

GUÍA RÁPIDA FRANCIS
LEFEBVRE

Reestructuración financiera: una solución ante la crisis

**Claves prácticas para llevarla a
cabo con éxito**

Fecha de edición: 15 de septiembre de 2020



Esta obra colectiva ha sido realizada
por iniciativa y bajo la coordinación editorial de
Francis Lefebvre

Coordinadores:
Javier Martín Fernández
Antonio Jurado Ruiz

Fernando Anaya Martín

Abogado y Economista de Ideo Legal
Capítulos 1 y 5; Glosario de términos

Rafael Arenas Castilla

Gerente de Ideo Legal
Capítulo 8

Juan Manuel Berdud Seoane

Abogado de Ideo Legal
Capítulo 5

Eduardo Ferreiro Freire

Abogado de Ideo Legal
Capítulos 10 y 11

Celia Ferrero Romero

Vicepresidenta ejecutiva de ATA
Capítulo 13

Raimundo García Fernández

Consejero Delegado de Solventa
Capítulo 8

Antonio Jurado Ruiz

Economista. Responsable de recuperaciones
Introducción; Capítulos 2, 3, 6, 7 y 8

Charo López Mata

Responsable de Calidad de Compliance Certifica
Capítulo 1

Javier Martín Fernández

Abogado de Ideo Legal. Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Complutense de Madrid
Introducción; Capítulos 1, 9 y 12

Jesús Rodríguez Márquez

Abogado de Ideo Legal. Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario
Capítulos 1, 9 y 12

Lucía Torrejón Sanz

Economista. Instituto de Estudios Fiscales del Ministerio de Hacienda
Capítulo 4

© Francis Lefebvre

Lefebvre-El Derecho, S. A.
Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid. Teléfono: (91) 210 80 00. Fax: (91) 210 80 01
www.efl.es
Precio: 30,16 € (IVA incluido)

ISBN: 978-84-18405-05-1
Depósito legal: M-26723-2020

Impreso en España
por Printing'94
C/ Orense, 4 (2ª planta) - 28020 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO [Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org] si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Plan general

	<u>nº marginal</u>
Introducción	10
Capítulo 1. Los deberes de los administradores de las sociedades: el control de riesgos . . .	100
Capítulo 2. Una prioridad de la reorganización financiera: la anticipación en la detección del problema	300
Capítulo 3. La necesidad de un buen análisis financiero	400
Capítulo 4. El análisis de los estados financieros	500
Capítulo 5. La valoración de una empresa	700
Capítulo 6. El análisis DAFO	900
Capítulo 7. ¿Qué es y en que consiste una reestructuración o refinanciación?	1000
Capítulo 8. Implementación de las posibles soluciones financieras	1200
Capítulo 9. Las deudas tributarias y con la seguridad social	1400
Capítulo 10. La ejecución hipotecaria	1500
Capítulo 11. El concurso como última o única solución	1600
Capítulo 12. El concurso como única posibilidad de transacción en relación con los créditos públicos.....	1800
Capítulo 13. El caso de los autónomos: prevenir antes que curar la quiebra empresarial . . .	1900
Glosario de términos.....	3000
	<u>Página</u>
Tabla Alfabética.....	109
Índice Analítico	121

Abreviaturas

AEAT:	Agencia Estatal de Administración Tributaria
AJD:	Actos Jurídicos Documentados (modalidad ITP y AJD)
art.:	artículo/s
BEPI:	Beneficio de la exoneración de pasivo insatisfecho
BGC:	Buen gobierno corporativo
CBPT	Código de Buenas Prácticas Tributarias
CC:	Código Civil (RD 24-7-1889)
Circ:	Circular
CP:	Código Penal (LO 10/1995)
DFC:	Descuento de flujos de caja
ERTE:	Expediente de Regulación Temporal de Empleo
FGE:	Fiscalía General del Estado
IBI:	Impuesto sobre Bienes Inmuebles
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
ITP y AJD:	Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
IS:	Impuesto sobre Sociedades
IVA:	Impuesto sobre el Valor Añadido
IIVTNU:	Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana
L:	Ley
LAU:	Ley de Arrendamientos Urbanos (L 29/1994)
LCon:	Texto refundido de la Ley Concursal (RDLeg 1/2020)
LCon/03:	Ley 22/2003, concursal
LEC:	Ley de Enjuiciamiento Civil (L 1/2000)
LGP:	Ley General Presupuestaria (L 47/2003)
LGSS:	Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (RDLeg 8/2015)
LGT:	Ley General Tributaria (L 58/2003)
LSC:	Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (RDLeg 1/2010)
LSO:	Ley de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (L 25/2015)
núm.:	número/s
PGC:	Plan General de Contabilidad (RD 1514/2007)
RD:	Real Decreto
RDL:	Real Decreto Ley
redacc:	redacción
RGR:	Reglamento General de Recaudación (RD 939/2005)
RGRSS:	Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (RD 14155/2004)
SS:	Seguridad Social
UEC:	Unión de Expertos Contables Europeos.
VTC:	Valor teórico contable.
TJUE:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS:	Tribunal Supremo

PRÓLOGO

El libro que me honro en prologar es todo un ejemplo de una obra rigurosa, práctica, útil y necesaria, para todo gestor que se enfrente a una reorganización empresarial, en la que sus autores conjugan su saber sobre la materia, con una visión pragmática y que viene a ocupar un vacío en las publicaciones técnicas sobre gestión financiera y empresarial.

Por unas u otras razones conozco a sus coordinadores. De un lado, a Antonio Jurado, economista, con una dilatada experiencia en gestión bancaria, habiendo desempeñado funciones directivas en todo el ciclo de vida del riesgo crediticio. Gestor de éxito en las recientes crisis financieras y poseedor del conocimiento adquirido en un acompañamiento al cliente de banca, en la búsqueda de las adecuadas estructuras de financiación, que posibiliten el cumplimiento de sus obligaciones con la entidad financiera. Honestamente reconozco que dicha función profesional, es todo un arte.

De otro, a Javier Martín, que, pese a ser Catedrático de Derecho Financiero y Tributario en la Universidad Complutense, sigue manteniendo no solo su despacho de Córdoba, sino que está presente en múltiples iniciativas de su ciudad natal (Presidente del Consejo Regulador Montilla-Moriles y de las Fundaciones Bodegas Campos y Paradigma de Córdoba). Persona sabia y polifacética, aportadora de gran valor en todas sus actuaciones y colaboraciones profesionales. Espero que el aprecio por ambos no me haya hecho perder la objetividad en su presentación. Ambos son expertos en la materia tratada y han sabido coordinar a un equipo de autores capaces de transmitir muchos conceptos y criterios de forma concisa y brillante, toda una virtud nada desdeñable.

El libro se estructura en trece capítulos, dedicados a aquellas cuestiones que los autores han considerado claves prácticas de toda reorganización financiera, tal y como reza su título. El primero, a la gestión de los riesgos por parte de los administradores de las sociedades (financieros, penales, tributarios y con la Seguridad Social). El segundo, a la anticipación en la detección de los problemas, lo cual es, también a mi juicio, una regla de oro y clave en el éxito a largo plazo de toda estrategia en la gestión financiera. Los cuatro siguientes, al conocimiento de la realidad de la empresa, el análisis de sus estados financieros, su valoración y el análisis DAFO. Otros tres a la reestructuración de las deudas, la implementación de posibles soluciones financieras y la refinanciación de los créditos públicos. Los últimos, a la ejecución hipotecaria, el concurso de acreedores, el papel que juegan aquellos créditos en este último y la necesidad de prevenir antes que curar la quiebra empresarial de los autónomos.

Pese a que lo importante son las páginas que siguen, no quiero desaprovechar la oportunidad que me brindan sus autores para plasmar algunas reflexiones personales. En primer lugar, la banca es un elemento esencial de nuestra economía. La banca desarrolla una función de alta responsabilidad, y como tal, al administrar recursos de sus clientes, se le debe exigir el máximo rigor en su gestión. Colabora de forma activa con todos los operadores para conseguir que progrese nuestra sociedad y se cree empleo y riqueza en su entorno de actuación. Lo anterior se puso de relieve cuando determinadas decisiones de algunos gobiernos (no es el caso de España), dejaron caer algunas entidades con consecuencias muy negativas para sus depositantes y para el desarrollo económico de la sociedad a la que sirve.

En segundo lugar, la banca no es un enemigo. Es un proveedor más, pero de servicios financieros, que toma sus decisiones con rigor, ya que detrás de ellas siempre hay un equipo profesional de primer nivel que estudia y sustenta la viabilidad de las operaciones. Del acierto en sus decisiones, se desprende la asunción de las conse-

cuencias negativas y la necesaria gestión de las soluciones, en caso de incumplimiento.

En tercer lugar, la banca asume riesgos, como toda actividad empresarial, pero se debe a sus accionistas, impositores y clientes. La colaboración activa con los operadores del mercado, a la que antes me refería, no le hace convertirse en partícipe de la actividad del cliente. Este último y la banca han de correr cada uno con sus respectivos riesgos.

Por último, el cliente de una entidad bancaria debe dirigirse a ella con plena transparencia, ya que lo contrario lleva, inequívocamente, a la desconfianza. Tal y como ponen de manifiesto los autores, la información que se le traslade ha de ser veraz y fiable, más aún en situaciones económicas difíciles y adversas. Para que se consiga el éxito en el largo plazo, en la relación banco-cliente, ésta debe de cimentarse en la «alta confianza» y sólo se consigue sobre sólidas bases de transparencia y sana complicidad en los negocios.

Muchas de estas cuestiones son tratadas por los autores en las páginas que siguen. Sólo me resta felicitarles por su obra y recomendarles su lectura. Disfruten de ella. Sin duda les aprovechará, les posibilitará evitar la comisión de errores de indeseadas consecuencias. Mas aún en tiempos convulsos como los que vivimos a consecuencia de la pandemia. Sin embargo, el empresario es como el ave fénix que nace de sus propias cenizas, que se reinventa y busca otras oportunidades de negocio, donde siempre encontrará como aliado a la banca.

JOSEBA BARRENA

*Director General Corporativo Financiero de Kutxabank
Consejero Delegado de Cajasur Banco*

INTRODUCCIÓN**10**

Al inicio de la declaración del **estado de alarma** en marzo de 2020, el Gobierno dibujó un escenario de corta duración del confinamiento. Sin embargo, se ha prolongado más de lo previsto, provocando un colapso de la economía. Y, en estas circunstancias, no puede exigirse a las empresas que cumplan sus obligaciones bajo unas disposiciones previstas para una situación de normalidad. Ahora bien, en su trasfondo se sigue con la idea de que estamos ante una crisis en V. El optimismo nunca debe perderse, aunque la cruda realidad fuerce a pensar lo contrario.

Todo ello ha provocado una **crisis de liquidez** que el Gobierno ha tratado de contrarrestar a través de los créditos ICO y con escasas medidas de aplazamiento en los ámbitos tributario y de la Seguridad Social (SS). Pese a la garantía del Estado, algunas entidades financieras no han sido muy propensas a aceptar este sistema de barra libre, pues son reticentes a su concesión al preferir antes un buen pagador que la garantía pública. De hecho, han propiciado acuerdos, al margen de las líneas ICO, sobre los créditos existentes, antes que acudir a las mismas.

Lo cierto es que algunas empresas se están manteniendo activas de forma «*artificial*» por estas financiaciones «*estatales*», que, en un amplio porcentaje, no van a poder cumplirse. Poco vale darse golpes en el pecho, sino que es necesario afrontar los problemas. Para ello y hoy más que nunca, se hace precisa la **anticipación** y únicamente se consigue con una correcta **reestructuración de la deuda**. La inmensa mayoría de las empresas no se dedican a ello, empiezan cuando la situación es muy difícil de solucionar y se orientan al concurso. Este último es la última salida y, en ocasiones, la única solución.

Una reestructuración no es simplemente modificar los plazos de los préstamos, ya que eso lo hacen los que no saben. Debe partir de un **análisis financiero** de la empresa, de un plan de negocio/viabilidad. Hay que buscar esta última y tomar las decisiones para llevarla a término. Si es imposible, mejor no hacer nada.

A los **acreedores** hay que transmitirles, anticipación, confianza y mucha seguridad, especialmente a la banca. Detallarles un **plan de negocio** –resumido–, de las debilidades de la empresa y, como van a solucionarse.

Nunca nos debemos ceñir a la deuda bancaria o con la Hacienda Pública y la SS. Es preciso convencer a todos los acreedores que, con las medidas a implementar, van a seguir cobrando, pero se requiere su ayuda y, para ello, han de creer en la **propuesta**. Es posible que, en la empresa, haya ramas de actividad que no son viables, que están pagando deudas de activos que no interesan. Por ello, habrá que liquidarlos o, simplemente, dejarlos de pagar.

En un proceso de reestructuración de una empresa en dificultades es preciso llevar a cabo el siguiente **cuadro de análisis**: financiero, de costes, márgenes, de mercado; así como analizar la viabilidad futura a medio/largo plazo (una suficiente reestructuración la viabiliza, se hace necesario un socio industrial o financiero, se requiere de una política de desinversiones y centrar el «*core* (centro o núcleo) *de negocio*» o bien otras alternativas).

Veamos el futuro con optimismo, pero dotemos a las empresas, incluidas las del sector financiero, de un marco de seguridad jurídica. La **legislación de emergencia** que ha caracterizado el primer semestre de 2020 no es un buen ejemplo de ello y, mucho menos, los mensajes contradictorios sobre la legislación laboral. Mal que le pese a algunos, los empresarios son los que crean empleo sostenible y estable.

Las páginas que siguen están destinadas a esbozar todas estas cuestiones, expuestas siempre desde una vertiente práctica, debido a la trayectoria académica y profesional de los autores. El lector no va a encontrar un análisis exhaustivo de todas ellas, nada más lejos de nuestra voluntad, pues únicamente hemos pretendido centrar el tiro en las que consideramos más relevantes. Con la finalidad de que resulte

10

(sigue)

comprensible la compleja terminología a la que debe enfrentarse, se incorpora al final un **glosario** con los términos utilizados más frecuentemente.

Se inicia con un capítulo primero sobre la **gestión de los riesgos** por parte de los administradores de la sociedades, donde se encuentran los financieros, penales, tributarios y con la SS. El segundo, a la **anticipación** en la detección del problema de una posible insolvencia como prioridad en toda reorganización. El tercero, a la necesidad de una foto fija de la realidad de la empresa, continuando con el análisis de sus estados financieros, su **valoración y el análisis DAFO**. El séptimo sobre qué es y, en que consiste una reestructuración o refinanciación, continuando con los dedicados a la implementación de las posibles soluciones financieras y la refinanciación de las **deudas tributarias y con la SS**. Para finalizar con cuatro capítulos que se encargan de la **ejecución hipotecaria**, del **concurso de acreedores** como última salida y única posibilidad de transacción en relación con los créditos públicos, así como del caso de los **autónomos** y la necesidad de prevenir antes que curar la quiebra empresarial. Para finalizar, nuestros agradecimientos van dirigidos, en primer lugar, a los colegas de nuestras respectivas Universidades, despachos y organizaciones, de los que hemos recibido opiniones siempre certeras y, en segundo lugar, a Ediciones Lefebvre-El Derecho, en particular a su Presidente en España, Juan Pujol, por abrirnos las puertas de su editorial, una vez más.

**Córdoba, Madrid, Málaga y Vigo,
en un raro mes de agosto de 2020 a consecuencia del COVID-2019**

CAPÍTULO 1

Los deberes de los administradores de las sociedades: el control de riesgos

A.	Los deberes de los administradores	105	100
B.	El deber de control de riesgos	120	
	Visión general	125	
	Riesgos penales	140	
	Riesgos tributarios	155	
	Riesgos con la Seguridad Social	160	
C.	Los programas de cumplimiento normativo y su certificación	165	
	Programas de cumplimiento normativo en general	170	
	Ámbito penal	175	
	Ámbito tributario	200	
	La certificación de los programas de cumplimiento normativo	205	

A. Los deberes de los administradores

Los administradores deben desempeñar su cargo con la diligencia de un **ordenado empresario**. Este deber se configura como pauta de conducta o estándar ético, así como fuente de obligaciones. De la redacción literal de la LSC (art.225.1), se observa su vinculación a la naturaleza del cargo y de las funciones atribuidas, la obligación de cumplir lo dispuesto en las leyes y los estatutos, y, por último, de nuevo, el estándar ético general de diligencia de «*un ordenado empresario*».

Este último paradigma surge, en nuestro Derecho, como **estándar ético general** de diligencia y pese a que los administradores no tienen la condición legal de empresarios. Actúan por nombre y cuenta de su organización, verdadero y único empresario. No obstante, y desde un punto de vista económico, llevan a cabo su labor como tal, ya que coordinan factores de producción y adoptan decisiones, creando valor para los accionistas y perpetuándola en el largo plazo.

Todo ello hace que se les exijan pautas de conducta propias del empresario. Efectivamente, se adopta, en nuestro ordenamiento jurídico, el citado paradigma como estándar general del **deber de diligencia** asumiendo que, aún sin alcanzar la condición legal de aquel, actúan en el arte de los negocios como si lo fueran.

El legislador configura, de un lado, el tipo de conducta y, de otro, su grado. El primero es el correspondiente al empresario, es decir, un tipo de diligencia **profesional** que requiere un conjunto de conocimientos específicos. El segundo es el del ordenado empresario. Esto es, la **prudencia** con que actuaría uno de estos últimos cuando asume el riesgo y ventura de su actividad de negocio.

Los administradores han de cumplir los deberes impuestos por las **leyes y los estatutos sociales** (LSC art.225.1). Hemos de recordar que estos últimos tienen fuerza de ley en el seno de la entidad.

La gestión de las organizaciones conlleva una dilatada **discrecionalidad** en la toma de decisiones estratégicas y de negocio. En este sentido, los administradores asumen un alto grado de incertidumbre en la adopción de los acuerdos, en especial, los vinculados con decisiones estratégicas. No obstante, no se les exige la obligación de asegurar el **éxito empresarial** o económico, sino el deber de desempeñar su cargo y desarrollar sus funciones cumpliendo con sus obligaciones legales y estatutarias, así como con la diligencia debida (*due diligence*).

La reforma más notable en esta última responde a la expresa introducción, en nuestro ordenamiento jurídico, de la **regla de su control** (*business judgment rule*), procedente de la tradición jurídica anglosajona. La misma se crea por los Tribunales norteamericanos, en aplicación del deber de diligencia, con el objeto de preservar la seguridad jurídica necesaria en la adopción de decisiones empresariales.

109 Para entenderla conviene diferenciar entre el aspecto sustancial y formal de estas últimas.

De un lado y en relación al primero, el contenido material de la conducta se materializa en el criterio empresarial seguido por los administradores, que podrá ser exitoso o infructuoso, es decir, la **asunción del riesgo** y ventura inherente a toda actividad económica. De otro y por lo que respecta al segundo, están obligados a respetar las **normas legales y estatutarias** en su adopción.

Por tanto, el administrador que adopte, de **buena fe**, una decisión empresarial cumple con el deber de diligencia si [sección 4.01 de los *Principles of Corporate Governance* del *American Law Institute*):

- a) No está **interesado personalmente** en el asunto objeto de la misma.
 - b) Está **informado** del asunto y en la medida que considere apropiado dadas las circunstancias.
 - c) Considera que se adopta en el mejor **interés de la organización**.
- En definitiva y de conformidad con la protección de la discrecional empresarial, se presume, en la adopción de los **acuerdos de carácter estratégico** y de negocio, que los administradores actúan con la suficiente información, de buena fe y considerando honestamente que la decisión se toma en el mejor interés social.

110 La regla del control de la diligencia se aplica, únicamente, en el ámbito del deber de diligencia, cuando concurren los siguientes **presupuestos** (LSC art.226.1):

- Es de aplicación a las decisiones empresariales, quedando excluidas las **omisiones**.
- Han cumplido con el **deber de informarse**, de forma diligente, sobre el asunto objeto de aquellas.
- No pueden encontrarse en situación de **conflicto de intereses**.
- Requiere adoptar la decisión respetando los **protocolos y procedimientos** formales establecidos legal y estatutariamente.
- Han de haber actuado de **buena fe**.

112 Partiendo de lo anterior y en cuanto al objeto de estudio de estas páginas, los administradores han de velar por no incurrir en ninguna de las causas de **disolución** de una sociedad:

a) De pleno derecho: el transcurso, de un lado, del término de **duración** fijado en los **estatutos**, salvo prórroga; y, de otro, de 1 año desde la adopción del acuerdo de **reducción del capital** social por debajo del mínimo legal como consecuencia del cumplimiento de una ley, si no se hubiere inscrito en el Registro Mercantil la transformación o la disolución de la sociedad, o el aumento del capital social hasta una cantidad, igual o superior, al mínimo legal (LSC art.360).

Además, y aunque la declaración de **concurso** no entraña, por sí misma, la disolución, la apertura de la fase de liquidación la produce de pleno derecho (LSC art.361).

115 b) Otras causas: el cese en el ejercicio de la actividad, conclusión de su objeto, imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social, paralización de los órganos sociales, pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, reducción del capital social por debajo del mínimo legal, que el valor nominal de las participaciones sociales o acciones sin voto exceda de la mitad del capital social desembolsado y no se restablezca en 2 años, y fallecimiento, cese, incapacidad o apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores de todos los socios colectivos (LSC art.363).

La disolución de la sociedad abre el período de **liquidación** (LSC art.371), que es el conjunto de operaciones encaminadas a finalizar los negocios existentes, pagar deu-

das y cobrar créditos, convertir en dinero sus bienes y proceder a su repartición entre los socios. La sociedad mantendrá su personalidad jurídica hasta la liquidación. En este periodo, cesarán los administradores, que se convertirán en liquidadores, salvo disposición estatutaria en contrario o nombramiento por la junta general que acuerde la disolución (LSC art.374 s.).

B. El deber de control de riesgos

Visión general	125	120
Riesgos penales	140	
Riesgos tributarios	155	
Riesgos con la Seguridad Social	160	

Visión general La reforma operada en 2014 en la LSC ha incluido, como gran novedad, la inclusión del deber de los administradores en relación al control de riesgos de las organizaciones. A través de dicha norma España se incorpora a los países más avanzados en la regulación del buen gobierno corporativo (**BGC**). **125**

Así, una tendencia internacional, auspiciada desde instituciones como la OCDE (2004), entiende que, tratándose de grandes organizaciones, los **consejos de administración** y otros órganos más o menos independientes –los comités de auditoría– que velan por la transparencia, deben hacerse responsables también de la gestión de los riesgos. En esta línea, existe un grupo de países que ha introducido esta idea en sus ordenamientos, previendo la emisión de declaraciones, por parte del órgano de gobierno, acerca de la corrección del sistema de control.

En la mayor parte de los casos, nos encontramos ante supuestos de **autorregulación**, de manera que no se trata de códigos obligatorios, aunque su incumplimiento sí obliga a explicar las razones de no hacerlo. Es el principio de «*cumplir o explicar*». Pero tampoco faltan ejemplos de normas imperativas, como ocurre en el Reino Unido, donde la Ley Financiera de 2009 impuso esta clase de deberes al director financiero (*senior accounting offices*). **127**

Pues bien, como decíamos, España se ha sumado a esta corriente internacional y lo ha hecho mediante la introducción de disposiciones de cumplimiento obligatorio, medida más acorde con nuestra tradición jurídica. Así, la LSC (art.529 ter.1) establece determinadas funciones del consejo de administración de las **sociedades cotizadas** que **no** pueden ser objeto de **delegación**, entre las que se encuentran:

- la determinación de la política de control y **gestión de riesgos**, incluidos los fiscales, y la supervisión de los sistemas internos de información y control;
- la aprobación de las **inversiones** u operaciones de todo tipo que por su elevada cuantía o especiales características, tengan **carácter estratégico** o especial riesgo fiscal, salvo que su aprobación corresponda a la junta general.

De forma más genérica, también les corresponde la determinación de la **estrategia fiscal** de la sociedad.

Como puede comprobarse, estas disposiciones incrementan la **responsabilidad** de los miembros del órgano de gobierno, que no pueden, en ningún caso, alegar su ignorancia en esta materia. Así, no sólo se les atribuye, como facultad, la supervisión de riesgos y la aprobación de operaciones con gran trascendencia, sino que constituye un deber, propio, y de **vigilancia** sobre los gestores de la entidad. Ellos son la última instancia a la que le corresponde el diseño de la estrategia social, siendo sus autores ideales o intelectuales. **130**

Por tanto, el aceptar un cargo en un consejo de administración de una sociedad cotizada implica hacerse responsable de su BGC, asumiendo las consecuencias –administrativas e, incluso, penales– en caso de incumplimiento.

Por otra parte, la norma reformada crea una **comisión de auditoría** para las sociedades cotizadas, que debe estar compuesta por consejeros no ejecutivos, la mayoría de los cuales deberán ser independientes, siendo uno de ellos su presidente (LSC

art.529 quaterdecies). Dicha comisión ha de supervisar la eficacia de los sistemas de control de riesgos.

- 132** Finalmente, la LSC (art.540) impone a las sociedades cotizadas el deber de hacer público, anualmente, un **informe anual de gobierno corporativo**, que debe contener explicación acerca de los sistemas de control de riesgo.
Como señalábamos al principio, nos encontramos ante una reforma que coloca a España en la vanguardia del buen gobierno de las **grandes organizaciones**, haciéndolo, además, con una perspectiva muy amplia. Así, el mantenimiento de un sistema de control de riesgos constituye, sin lugar a dudas, parte del mismo, lo que implica, a su vez, responsabilizar a sus órganos de dirección, dando cuenta de ello también a la sociedad en general a través de informes públicos. No obstante, entendemos que este modelo debe extenderse a la totalidad de organizaciones, con las oportunas matizaciones, claro está.
- 135** Los **riesgos** pueden clasificarse en virtud de las siguientes cuatro categorías:
a) **Estratégicos**: afectan a la estrategia comercial y a los objetivos estratégicos de la sociedad (p.e., daños reputacionales, innovación y desarrollo tecnológico, o tendencias normativas y políticas).
b) **Operacionales**: afectan a los procesos, a los sistemas, a la gente y a la cadena de valor general de un negocio (p.e., operaciones comerciales o tecnología de la información).
c) **Financieros**: surgen del efecto de las fuerzas del mercado sobre los activos o pasivos financieros de la sociedad (p.e., riesgos de mercado, de crédito o de liquidez).
d) **De cumplimiento**: relacionados con el cumplimiento legal y regulatorio y que pasamos a analizar.
- 140** **Riesgos penales** (CP art.31 bis.1) La reforma del Código Penal (CP), realizada por la LO 5/2010, introdujo la eliminación de la regla tradicional del Derecho Penal español, de acuerdo con la cual «*la sociedad no puede delinquir*» (*societas delinquere non potest*) y que caracteriza al sistema de penas romano-germánico.
Por tanto y en la actualidad, las **personas jurídicas** son penalmente responsables de los **delitos** cometidos:
a) En nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus **representantes legales** o por aquellos que actuando individualmente o como **integrantes de un órgano** de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.
b) En el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando **sometidos a la autoridad** de las personas físicas mencionadas en el apartado a), han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.
- 142** Su **responsabilidad penal** resulta exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el CP art.31 bis, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Si, como consecuencia de los mismos hechos, se impusiere a ambas la pena de multa, los Jueces o Tribunales han de modular las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquellos (CP art.31 ter.1).
Ahora bien, la concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o **agraven** su responsabilidad, o que dichas personas hayan fallecido o sustraído a la acción de la justicia, no excluye ni modifica la responsabilidad penal de las organizaciones (CP art.31 ter.2).

- La realización de las siguientes actividades, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, son las únicas circunstancias **atenuantes** de dicha responsabilidad (CP art.31 quater). En definitiva, haber: **145**
- Procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a **confesar** la infracción a las Autoridades.
 - Colaborado, en la investigación de los hechos, aportando **pruebas**, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los mismos.
 - Procedido, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral, a **reparar** o disminuir el **daño** causado por el delito.
 - Establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para **prevenir** y descubrir los delitos que, en el futuro, pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la organización.
- Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las organizaciones **no son aplicables a** (CP art.31 quinquies.1): **147**
- el Estado;
 - las Administraciones públicas, territoriales e institucionales;
 - los Organismos Reguladores;
 - las Agencias y Entidades públicas Empresariales;
 - las Organizaciones internacionales de Derecho público;
 - aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.
- Ahora bien, a las **sociedades mercantiles públicas**, que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del CP art.33.7. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal (CP art.31 quinquies.2). **150**
- Por último, el CP establece un **númerus clausus de delitos** que pueden cometer las personas jurídicas y entre los que se encuentran, entre otros, los relacionados con los riesgos financieros, como:
- las estafas (CP art.251 bis);
 - las insolvencias punibles (CP art.261 bis);
 - el blanqueo de capitales (CP art.302);
 - los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (CP art.310 bis);
 - la falsedad de medios de pago (CP art.399 bis); y
 - contrabando (LO 12/1995).
- Riesgos tributarios** Tal y como hemos expuesto, la reforma de la LSC impone a los administradores la gestión de los riesgos tributarios. Estos pueden dar lugar, en el seno de la organización, tanto a responsabilidad penal por la comisión de **delitos contra la Hacienda Pública**, ya mencionados, como administrativa. **155**
- Riesgos con la Seguridad Social** (LGSS art.18 s.) La empresa debe cumplir una serie de obligaciones con la Seguridad Social, de conformidad con la LGSS (RDLeg 8/2015); entre ellas, el **pago de la cotización**. **160**

C. Los programas de cumplimiento normativo y su certificación

165	Programas de cumplimiento normativo en general.....	170
	Ámbito penal	175
	Ámbito tributario	200
	La certificación de los programas de cumplimiento normativo.....	205

170 Programas de cumplimiento normativo en general En términos generales, las sociedades de capital deberían dotarse de un **Sistema de Gestión de Riesgos** (SGR) o *Enterprise Risk Management* (ERM), siendo sus elementos fundamentales el catálogo y el mapa de riesgos o matriz de probabilidad-impacto. El término **compliance** anglosajón tiene su origen en el Derecho norteamericano y su uso lleva implícito el «*cumplimiento legal*», por lo que, en España, podría denominarse «*programa de cumplimiento normativo*». Su utilidad consiste en eximir o atenuar la responsabilidad de una organización ante eventuales delitos e infracciones administrativas, por lo que ha de adecuarse a sus características, fundamentalmente tamaño y objeto social.

El sello distintivo de un programa eficaz, a tenor de las «*directrices*» (*guidelines*) sobre cumplimiento, estriba en que la organización ejerza la diligencia debida para tratar de **prevenir y detectar conductas** improcedentes en su seno. Así pues, los dos pilares fundamentales son la «*diligencia debida*», en el funcionamiento operativo de las distintas actividades, y la realización de «*evaluaciones de los riesgos en curso*» (*on going risk assessments*).

El objetivo de la **diligencia debida** es unir la capacidad de la organización para detectar los delitos e infracciones administrativas y evitar que se cometan o se amparen. Las normas y procedimientos de los programas de cumplimiento han de estar orientados a la prevención y eliminación de los que, en su seno, puedan surgir.

175 Ámbito penal [CP art.31 bis.2) El CP establece determinadas **exenciones de responsabilidad**, en función de que el delito haya sido cometido por las personas de la letra a) o las de la b) del CP art.31 bis.1.

A. Si el delito es cometido por las **personas indicadas en el CP art.31 bis.1.a** (nº 140), es preciso que se cumplan las siguientes **condiciones**:

1ª El órgano de gobierno ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, **modelos de organización y gestión** que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

2ª La supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un **órgano** de la persona jurídica con **poderes autónomos** de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica.

3ª Los **autores individuales** han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4ª No se ha producido una **omisión o un ejercicio insuficiente** de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2ª.

177

Precisiones Tratándose de **organizaciones de pequeñas dimensiones** (aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada), las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2ª pueden ser asumidas, directamente, por el órgano de gobierno [CP art.31 bis.3).

De conformidad con la LSC (art.257), pueden presentar este tipo de cuentas («*Balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados*») las que, durante **2 ejercicios** consecutivos, reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos 2 de las **circunstancias** siguientes:

- que el total de las partidas del activo no supere los 4.000.000 de euros;
- que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los 8.000.000 de euros;

– que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a 50.

Las organizaciones perderán esta facultad si dejan de reunir, durante 2 ejercicios consecutivos, 2 de estas circunstancias.

En el **primer ejercicio social** desde su constitución, transformación o fusión, la tendrán si reúnen, al cierre del mismo, al menos 2 de ellas.

B. Si el delito es cometido por las **personas indicadas en el CP art.31 bis.1.b** (nº 140), la persona jurídica queda exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un **modelo de organización y gestión** que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión» (CP art.31 bis.4). **180**

Tanto en un caso como en otro y cuando las anteriores condiciones sólo puedan ser objeto de **acreditación parcial**, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

Los requisitos que han de cumplir los modelos de organización y gestión, en definitiva, los **Manuales de Cumplimiento Penal** son los siguientes (CP art.31 bis.5): **182**

1. Identificar las **actividades** en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2. Establecer los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de **formación de la voluntad** de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3. Disponer de modelos de gestión de los **recursos financieros** adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4. Imponer la obligación de **informar** de posibles **riesgos e incumplimientos** al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5. Establecer un **sistema disciplinario** que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6. Realizar una **verificación periódica** del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

La Circ 1/2016 de la **Fiscalía General del Estado** contiene importantes reflexiones sobre estos modelos de prevención penal. Sin perjuicio de tener en cuenta las muy diversas circunstancias concurrentes en cada caso concreto, prevé que los Fiscales observen las siguientes **pautas**, de carácter general, para valorar su eficacia: **185**

a) Su regulación debe **interpretarse** de manera que el régimen de responsabilidad penal de la organización no quede vacío de contenido y sea de imposible apreciación en la práctica.

El objeto de los modelos no es solo evitar la sanción penal de la organización, «*sino promover una verdadera cultura ética corporativa*», de tal modo que su verdadera eficacia reside en la importancia que tienen en la toma de decisiones de los dirigentes y empleados y en qué medida constituyen una verdadera expresión de su cultura de cumplimiento.

Por ello, los Fiscales han de analizar si expresan un **compromiso corporativo** que, realmente, disuada de conductas criminales.

b) Las **certificaciones sobre la idoneidad del modelo**, expedidas por empresas o asociaciones evaluadoras y certificadoras de cumplimiento de obligaciones (p.e., Aenor, Bureau Veritas, *Compliance Certifica*, etc.), mediante las que se manifiesta que cumple las condiciones y requisitos legales, pueden apreciarse como un elemento adicional más de su adecuación, pero, en modo alguno, acreditan su eficacia, ni sustituyen la valoración que, de manera exclusiva, compete al Órgano Judicial. **187**

c) Cualquier modelo eficaz depende «*del inequívoco compromiso y apoyo de la alta dirección para trasladar una cultura de cumplimiento al resto de la compañía*». Si sus principales responsables lo incumplen o recompensan o incentivan, directa o indi-

rectamente, a los empleados que lo incumplen, difícilmente puede admitirse que sea eficaz.

- 190** d) «*La responsabilidad corporativa debe ser más exigente en los supuestos en los que la conducta criminal redunde, principalmente, en **beneficio de la sociedad***», que en aquellos otros, en los que este resulte secundario o meramente tangencial, al directa y personalmente perseguido por el delincuente. En estos casos, cabe exigir a la organización que la contratación o promoción del individuo que delinquirá se adecue a unos protocolos y procedimientos que garanticen altos estándares éticos.
- e) Los Fiscales concederán especial valor al **descubrimiento** de los delitos por la organización, de tal manera que, una vez detectada la conducta delictiva y puesta en conocimiento de la Autoridad, deben solicitar la exención de pena, al evidenciarse, no solo la validez del modelo, sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo.
- f) Si bien la comisión de un delito no invalida, automáticamente, el modelo de prevención, este puede quedar seriamente entredicho a tenor de la **gravedad** de la conducta delictiva y su extensión en la organización, el alto número de empleados implicados, la baja intensidad del fraude empleado para eludir el modelo o la frecuencia y duración de la actividad criminal.
- 192** g) «*Los Fiscales atenderán al comportamiento de la corporación en el pasado*». Así, ha de valorarse, positivamente, la firmeza de la respuesta en **situaciones precedentes** y, negativamente, la existencia de anteriores procedimientos penales o en trámite, aunque se refieran a conductas delictivas diferentes de la investigada, «*o previas sanciones en vía administrativa*». En definitiva, su «*historial*».
- h) «*Las medidas adoptadas por la empresa tras la comisión del delito pueden acreditar el **compromiso** de sus **dirigentes** con el programa de cumplimiento*». Es el caso de la imposición de medidas disciplinarias a los autores o la inmediata revisión del programa para detectar sus posibles debilidades, la restitución y la reparación inmediata del daño, la colaboración activa con la investigación o la aportación al procedimiento de una investigación interna, sin perjuicio del valor atenuante que pueda tener alguna de estas actuaciones.
- 195** Operan, en sentido contrario, el **retraso en la denuncia** de la conducta delictiva o su **ocultación** y la **actitud obstructiva** o no colaboradora con la justicia. Señala la FGE Circ 1/2016 que la cláusula de exención de la responsabilidad de la organización y que incorpora el CP art.31 bis.2, constituye una causa de exclusión de la punibilidad, a modo de **excusa absolutoria**, cuya carga probatoria le incumbe, debiendo acreditar que el modelo cumple las condiciones y requisitos legales. En cierto modo, ello podría suponer una alteración del principio general sobre la carga de la prueba que rige el proceso penal, en el que la concurrencia de circunstancias eximentes puede ser apreciada de oficio, mientras que en la presente se exige su acreditación.
- 200** **Ámbito tributario** La LGT [L 58/2003], carece de una previsión similar a la del CP art.31 bis. En definitiva, no establece la exención de responsabilidad respecto de aquellas organizaciones que tienen implantado un sistema de gestión de los riesgos tributarios y que acrediten que lo están aplicando de forma efectiva. Ahora bien, no puede dudarse de que, en materia sancionadora tributaria, rige el **principio de culpabilidad**. Hasta tal punto es así, que la LGT art.179 lo formula expresamente bajo la denominación de principio de responsabilidad, previendo la **exención de responsabilidad** para quienes hayan puesto «*la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones tributarias*». Pues bien, la existencia y aplicación de un sistema de cumplimiento tributario constituye un elemento de prueba esencial en un expediente sancionador, a fin de acreditar la diligencia debida. Por otra parte, la experiencia nos dice que, dada la especialidad del ámbito tributario, los Manuales de Cumplimiento Penal no previenen, con la debida eficacia, el

riesgo de la comisión de **delitos contra la Hacienda Pública**. Dicho objetivo sólo puede conseguirse, con la efectividad necesaria, mediante sistemas específicos de gestión del riesgo tributario, que sí garantizan la no comisión de ilícitos penales y administrativos en dicho ámbito.

En este sentido, la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) tiene establecido el **Código de Buenas Prácticas Tributarias** (CBPT), de adhesión voluntaria. En el Anexo al mismo –aprobado en 2015–, se establece la conexión con las nuevas obligaciones dimanantes de la reforma de la LSC en 2014, dando un paso definitivo para la implantación de la relación cooperativa entre las organizaciones y la Administración tributaria. En 2016 se aprueba la «*Propuesta para el reforzamiento de las buenas prácticas de transparencia fiscal empresarial*» de las adheridas al CBPT, que establece una obligación adicional, como es la presentación anual del llamado **Informe de Transparencia**.

Ahora bien y en nuestra opinión, además de adherirse al CBPT, se hace necesario contar, al igual que ocurre en el ámbito penal, con un **Manual de Cumplimiento Tributario** y con dos tipos de medidas. Las primeras, de carácter más general y que podemos englobar bajo la denominación de «*gestión del riesgo tributario*». Las segundas, tendentes a evitarlo o minimizarlo en situaciones particulares, ya sea en relación con la aplicación del Sistema tributario o con determinadas de sus figuras en especial.

Certificación de los programas de cumplimiento normativo La norma UNE 19601, *Sistemas de gestión de compliance penal. Requisitos con orientación para su uso*, persigue los siguientes **objetivos**:

- a) **Prevenir** la comisión de delitos que puedan llevar aparejada responsabilidad penal para una organización.
- b) Difundir la **cultura de prevención** y cumplimiento en la misma.
- c) Establecer medidas de **vigilancia y control** idóneas para prevenir delitos y reducir, de forma significativa, el riesgo de cometerlos.
- d) Mejorar la gestión, ayudar a reducir el riesgo penal y dar una mayor garantía de **seguridad y confianza** ante órganos de gobierno, accionistas e inversores, entre otros grupos de interés.

Consciente de la previsión del CP art.31 bis, la norma considera todo lo anterior y, además, lo refuerza con buenas prácticas reguladas en las **normas UNE-ISO 19600, Sistemas de gestión de compliance. Directrices y UNE-ISO 37001, Sistemas de gestión antisoborno**.

Por otro lado, la **norma UNE 19602, Sistemas de gestión de compliance tributario**, tiene una doble finalidad. De un lado, da pautas a las organizaciones para implantar un sistema de cumplimiento tendente a minimizar sus riesgos tributarios y, en caso de producirse, facilita la creación de mecanismos de detección y corrección, así como pautas de aprendizaje para evitarlos en el futuro.

De otro, la certificación de acuerdo con la norma puede ser un elemento de **prueba** para demostrar, ante la Administración o los Tribunales, la voluntad de la organización de cumplir con sus obligaciones tributarias.

202

205

207