo a emprendedores de la página web de la Comunidad de Madrid. Ahí podemos leer que el programa consiste en prestar asesoramiento gratuito y confidencial para la prevención, recuperación y segunda oportunidad, con el objetivo de superar fases críticas que atraviesan los empresarios o profesionales autónomos radicados en la Comunidad de Madrid (Comunidad de Madrid, 2021).

Más allá del limitado ámbito de aplicación del programa, que atribuimos a su relativa novedad, debemos señalar una serie de retos a superar en la implementación y éxito de este tipo de sistemas de asesoramiento; entre los que destacan (i) la reticencia de los

---

<sup>25</sup> A modo ejemplificativo, Bankia ofrece el documento por 116 euros (<https://www.bankia.es/Ficheros/CMA/ficheros/Tarifa2038e12d.PDF>); Santander por 284 euros ([https://lr.bancosantander.es/cssa/BlobServer?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=inline%3Bfilename%3DSANTANDER\\_PRECIOS\\_ESTANDAR\\_Cambios\\_260221\\_OK.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1305560616614](https://lr.bancosantander.es/cssa/BlobServer?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=inline%3Bfilename%3DSANTANDER_PRECIOS_ESTANDAR_Cambios_260221_OK.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1305560616614)); y BBVA por 380 euros ([https://www.bbva.es/estaticos/mult/Epigrafe-18-Servicios-prestados-y-diversos\\_17.pdf](https://www.bbva.es/estaticos/mult/Epigrafe-18-Servicios-prestados-y-diversos_17.pdf)).

empresarios a pedir ayuda, (ii) el desconocimiento del programa y (iii) la insostenibilidad del modelo de asesoramiento pro bono a gran escala.

En primer lugar, **el empresario es normalmente reticente a acudir a este tipo de asesoramiento** porque no es consciente de la magnitud de las dificultades que atravesará o porque, siendo consciente, no está dispuesto a admitir la realidad a la que se enfrenta.

En palabras de Lloret et al., “un pequeño empresario que se encuentra por primera vez con problemas financieros suele creer que sus dificultades son temporales, restándoles importancia. Usualmente acude a medidas poco recomendables como: el recurso de ‘autogeneración de crédito’, cheques posfechados, descuento de recibos cuestionables, anticipación de la misma factura de exportación en varios bancos, solicitud de préstamos hipotecarios para propósitos muy diferentes a los declarados, etc”. (Lloret et al., 2020, p. 3). Esto acaba empeorando la situación financiera de la empresa, que queda abocada a la liquidación.

Por otra parte, incluso siendo conscientes de la magnitud de sus problemas financieros, muchas empresas se niegan a admitirlos. La Comisión Europea considera que detrás de esta actitud negacionista puede encontrarse el estigma asociado al fracaso empresarial; pues, a diferencia de lo que ocurre en países como Estados Unidos, en los países europeos se considera (erróneamente) que existe una fuerte relación entre el fracaso empresarial y la incapacidad personal o el fraude (Comisión Europea, 2007).

Además de participar en la lucha contra la estigmatización iniciada en Europa con el Informe *Best* en 2003, el sistema danés soluciona el problema de la reticencia de los empresarios a pedir ayuda con el software de identificación de empresas en riesgo de *distress*. Recordemos que el software permite a la organización de EWD contactar directamente con el empresario, sin esperar a que éste solicite su ayuda.

Este software es difícil de implementar en España debido a la protección de datos impuesta a los diferentes órganos de la administración. No obstante, puede obtenerse un resultado parecido poniendo a disposición de los empresarios herramientas de autodiagnóstico e incentivando su uso, punto que abordaremos en el siguiente apartado, y creando un sistema de advertencias por terceros que permitan que los empresarios sean



conscientes de la magnitud de las dificultades para que, superado el estigma, busquen apoyo.

En segundo lugar, **el éxito de los programas de asesoramiento puede verse lastrado por el simple hecho de que no sean conocidos por los empresarios**. En este sentido, señala la Comisión Europea que, ante las dificultades financieras, “muchos de ellos (los empresarios) no actúan porque no son conscientes de las opciones existentes” (Comisión Europea, 2003, p. 11).

Conscientes de este reto, desde *Early Warning Europe* hacen especial hincapié en la comunicación y marketing del proyecto. Señalan que dar a conocer el proyecto a las empresas “ha sido todo un reto, que ha requerido un esfuerzo sostenido a través de diversos canales de comunicación”, incluidos medios de comunicación tradicionales, campañas en las redes sociales, *newsletters* y una larga serie de reuniones en asociaciones de ámbito local (Møller, 2019).

En tercer y último lugar, uno de los mayores retos para la implantación de este tipo de sistemas de alarma es la **insostenibilidad del modelo de asesoramiento pro bono a gran escala**. Como señala Lado Castro-Rial, “el problema que suscita este sistema es que, a pequeña escala, puede ser viable la prestación del servicio pro bono, sin contraprestación alguna. Pero su implementación general a la larga va a requerir, con toda seguridad, financiación y apoyo público”<sup>26</sup>. Esto nos lleva a plantearnos la posibilidad de que, tal y como señala la Directiva sobre Reestructuración, el asesoramiento fuese prestado directamente por organismos públicos.

Entre los instrumentos públicos de asesoramiento empresarial podemos citar el Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE), encuadrado en el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, en la Dirección General de Pequeña y Mediana Empresa (DGPYME). El CIRCE se concibe como una red de Puntos de Atención al Emprendedor (PAE) en los que se asesora y se prestan servicios a los emprendedores, tanto en la puesta

---

<sup>26</sup> Se ha llegado a plantear si la financiación pública del proyecto puede suponer una ayuda de Estado, incompatible con los principios contenidos en el TFUE. Lado Castro-Rial lo descarta argumentando que la posible financiación pública del proyecto no confiere una ventaja selectiva a determinadas empresas previamente identificables, sino que beneficia a la generalidad de empresas (fundamentalmente PYMES, que tienen mayores dificultades para acceder a servicios de asesoramiento); y que la recepción del asesoramiento profesional en sí mismo tampoco afecta de a los intercambios comerciales entre los Estados miembros ni falsea o amenaza la competencia de ningún modo (Lado, 2020).

en marcha de sus iniciativas empresariales, como durante los primeros años de actividad de las mismas<sup>27</sup>.

Sea como fuere, es evidente que contar con un asesoramiento de calidad es esencial para comprender las implicaciones de la situación de la empresa y actuar en consecuencia. En este sentido, la implantación del programa SOS EMRPESA es un buen comienzo. No obstante, no podemos olvidar que su éxito dependerá de que se creen incentivos que motiven a los empresarios advertir, siquiera de manera superficial, las dificultades financieras y se les animen a pedir ayuda.

Esto nos lleva al siguiente epígrafe, en el que, partiendo de la idea de que (con la única excepción del sistema de alerta a través de terceros) el éxito de los sistemas de alerta temprana requiere, no sólo que los mismos existan, sino que se utilicen; abordaremos la importancia de diseñar un sistema eficaz de incentivos que favorezca su empleo por parte de las empresas.

## 2. LA IMPORTANCIA DE INCENTIVAR EL USO DE LAS HERRAMIENTAS DE ALERTA TEMPRANA. EL PAPEL DE LOS ADMINISTRADORES.

Como acabamos de señalar, más allá de que pueda incentivarse que terceros alerten a la empresa de las dificultades financieras, la implementación efectiva y éxito de las herramientas de alerta temprana depende de que existan incentivos para que los deudores hagan uso de las mismas. En este epígrafe veremos qué incentivos existen actualmente en la normativa societaria y en la normativa concursal y cómo pueden adaptarse o completarse estos incentivos para servir a los fines de la alerta temprana.

### 2.1. Incentivos en la normativa societaria

En lo que a la alerta temprana de la insolvencia se refiere, deben destacarse dos cuestiones dentro de la normativa societaria. La primera es la obligación de reducir el capital social en caso de determinado déficit patrimonial. Esta obligación, que no incentivo

---

<sup>27</sup> En la actualidad, existen dos tipos de puntos PAE: (i) Públicos: Entidades pertenecientes o vinculadas al sector público (Ayuntamientos, Agencias de Desarrollo), Cámaras de Comercio y Asociaciones del sector privado, sin ánimo de lucro cuyos fines estén relacionados con la atención a emprendedores. (ii) Privados: miembros de organizaciones como Colegios Profesionales, Asociaciones de Profesionales y Agrupaciones de Empresas que hayan firmado el correspondiente convenio de colaboración con la DGPYME (Lado, 2020).

propriadamente dicho, supone necesariamente el reconocimiento de las dificultades financieras. Es por ello que consideramos oportuno referirnos brevemente a su utilidad como mecanismo de alerta temprana en este apartado. La segunda y más importante cuestión que destacamos es el deber de diligencia y lealtad de los administradores sociales que, a raíz de la Directiva sobre Reestructuración, podrían pasar a incluir el uso de las herramientas de alerta temprana, convirtiéndose así en un incentivo útil para su adopción.

### *2.1.1. La alerta que supone la reducción de capital y disolución obligatoria*

El hecho de que una sociedad se encuentre en los supuestos de reducción de capital (art. 327 LSC) o disolución social (art. 363.1.e LSC) obligatoria es indicativo de que la empresa está atravesando dificultades financieras. Los artículos 327 y 363.1 LSC no establecen incentivos, sino obligaciones, para evitar la insolvencia.

El art. 327 LSC prevé que “en la sociedad anónima, la reducción del capital tendrá carácter obligatorio cuando las pérdidas hayan disminuido su patrimonio neto por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital y hubiere transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio neto”.

Por otra parte, el art. 363.1 prevé que “la sociedad de capital deberá disolverse (...) e) Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad 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”.

Aunque el déficit patrimonial que integra el supuesto de hecho de estos artículos no conlleva necesariamente una situación concursal, es razonable pensar que dicho déficit pueda alertar de una insolvencia inminente, sino actual. El problema parece ser, precisamente, que esta alerta, con la consiguiente obligación de reducción de capital o disolución social, podría estar activándose en casos en los que las dificultades financieras son ya irreversibles. Ello hace que su utilidad como sistema de alerta temprana quede ciertamente en entredicho (Fernández del Pozo, 2001).

### *2.1.2. La alerta temprana como parte del deber de diligencia y lealtad de los administradores*

En el Capítulo III de la LSC se recoge el deber general de diligencia (art. 225 LSC) y el deber de lealtad (art. 227 LSC) de los administradores. Estos deberes, a los que la doctrina se refiere en ocasiones como deberes fiduciarios, han de orientarse a la maximización del interés social o de la sociedad.

Tal y como señala Carbajo Cascón, “la referencia genérica, abstracta o indefinida al interés de la sociedad como pauta o referencia de conducta para los administradores sociales ha abierto las puertas a interpretaciones del interés social desde una perspectiva institucionalista (...) (o) contractualista” (Carbajo, 2020, p. 374).

Así, a la hora de definir el interés social nos encontramos con dos teorías enfrentadas: la contractualista, que sostiene que el interés social debe identificarse con el interés común de todos los socios; y la institucionalista, que sostiene que el interés social va más allá del de los socios, viniendo a coincidir con los intereses de los componentes de la empresa (accionistas, administradores, acreedores, trabajadores, etc.)<sup>28</sup>.

El mandato de la Directiva sobre Reestructuración refuerza la tesis institucionalista pues, recordemos, en su art. 19 obliga a los administradores a actuar no sólo en interés de los socios, sino también en interés de los acreedores en los casos de insolvencia inminente. La Directiva justifica esta “modulación” del interés social en los conflictos de interés que se producen en caso de insolvencia inminente (Gómez, 2019).

Señala Pulgar Ezquerro que cuando las sociedades se encuentran en situación de insolvencia inminente, “los socios tienden a sustituir su función meramente de control de la gestión por la incentivación y presión a los administradores para que en la gestión se asuman políticas de riesgo con opciones de alto rendimiento que les permitan en su caso seguir percibiendo beneficios, en lugar de optar por políticas de riesgo moderado, jugando además estos socios con la ventaja en los tipos societarios capitalistas de su responsabilidad limitada por las deudas sociales”. En contraposición, los acreedores,

---

<sup>28</sup> La jurisprudencia también se ha hecho eco de esta distinción en sentencias como las siguientes: Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 5 de julio de 1986 (RJ 1986/4415), STS de 19 de febrero de 1991 (RJ 1991/1512), STS de 10 de noviembre de 2011 (RJ 2012/1372) y STS de 17 de enero de 2012 (RJ 2012/4981).

“preferirán políticas empresariales cautelosas, dado que a falta de activos serán ellos quienes pasarán a soportar el riesgo de la inversión empresarial” (Pulgar, 2019, p. 19).

La necesidad de tener en cuenta ambos intereses determina que la actuación de los administradores deba orientarse a la consecución del único interés que socios y acreedores comparten: el mantenimiento de la viabilidad empresarial. La diligencia y lealtad de la actuación de los administradores deberá juzgarse en relación a la salvaguarda de dichos intereses divergentes y compartidos (Gómez, 2019).

Expuesto lo anterior, parece razonable afirmar que adoptar una concepción del interés social desde la perspectiva institucionalista, con la consiguiente reinterpretación del deber de diligencia y lealtad de la LSC, sería suficiente para que la normativa societaria ofreciese cobertura a las exigencias de la Directiva sobre Reestructuración.

De acuerdo con las concretas previsiones de la Directiva, cumplirá con su **deber de diligencia** el empresario que, tomando en consideración los intereses de socios y acreedores, adopte las medidas oportunas para minimizar evitar la insolvencia (lo que incluiría la implementación y uso de mecanismos de alerta temprana) y eviten aquellas operaciones que puedan poner en peligro la viabilidad de la empresa. Asimismo, autores como Valencia García afirman que este nuevo estándar de diligencia “reforzará las obligaciones de los administradores sobre las manifestaciones que deberán realizar en cuanto a la aplicación del principio de empresa en funcionamiento” (Valencia, 2021, p. 72).

De todo ello puede deducirse que la regla de protección de la discrecionalidad empresarial del art. 227 LSC, también conocida como “*business judgement rule*”, no podrá extenderse a aquellas actuaciones de los administradores que vulneren estas nuevas normas de conducta. En contraposición, la protección de la discrecionalidad sí amparará aquellas decisiones de gestión adoptadas en el contexto de insolvencia inminente cuando los administradores actúen de buena fe, suficientemente informados, sin intereses personales y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Además, en línea con las orientaciones del considerando 70 de la Directiva sobre Reestructuración, una vez alertada la insolvencia, la *business judgement rule* incentivará a los administradores a promover la reestructuración preventiva y asumir riesgos comerciales razonables, siempre que tales acciones tengan por

Habiéndonos referido al nuevo alcance del deber de diligencia; la *business judgement rule* nos conduce necesariamente al **deber de lealtad**, recogido en el art. 227 LSC.

El deber de lealtad se fundamenta en la regla “*non profit*”, en virtud de la cual el administrador ha de anteponer siempre el interés de la sociedad al suyo propio o al de terceros vinculados con él<sup>30</sup>. Delimitar el nuevo alcance de este deber para adaptar el ordenamiento española a las exigencias europeas supone subrayar la obligación de incluir el interés de los acreedores en el interés social, cuestión a la que nos referimos *surpa*.

Concluimos este apartado refiriéndonos al régimen de responsabilidad previsto para los administradores que incumplan los deberes de diligencia y lealtad (arts. 236 a 241 bis LSC), que estarán obligados a indemnizar a la terceros o a la sociedad por el daño causado por dicho incumplimiento. En nuestra opinión, será la voluntad de evitar esta exigencia de responsabilidad lo que, en última instancia, incentive la actuación diligente y leal (con la adopción de los sistemas de alerta temprana que ella conlleva) por parte de los administradores sociales.

## **2.2. Incentivos en la normativa concursal**

Habiendo analizado los incentivos que contiene la normativa societaria para la adopción de los sistemas de alerta temprana, pasamos ahora a analizar esta misma cuestión desde la perspectiva del Derecho concursal. En este apartado veremos como la transposición de la Directiva de Reestructuración podría implicar crear incentivos para la solicitud del concurso voluntario en caso de insolvencia inminente y redefinir el alcance de las normas sobre la calificación culpable del concurso.

### *2.2.1. Incentivos positivos a la solicitud del concurso voluntario en casos de insolvencia inminente*

De acuerdo con el art. 5 TRLC, el deudor tiene el deber de solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido

---

objetivo mantener la viabilidad empresarial; que es el interés compartido de socios y acreedores en este escenario de insolvencia inminente (Gómez, 2019) .

<sup>30</sup> A este respecto debemos tener en cuenta que los conflictos de interés que surgen en las situaciones de insolvencia inminente no son sencillos de aplacar, pues en no pocas empresas los socios o propietarios son también los administradores, lo que, de un modo más o menos consciente, sesga la actuación de los administradores en perjuicio de los acreedores.

conocer el estado de insolvencia actual. En este sentido, se presume, salvo prueba en contrario, que el deudor conocía que se encontraba en estado de insolvencia cuando hubiera acaecido alguno de los hechos reveladores de la insolvencia enumerados en el art. 2 TRLC. La observancia o inobservancia de este deber de solicitar la declaración de concurso voluntario va asociada a una serie de beneficios o sanciones, respectivamente.

En lo que a los beneficios se refiere, la regla general que enuncia el TRLC es que, en caso de concurso voluntario, el deudor conserva sus facultades patrimoniales, es decir, su capacidad para sobre cómo se administra su patrimonio y cómo dispone de sus bienes, con la salvedad de que sus decisiones tienen que ser autorizadas *ex ante* por el administrador concursal (Sebastián, 2020).

En cuanto a las sanciones, el art. 444 TRLC prevé que el concurso se presumirá culpable cuando el deudor “hubiera incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso”. La declaración culpable del concurso puede llevar aparejada la inhabilitación para administrar bienes ajenos y representar a cualquier persona durante un periodo de 2 a 15 años, la pérdida de cualquier derecho que se tuviera como acreedor concursal o de la masa, la condena a devolver los bienes indebidamente obtenidos del patrimonio del deudor o de la masa y la condena a indemnizar los daños y perjuicios causados (art. 445 TRLC).

Estas sanciones y beneficios han demostrado ser ineficaces en lo que a la alerta temprana se refiere. No puede obviarse el hecho de que el la obligación de solicitar la declaración de concurso del deudor abarca únicamente los supuestos en los que se el mismo se encuentre en situación de insolvencia actual, que no inminente. Así, el deudor, no tiene ningún incentivo para presentar la solicitud antes de encontrarse en situación de insolvencia. Por lo tanto, debería modificarse el sistema de incentivos para animar al deudor a presentar la solicitud de concurso cuando la insolvencia es inminente y todavía puede revertirse.

Lamo de Espinosa propone completar la normativa concursal en este punto introduciendo supuestos de no apertura de la sección de calificación<sup>31</sup> y exención de la responsabilidad

---

<sup>31</sup> La calificación es aquella fase del procedimiento concursal en al que se lleva a cabo la valoración de la conducta del deudor, y de otras personas relacionadas con él, con el fin de esclarecer si en la causación o agravación del estado de insolvencia ha mediado dolo o culpa grave de alguna de aquellas personas. Si el

concurzal en el caso de presentación temprana de la solicitud<sup>32</sup>. Considera el autor que la solicitud se habrá presentado de forma temprana cuando, por ejemplo, el activo de la empresa sea superior al pasivo (Lamo de Espinosa, 2018). Este incentivo lograría evitar el efecto *empty shell* al que nos referimos en apartados anteriores, que implica que las empresas entren en concurso sin apenas masa activa y con nulas posibilidades de supervivencia.

Asimismo, Lamo de Espinosa propone otros incentivos a la solicitud temprana en relación a las condiciones que se puedan fijar en el convenio de acreedores. En este sentido, el deudor que solicita la apertura del concurso en caso de insolvencia inminente podría acordar, entre otras cosas, la dación en pago de parte o todos los bienes a los acreedores, plazos de espera superiores a los legalmente previstos y la extensión de las esperas establecidas en convenio a los créditos públicos (Lamo de Espinosa, 2018).

### *2.2.2. Incentivos negativos a la falta de uso de las herramientas de alerta temprana*

En el apartado anterior propusimos que la alerta temprana de la insolvencia y la actuación tempestiva, solicitando en los casos que proceda la declaración voluntaria del concurso, puedan suponer un beneficio para el deudor en sede de calificación concursal. En contraposición, en este apartado proponemos que la no adopción de las herramientas de alerta temprana puedan ser consideradas como un factor determinante a la hora de determinar la calificación culpable del concurso.

A este respecto, debemos partir de la idea de que la falta de implementación de herramientas de alerta no parece encajar con el incumplimiento de los deberes que, de acuerdo con el TRLC, permite activar la presunción de culpabilidad del concurso<sup>33</sup>.

---

juez concursal aprecia que la insolvencia ha sido creada o agravada mediando dolo o culpa grave, el concurso se califica como culpable (Sebastián, 2020)

<sup>32</sup> Ello sin perjuicio de otras acciones civiles y penales que en todo caso subsisten contra los administradores en el supuesto de acciones delictivas o fraudulentas.

<sup>33</sup> En los arts. 443 y 444 TRLC se recogen una serie de incumplimientos de deberes mercantiles cuya concurrencia abocaría al concurso a una calificación culpable en todo caso (incumplimientos del art. 443; por ejemplo, el incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de contabilidad) o salvo prueba en contrario (incumplimientos del art. 444; por ejemplo, el incumplimiento del deber de colaborar con el juez del concurso).



Ello nos lleva referirnos a la norma general del art. 442 TRLC, que establece que “el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores (...)”.

Para que este precepto constituyese un incentivo para la implementación de herramientas de alerta temprana sería necesario interpretar que la falta de uso de las mismas genera o agrava la insolvencia. Dado que la calificación culpable del concurso lleva aparejada una serie de sanciones, a las que nos referimos en apartados anteriores; debe *a priori* descartarse que el art. 442 TRLC, tal y como se encuentra redactado hoy en día, permita una interpretación tan extensiva como la que se propone.

No obstante, podría el legislador aprovechar la transposición de la Directiva sobre Reestructuración que se prevé para este año para matizar este artículo y obligar a los administradores a utilizar los sistemas de alerta temprana para prevenir la insolvencia bajo la amenaza de la calificación culpable del concurso.

## CONCLUSIONES

En este trabajo hemos podido analizar las distintas alternativas para la transposición u adopción de las herramientas de alerta temprana introducidas por la Directiva sobre Reestructuración a través de diferentes propuestas.

En el Capítulo I explicamos como la finalidad del sistema concursal debe ser conservar las empresas viables y liquidar cuanto antes las empresas no viables. Para servir a este fin, es necesario crear mecanismos que permitan la detección anticipada de la insolvencia, pues solo de esta manera podremos reorganizar a tiempo las empresas viables y no agravar el deterioro de los activos de las empresas no viables.

Como advertimos en el Capítulo II, la Comisión Europea fue consciente de tal realidad y ya en su Informe *Best* del año 2002 hace referencia explícita a la necesidad de adoptar mecanismos de alerta temprana de la insolvencia. Ante la creciente evidencia de la eficacia de estos mecanismos y las tímidas e insuficientes acciones de los Estados Miembros, la Comisión decidió abordar la construcción de un Derecho Europeo de Reestructuración temprana sobre la base de la Directiva 2019/1023, a la que nos referimos como Directiva sobre Reestructuración.

El análisis del presente trabajo se basa en la enumeración ejemplificativa de las principales alternativas para la configuración práctica de los sistemas de alerta temprana de la Directiva: (i) herramientas de autodiagnóstico a disposición de las empresas, (ii) advertencias a través de terceros y (iii) servicios de asesoramiento.

Tras analizar en el Capítulo III el alcance del principio de empresa en funcionamiento y de los parámetros específicos de situaciones críticas (ratios, índices,...) en los que se fundamentan las distintas alternativas de los sistemas de alerta; estudiamos en el Capítulo IV las concretas herramientas adoptadas en Italia, Francia y Dinamarca.

Tal y como hemos podido observar, el sistema italiano se centra en el autodiagnóstico basado en una serie de índices públicos; el sistema francés se centra en la alerta de los auditores y el sistema danés consiste en un programa de asesoramiento privado que se ofrece a las empresas que, identificadas mediante un software, presentan signos de dificultades financieras.

Explicado todo lo anterior, en el Capítulo V estudiamos las distintas opciones para la adopción de un sistema de alerta temprana en España, cuestión central en el presente trabajo. Las **herramientas de autodiagnóstico**, señalamos, podrían crearse adaptando los Ratios sectoriales publicadas por el Banco de España o el Cuestionario de autodiagnóstico de salud empresarial del Ministerio de industria, comercio y turismo. En este sentido, el lanzamiento del Test de solvencia anunciado por el Consejo General de Economistas puede suponer un importante avance.

En este punto, advertimos de la importancia de contar con datos de calidad para realizar el diagnóstico. El problema que supone que un gran número de empresas no estén obligadas a auditar sus cuentas (lo que garantizaría la calidad de los datos) puede solucionarse parcialmente utilizando los datos de la declaración del IS. Asimismo, se propone incentivar a las empresas a utilizar las herramientas de autodiagnóstico con los datos de la contabilidad ordinaria y con una frecuencia superior a la de la formulación de estados contables, pues solo así podrá este sistema detectar tempestivamente los signos de insolvencia.

En cuanto a la **alerta por terceros**, se estudian los posibles incentivos para (a) los auditores, (b) la administración pública y (c) determinados acreedores. Así, explicamos como la alerta por parte de los auditores podría favorecerse recogiendo expresamente que no serán responsables por la revelación de hechos relacionados con la alerta temprana y objetivando su evaluación sobre la continuidad empresarial con parámetros específicos de situaciones críticas. Se plantea también la posibilidad de que, en los casos en los que las dudas sobre la continuidad empresarial no sean sustanciales, tal circunstancia pueda recogerse en un documento interno dirigido únicamente a los administradores. Estas medidas, esperamos, ahuyentarán los temores sobre la profecía autocumplida y convertirán los informes de los auditores en herramientas útiles para la alerta temprana.

En relación con las administraciones públicas, las propuestas fundamentales consisten en dar publicidad del impago de impuestos o de cotizaciones de la seguridad social, al estilo francés, e incorporar parámetros como los Ratios sectoriales del Banco de España al software de la Agencia Tributaria, de manera que al realizar la declaración del IS se ofrezca automáticamente un análisis preliminar sobre la salud financiera de la empresa.

En tercer lugar, se confirma que el actual privilegio del acreedor instante del concurso es insuficiente para incentivar la alerta temprana por los acreedores y se concluye que más allá de la obligación de facilitar el documento de Información Financiera-PYME, incentivar la alerta por parte de las entidades de crédito no parece viable.

En cuanto a los **servicios de asesoramiento**, destacamos el programa SOS EMPRESA de la Comunidad de Madrid, inspirado en el sistema danés. Su principal problema, señalamos, es que depende de la iniciativa del deudor, que tiene que ser el que solicite activamente ayuda. Esto nos lleva al último apartado del trabajo, donde tratamos la importancia de crear incentivos para que los empresarios y administradores sociales recurran a las herramientas de alerta temprana.

Proponemos así que se redefina el alcance del contenido del deber de lealtad y diligencia de los administradores, que deberán hacer uso frecuente de las herramientas de alerta temprana y tomar en consideración el interés de los acreedores en las situaciones previas a la insolvencia.

Asimismo, se estudia la posibilidad de crear incentivos adicionales a la solicitud de concurso voluntario dentro de la normativa concursal. Estos incentivos, señalamos, podrían consistir, por un lado, en la no apertura de la sección de calificación concursal cuando la solicitud se presenta en un contexto de insolvencia anticipada y; por otro lado, en considerar que la falta de uso de los sistemas de alerta temprana agrava la insolvencia, constituyendo esta falta de uso una conducta susceptible de provocar la calificación culpable del concurso.

Como se ha podido ver, las alternativas son muchas y variadas. Futuros trabajos podrían profundizar en las propuestas presentadas y, cuando la Directiva sobre Reestructuración sea finalmente transpuesta, estudiar la alternativa escogida.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **LEGISLACIÓN ESTATAL**

Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas. Boletín Oficial del Estado, 21 de julio de 2015, núm. 173.

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Boletín Oficial del Estado, 10 de julio de 2003, núm. 164

Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Boletín Oficial del Estado, 18 de diciembre de 2003, núm. 302.

Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. Boletín Oficial del Estado, 28 de noviembre de 2014, núm 288.

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Boletín Oficial del Estado, 3 de julio de 2010, núm. 161.

Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. Boletín Oficial del Estado, 7 de mayo de 2020, núm. 127.

Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. Boletín Oficial del Estado, 31 de julio de 1996, núm.184.

### **LEGISLACIÓN COMUNITARIA**

Comunicación de la Comisión Europea [COM(2007)584 final] Superar el estigma del fracaso empresarial – por una política que ofrezca una segunda oportunidad. Diario oficial de la Unión Europea, 5 de octubre de 2007.

Comunicación de la Comisión Europea [COM(2008) 394 final]. Pensar primero a pequeña escala, Small Business Act para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas. Diario Oficial de la Unión Europea, 25 de junio de 2008.

Comunicación de la Comisión Europea [(COM(2012) 742 final)]. Nuevo enfoque frente a la insolvencia y al fracaso empresarial. Diario Oficial de la Unión Europea, 12 de diciembre de 2012.

Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2000 relativa al Programa plurianual en favor de la empresa y el espíritu empresarial, en particular para las pequeñas y medianas empresas (PYME) (2001-2005) (2000/819/CE). Diario Oficial de la Unión Europea, 20 de diciembre de 2000.

Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). Diario Oficial de la Unión Europea, 26 de junio de 2019, núm.172.

Recomendación de la Comisión 2014/135/UE, de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial. Diario Oficial de la Unión Europea, 12 de marzo de 2014.

Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia. Diario Oficial de la Unión Europea, 5 de junio de 2015.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

## **LEGISLACIÓN INTERNACIONAL**

Code de Commerce. Partie législative (Articles L110-1 à L960-4) [Versión electrónica. Base de datos Légifrance].

## **JURISPRUDENCIA**

Sentencia del tribunal Supremo (Sala de lo Civil) RJ. 1986/4451, de 5 de julio [Versión electrónica. Base de datos Aranzadi]. Fecha de la última consulta: 18 de abril de 2021.

Sentencia del tribunal Supremo (Sala de lo Civil) RJ. 1991/1512, de 19 de febrero [Versión electrónica. Base de datos Aranzadi]. Fecha de la última consulta: 18 de abril de 2021.

Sentencia del tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 770/2011, de 10 de noviembre [Versión electrónica. Base de datos Aranzadi]. Fecha de la última consulta: 18 de abril de 2021.

Sentencia del tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 991/2012, de 17 de enero [Versión electrónica. Base de datos Aranzadi]. Fecha de la última consulta: 18 de abril de 2021.

## OBRAS DOCTRINALES

- Abad, C., Arquero, J. L., y Jiménez, S. (2008). Fracaso empresarial: características y tipos. Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas, p. 69.
- Ajona, L. A. (2012). Las expectativas del usuario ante la salvedad al principio de empresa en funcionamiento. Evidencia empírica del fenómeno de la profecía autocumplida para el caso español. *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, nº41(154), pp. 263-289.
- Alejos, B. (2016). *Una propuesta para la contituidad de las empresas viables en el concurso de acreedores*. Tirant lo Blanch.
- Almoguera, J. (2020). Las crisis empresariales. La solicitud y la declaración del concurso. En R. Sebastián (coord.), *Fundamentos de Derecho Empresarial. Derecho concursal*, 5ª Edición, Tomo IV, (pp. 26-27). Civitas.
- Altman, E. I. (1983). Corporate financial distress of companies: A complete guide to predicting, avoiding and dealing with bankruptcy. *John Wiley and Sons*.
- Amat, O. (2008). *Análisis de estados financieros: fundamentos y aplicaciones (8ª Edición)*. Ediciones Gestión 2000.
- Balp, G. (2019). Early Warning Tools at the Crossroads of Insolvency Law and Company Law. *Global Jurist*, nº 19(2).
- Beaver, W. (1966). Financial Ratios as predictors of failures. *Journal of Accounting Research. Empirical Research in Accounting Selected Studies*, vol. 5 (suplemento), pp. 71-111.
- Bernes, J. (2020). Algunas cuestiones relevantes que suscita la regulación contenida en la directiva (ue) 2019/1023 del parlamento europeo y del consejo, de 20 de junio de 2019, en materia de instrumentos de alerta, exoneración de deudas y segunda oportunidad. *Lex Mercatoria*, vol. 14, artículo 6.
- Bottazzi, G., Grazi, M., y Secchi, A. (2011). Financial and economic determinants of firm default. *Journal of Evolutionary Economics*, vol. 21, nº 3, pp. 373- 406.
- Carbajo, F. (2020). El aseguramiento de la responsabilidad civil derivada del incumplimiento del deber de lealtad por los administradores de sociedades de capital. En M. Muñoz (coord.) *El acreedor en el derecho concursal y preconcursal a la luz del Texto Refundido de la Ley Concursal* (cap. 12, pp. 365-401). Thomson Reuters. Civitas.

- Comisión Europea. (2011). *Business dynamics: start-ups, business transfers and bankruptcy. Final Report.*
- Fernández del Pozo, L. (2001). *Posibilidad y contenido de un derecho preconcursal. Auditoría y prevención de la crisis empresarial (art. 209.1.b) LSA.* Marcial Pons.
- Fernández del Pozo, L. (2003). Sobre la preconcursalidad y la prevención de la insolvencia. El mecanismo de alerta preconcursal. En A. Rojo, *La Reforma de la Legislación Concursal: Jornadas sobre la reforma de la legislación concursal: Madrid 6 a 10 de mayo de 2002.* (pp. 9-86). Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Marcial Pons.
- García-Cruces, J. (2007). Los mecanismos de anticipación del Concurso en el Derecho Español. *Rivista di Diritto Societario*, nº 4, pp. 22 y ss.
- Goldenberg, J. L. (2012). El problema temporal del inicio de los procedimientos concursales. *Ius et praxis*, nº 1, pp. 315-346.
- Gómez, C. (2019). Los deberes de los administradores en situación de insolvencia inminente en la propuesta de directiva sobre marcos de reestructuración. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Editorial Wolters Kluwer*, nº 31.
- Joy, O. y Tollefson, J. (1975). On the financial applications of discriminant analysis. *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, vol. 10, nº 5, pp. 723-739.
- Lado, C. (2020). Alertas tempranas y Administraciones Públicas en la Directiva 2019/1023 de reestructuración. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, nº 33/2020, Editorial Wolters Kluwer.*
- Liu, J. (2004). Macroeconomic determinants of corporate failures: evidence from the UK. *Applied Economics*, nº 36, pp. 939-945.
- Lloret, J., Caicoya, J., y Lorente, R. (2020). «Alertas tempranas». La aplicación a la situación en España. Las herramientas de autodiagnóstico para la alerta temprana en situaciones de distress empresarial. *Diario LA LEY. Editorial Wolters Kluwer*, nº 9640.
- Møller, M. (2020). Early Warning Europe: asistencia a las PYMES en crisis. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Editorial Wolters Kluwer*, nº 33.
- Møller, M. y. (2019). Early warning systems in Denmark and Europe. *Eurofenix.*
- Muñoz, C. (2006). El informe de auditoría y la supervivencia de la empresa. *Ediciones del Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España.*
- Parnes, D. (2010). The information content of analysts reports and bankruptcy risk measures. *Applied Financial Economics*, nº 20, pp. 1499–1513.



- Pérochon, F. (2011). La prevención de la crisis en Derecho francés. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. Editorial Wolters Kluwer, nº 15.
- Piñeiro, C., de Llano, P. y Rodríguez, M. (2012). La evaluación de la probabilidad de fracaso financiero. Contraste empírico del contenido informacional de la auditoría de cuentas. *Revista Española de Financiación y Contabilidad (AECA)*, nº 156, vol. XLI, pp. 565- 588.
- Piñeiro, C., de Llano, P. y. Rodríguez, M. (2013). ¿Proporciona la auditoría evidencias para detectar y evaluar tensiones financieras latentes? Un diagnóstico comparativo mediante técnicas econométricas e inteligencia artificial. *Revista Europea de Dirección y Economía de la Empresa (próxima publicación)*.
- Pulgar, E. (2019). Gobierno corporativo, sociedades cotizadas y proximidad de la insolvencia: Administradores, accionistas y acreedores. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. Editorial Wolters Kluwer, nº 30.
- Pulgar, E. (2020). Reestructuración empresarial y alarma Covid 2019: legislación preconcursal y concursal de emergencia. *Diario LA LEY*. Editorial Wolters Kluwer, nº 9608.
- Sebastián, R. (2020). Efectos de la declaración de concurso. En R. Sebastián (coord.), *Fundamentos de Derecho Empresarial. Derecho concursal*. (págs. 5ª Edición, Tomo IV, p. 49). Civitas.
- Registro de Economistas Forenses. (2002). Jornadas sobre La Reforma del Derecho Concursal Español. Del 7 al 11 de Octubre de 2002. *Consejo General de Colegios de Economistas de España*.
- Rodríguez, M., Piñeiro, C., y de Llano, P. (2015). Predicción de insolvencia y fracaso financiero: medio siglo después de Beaver (1966). Avances y nuevos resultados. *XVIII Congreso AECA, Cartagena*.
- Saint-Alary-Houin, C. (2020). *Droit des entreprises en difficulté*. Paris: L.G.D.J.
- Toro, B. (2017). Problemática de la verificación del principio de empresa en funcionamiento en la auditoría externa.
- Tsai, B. L. (2009). The Impact of Auditors' Opinions, Macroeconomic and Industry Factors on Financial Distress Prediction: An Empirical Investigation. *Review of Pacific Basin Financial Markets and Policies*, vol. 12, nº 3, pp. 417–454.
- Veiga, A. B. (2020). Paridad y privilegio: ¿qué sentido tienen en una moderna legislación concursal? repensar la paridad, cuestionar el privilegio. En A. B. Veiga, *El*

*acreedor en el derecho concursal y preconcursal a la luz del texto refundido de la ley concursal* (cap. 13, p. 377). Thomson Reuters. Civitas.

## **RECURSOS DE INTERNET**

Accountancy Europe. (2019). Límites para eximir de la obligación de auditoría en Europa. Obtenida el 22/04/21 de <https://www.icjce.es/adjuntos/limites-auditoria-ace.pdf>

Banco de España. (2021). Ratios Sectoriales de las Sociedades no Financieras. Obtenida el 22/04/21 de: [http://app.bde.es/rss\\_www/](http://app.bde.es/rss_www/)

Cerved. (2020). Crisi d'impresa: si rimanda al 1° settembre 2021 con il decreto correttivo. Obtenida el 22/04/21 de: <https://know.cerved.com/tool-educational/crisi-dimpresa-si-rimanda-al-1-settembre-2021-con-il-decreto-correttivo/>

Comisión Europea. (2003). Best Project on Restructuring, Bankruptcy and a Fresh Start. Obtenida el 22/04/21 de:  
<https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/EuropeanUnionProjectonRestructuringReportofExperts.pdf>

Comisión Europea. (2019). Early Warning Europe: helping small and medium-sized enterprises to survive and prosper. Obtenida el 22/04/21 de:  
[https://ec.europa.eu/growth/content/early-warning-europe-helping-small-and-medium-sized-enterprises-survive-and-prosper\\_es](https://ec.europa.eu/growth/content/early-warning-europe-helping-small-and-medium-sized-enterprises-survive-and-prosper_es)

Comisión Europea. (1996). LIBRO VERDE Función, posición y responsabilidad civil del auditor legal en la Unión Europea. Obtenida el 22/04/21 de:  
<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/51543ef5-17f8-4850-99d9-3a78cca64fca/language-es/format-PDFA1B>

Comunidad de Madrid. (2021). SOS EMPRESA. Programas específicos de apoyo a emprendedores. Obtenida el 22/04/21 de:  
<https://www.comunidad.madrid/servicios/empleo/programas-especificos-apoyo-emprendedores>

Diariolaley. (2021). La herramienta de alertas tempranas del CGE. Obtenida el 22/04/21 de: <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2021/02/16/la-herramienta-de-alertas-tempranas-del-cge>

Early Warning Europe. (2021). Early Warning Europe. Goals and rationale underlying the establishment of Early Warning. Obtenida el 22/04/21 de:

<https://www.earlywarningeurope.eu/manual/2-goals-and-rationale-underlying-the-establishment-of-early-warning>

- Herrera, D. (2020). Las insolvencias y la Ley Concursal: breve reseña de un desencuentro. Tirant lo blanch. Dossier experto. Obtenido de Tirant lo blanch. Obtenida el 22/04/21 de: <https://tirant.com/actualidad-juridica/noticia-dossier-experto-las-insolvencias-y-la-ley-concursal-breve-resena-de-un-desencuentro/>
- Herrera, D. (2020). Reflexiones sobre los métodos de diagnóstico de la evolución patrimonial de las empresas y de predicción de la insolvencia en tiempos de crisis. Tirant lo blanch. Dossier experto. Obtenida el 22/04/21 de: <https://tirant.com/actualidad-juridica/noticia-insolvencia-en-tiempos-de-crisis/>
- Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España. (2019). Las empresas entran tarde en concurso, lo que impide su viabilidad y terminan en liquidación. Portal del Auditor. Obtenida el 22/04/21 de: <https://www.icjce.es/empresas-entran-tarde-concurso-impide-viabilidad-terminan>
- Lamo de Espinosa, J. (2018). Una visión crítica de la calificación del concurso de acreedores. Incentivos a la presentación del concurso de acreedores. El Derecho. Obtenida el 22/04/21 de: <https://elderecho.com/una-vision-critica-la-calificacion-del-concurso-acreedores-incentivos-la-presentacion-del-concurso-acreedores>
- Marín de la Bárcena, F. (2019). La Directiva 2019/1023 (VI): deberes de los administradores sociales en caso de insolvencia inminente. Gómez-Acebo & Pombo. Obtenida el 22/04/21 de : <https://www.ga-p.com/publicaciones/la-directiva-2019-1023-vi-deberes-de-los-administradores-sociales-en-caso-de-insolvencia-inminente/>
- Ministerio de industria, comercio y turismo. (2000). Carta europea de la pequeña empresa: Política europea de la PYME. Obtenida el 22/04/21 de : [http://www.ipyme.org/es-ES/UnionEuropea/UnionEuropea/PoliticaEuropea/Documents/NB4302600ESC\\_001.pdf](http://www.ipyme.org/es-ES/UnionEuropea/UnionEuropea/PoliticaEuropea/Documents/NB4302600ESC_001.pdf)
- Ministerio de industria, comercio y turismo. (2021). Autodiagnóstico de salud empresarial. Obtenida el 22/04/21 de : <https://saludempresarial.ipyme.org/Home>
- Noticias Jurídicas. (2021). Así es el semáforo de insolvencia, la propuesta del Consejo General de Economistas de alertas tempranas. Obtenida el 22/04/21 de : <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/16017-asi-es-el-semaforo-de->

insolvencia-la-propuesta-del-consejo-general-de-economistas-de-alertas-tempranas/

Valencia, F. (2021). Directiva 1023/2019: Los mecanismos de alerta temprana. Cuatrecasas, Publicaciones. Obtenida el 22/04/21 de : [https://www.cuatrecasas.com/es/publicaciones/directiva\\_10232019\\_los\\_mecanismos\\_de\\_alerta\\_temprana\\_registro\\_de\\_economistas\\_forenses\\_reford\\_n\\_582021\\_marzo.html](https://www.cuatrecasas.com/es/publicaciones/directiva_10232019_los_mecanismos_de_alerta_temprana_registro_de_economistas_forenses_reford_n_582021_marzo.html)