



4QUATRO

Boletín trimestral legal y tributario

Nº 1 – 2017

Índice:

Páginas

I. Novedades legislativas 1er trimestre 2017	1 - 2
II. Apuntes Prácticos	3 - 10



I. Novedades legislativas 1er trimestre 2017

CLAUSULAS SUELO.- Real Decreto-ley 1/ 2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo. (B.O.E. de 21 de enero)

El Consejo de Ministros aprobó, el pasado 20 de enero de 2017, el Real Decreto-ley 1/2017 que establece medidas urgentes para facilitar la devolución, con retroactividad absoluta, de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor a las entidades de créditos en aplicación de determinadas **cláusulas suelo** contenidas en contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria. Por cláusula suelo se entiende toda aquélla que limite o ponga un tope a la baja a la variabilidad del tipo de interés del contrato.

El Real Decreto-Ley tiene por objeto establecer un procedimiento extrajudicial de reclamación rápido, voluntario y gratuito para atender las peticiones de los consumidores. Este proceso debe estar implantado por las entidades bancarias en el plazo de un mes.

El proceso se inicia con el envío de una petición por el consumidor, al que la entidad bancaria contestará informando acerca de si la devolución, a su entender, es procedente o no y, en caso de serlo, le enviará un desglose del cálculo correspondiente, incluyendo necesariamente las cantidades que correspondan en concepto de intereses.

Las entidades bancarias y los consumidores disponen de un plazo máximo de 3 meses, comenzando éste en el momento de recepción de la reclamación, para llegar a un acuerdo acerca de la cantidad total a devolver por la entidad. El proceso finaliza con la disposición del efectivo acordado al consumidor. Si trascurrido el plazo de 3 meses, éste no obtiene contestación por parte de la entidad, se entenderá que su reclamación ha sido desestimada. Tras este plazo concluye el procedimiento extrajudicial y, en caso de no llegar a un acuerdo, el consumidor podrá, si lo estima conveniente, acudir a la vía judicial.

Las entidades bancarias están obligadas a contar con un departamento o servicio especializado que tenga por objeto atender a las reclamaciones de los consumidores. Igualmente, deben facilitar información acerca de la facultad de los consumidores de instar el procedimiento tanto en sus oficinas como en sus páginas web.

Si el consumidor interpusiera demanda judicial antes de finalizar del procedimiento extrajudicial, con el mismo objeto que la reclamación, se decretará la suspensión del proceso judicial hasta que finalice el procedimiento de reclamación previa. Así mismo,



I. Novedades legislativas 1er trimestre 2017

el Real Decreto establece, como novedad, la gratuidad para las partes de los derechos arancelarios, notariales y registrales en los acuerdos alcanzados.

Por último, en materia de costas, si el consumidor rechaza la cantidad a devolver por la entidad bancaria e inicia un procedimiento judicial donde obtiene una sentencia más favorable que la oferta recibida por dicha entidad, se le impondrá la condena en costas del procedimiento judicial a ésta. En caso contrario, si el juzgado desestima la demanda, o su oferta es menor que la recibida por la entidad, se condenará en costas al consumidor.

COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL.- Orden ESS/106/2017, de 9 de febrero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2017 (B.O.E. de 11 de febrero)

La presente norma desarrolla las previsiones legales en materia de cotizaciones sociales para el ejercicio 2017.

Así, regula, entre otros aspectos detallados en la norma y cuya casuística excede de la presente,

- la cotización en el régimen general (estableciendo los topes máximo -3.751.20 €- y mínimo de cotización, los tipos, la cotización adicional por horas extraordinarias, en situaciones de incapacidad, maternidad, desempleo, pluriempleo);
- en el régimen especial para empleados del hogar en sus diferentes tramos (artículo 14) y con sus diferentes tipos;
- la cotización en el régimen de autónomos, con su base mínima y máxima dependiendo de la edad del trabajador; etc.



II. Apuntes Prácticos

El derecho de separación del socio en caso de falta de distribución de dividendos.

El pasado 1 de enero de 2017, y tras estar varios años en suspenso, el derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos ha vuelto a reactivarse.

El legislador incluyó este derecho como una de las causas de separación del socio en octubre de 2011, pero poco después, el 23 de junio de 2012, suspendió sus efectos mediante diferentes prórrogas hasta el 31 de diciembre de 2016.

Este derecho de separación solo se puede ejercer en las sociedades no cotizadas y tiene como objetivo primordial proteger al socio minoritario del reiterado acuerdo de la mayoría de los socios de no repartir el beneficio.

El Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (“LSC”), establece una serie de requisitos para poder ejercitarlo:

- 1) Que haya transcurrido, como mínimo, un plazo de cinco ejercicios sociales desde la inscripción de la compañía en el Registro Mercantil.
- 2) Que existan beneficios sociales repartibles legalmente cuyo origen sea de la explotación del objeto social durante el ejercicio cuyas cuentas se aprueban. De esta forma, se excluyen aquellos beneficios que pudieran generarse con carácter extraordinario.
- 3) Que el socio hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales.
- 4) Que la junta general no acordara la distribución de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social.

El plazo para el ejercicio de este derecho, que es renunciable, es de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios. Trascendido dicho plazo sin haberlo ejercitado, se consideraría ineficaz frente a la sociedad.

El socio que decida separarse tiene derecho a percibir de la sociedad el valor razonable de sus participaciones sociales o acciones en concepto de precio de adquisición o de reembolso por la amortización, reduciéndose así mismo el capital social.



II. Apuntes Prácticos

El valor razonable se calcula por referencia a un valor fiable de mercado, de manera que éste será el que hubiera sido acordado en condiciones normales y reales de mercado entre partes independientes, con las normas y usos habituales para ello. Con carácter preferente, el valor razonable se calculará por acuerdo entre la sociedad y el socio que ejercite su derecho y, en su defecto, por un experto independiente designado por el Registro Mercantil.

El fin de la suspensión del derecho de separación va a forzar el reparto de beneficios sociales en las compañías no cotizadas, favoreciendo así a los socios minoritarios que, en numerosas ocasiones, a pesar de existir beneficios distribuibles, por decisión de la mayoría, no se repartían y se aplicaban a reservas. Estas decisiones hacían que el minoritario tuviera que recurrir a la justicia ordinaria para poder exigir así su derecho a participar en las ganancias sociales de la compañía y como respuesta al abuso de derecho o al ejercicio antisocial del mismo.

RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA Y PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO DE MITIGACIÓN DE RESPONSABILIDAD.

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal (complementada por la posterior 1/2015, de 30 de marzo), vino a introducir una de las modificaciones más relevantes en el Derecho Penal Económico moderno, la abolición de nuestro ordenamiento del aforismo romano *societas delinquere non potest* (las sociedades no pueden delinquir). La superación de este viejo principio supone, en consecuencia, que las personas jurídicas, de cualquier índole, salvo las entidades de Derecho Público expresamente excluidas por el artículo 31 quinquies del Código Penal, responderán penalmente como autores inmediatos de un determinado ilícito penal.

I. El artículo 31 bis del Código Penal.

El artículo 31 bis del Código Penal constituye la clave de bóveda sobre la que se ha construido la mencionada reforma, introduciendo esa responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El artículo establece dos criterios de imputación de dicha responsabilidad penal, esto es, las personas jurídicas serán responsables por:



II. Apuntes Prácticos

- Los delitos cometidos 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, estén autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostenten facultades de organización y control dentro de la misma.
- Los delitos cometidos, 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 párrafo anterior**, hayan 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.

En consecuencia, la persona jurídica incurrirá en responsabilidad penal cuando obtenga un beneficio directo o indirecto por la comisión de un delito como consecuencia de las actuaciones de los representantes legales de la empresa, administradores, de hecho o de derecho, o personal de alta dirección o empleados.

II. Delitos.

Tradicionalmente, los delitos vinculados a las compañías, como personas jurídicas que operan en el tráfico empresarial, han sido los recogidos en el Título XIII de nuestro Código Penal bajo la denominación de "*Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*". La referida reforma del año 2010 introduce otros ilícitos penales igualmente imputables a las empresas, que hacen que la lista de delitos por los que una compañía pueda ser condenada ascienda a más de treinta, englobando ilícitos tan dispares como la estafa o los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, hasta la trata de seres humanos o el tráfico ilegal de órganos.

Este catálogo de delitos constituye un numerus clausus, en la medida en que únicamente será exigible esta responsabilidad penal respecto de aquellos ilícitos en que expresamente así se haya previsto en el articulado del Libro II ("*delitos y sus penas*") del Código Penal. De este modo, una persona jurídica podrá ser responsable de los siguientes delitos:



II. Apuntes Prácticos

DELITOS	
Tráfico ilegal de órganos o su trasplante.	Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.
Trata de seres humanos.	Delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo.
Delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores.	Delitos contra el medioambiente.
Delitos contra la intimidad y allanamiento informático.	Delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes.
Estafas y fraudes.	Delitos de riesgo provocados por explosivos.
Insolvencias punibles: alzamientos y concursos punibles.	Delitos contra la salud pública: Tráfico de drogas.
Daños informáticos.	Falsedad en medios de pago.
Delitos contra la Propiedad Industrial e Intelectual.	Cohecho.
Delitos contra el mercado y los consumidores.	Tráfico de influencias.
Delitos relativos a la corrupción en los negocios.	Corrupción de funcionario extranjero.
Receptación y blanqueo de capitales.	Financiación de partidos políticos.
Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social.	Financiación del terrorismo.

III. Penas aplicables.

El apartado 7 del artículo 33 del Código Penal es el encargado de establecer las penas que pueden imponerse a las personas jurídicas, siendo éstas de la más diversa índole:

- Multas por cuotas o proporcional.
- Disolución de la persona jurídica.
- Suspensión de actividades por un plazo no superior a cinco años.
- Clausura de locales y establecimientos por un plazo no superior a cinco años.



II. Apuntes Prácticos

- Clausura de locales y establecimientos por un plazo no superior a cinco años.
- Prohibición temporal o indefinida de realizar las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el ilícito penal.
- Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar en el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo no superior a quince años.
- Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

Siguiendo al referido artículo 33.7 del Código Penal, todas las penas establecidas para las personas jurídicas señaladas anteriormente tienen la consideración de graves, con independencia de la calificación que las mismas puedan tener para las personas físicas en la legislación penal.

Dentro de este elenco de penas, la pena de multa se configura como obligatoria para la totalidad de los delitos imputables a las personas jurídicas, teniendo el resto de penas incluidas en el artículo 33.7 carácter potestativo, es decir, podrán imponerse o no, de conformidad con las reglas de aplicación de penas establecidas en el artículo 66 bis del Código Penal. Así, el juez o tribunal que conozca de un determinado asunto habrá de tener en cuenta:

- Necesidad de prevenir la continuidad de la actividad delictiva o sus efectos.
- Consecuencias económicas y sociales, especialmente los efectos para los trabajadores.
- Puesto que ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control en la estructura de la persona jurídica.

IV. Programas de cumplimiento normativo y prevención de delitos: Programas de Cumplimiento Normativo.

La implantación de este nuevo sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, así como el deber de supervisión, vigilancia y control exigido por el legislador en el referido artículo 31 bis del Código Penal, ha traído consigo la irrupción de los llamados



II. Apuntes Prácticos

Programas de Cumplimiento Normativo para la prevención de delitos (conocidos coloquialmente como *Compliance Penal*).

Estos programas de cumplimiento o, en palabras del Código Penal, los Modelos de Organización y Gestión, tienen como función principal incluir las medidas idóneas para prevenir cualquier actividad ilícito-penal en el marco de la persona jurídica, implantar procedimientos de actuación y supervisión en el día de la sociedad, con el objeto de fundamentar una causa de exención de responsabilidad si cumple con las condiciones establecidas en el mismo (aparatado 2º del artículo 31 bis).

Estos procedimientos deben prever actuaciones y conductas por las cuales,

- El órgano de administración adopte, ejecute y supervise el cumplimiento de modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos o para reducir el riesgo de su comisión.
- Se confíe a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento de los Programas de Cumplimiento Normativo implantado. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, estas funciones podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración.

Es decir, la sociedad deberá haber elaborado un manual de actuación específico y un responsable de la supervisión de su correcto cumplimiento.

En consecuencia, si la persona jurídica a la que se imputa la comisión de un determinado ilícito penal logra acreditar totalmente el cumplimiento de las anteriores condiciones, quedará exenta de responsabilidad penal. Asimismo, en los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

Adicionalmente, es el mismo artículo 31 bis el que establece los concretos requisitos que habrán de cumplir los Modelos de Organización y Gestión a los efectos anteriormente mencionados:



II. Apuntes Prácticos

- Identificar las actividades "de riesgo" en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.
- 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 en las mismas con relación a aquéllos.
- Disponer de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
- Imponer la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo de vigilar el funcionamiento y la observancia del modelo de prevención.
- Establecer un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.
- Verificación periódica del modelo y 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.

Debemos, no obstante, señalar, que la obligación de las personas jurídicas y, en especial, las empresas de dotarse de un Programas de Cumplimiento Normativo para la prevención de delitos en el seno de la compañía, lejos de entenderse como una imposición del legislador que habrá de cumplirse, debe ser entendida como una inversión para la misma, pues el cumplimiento del deber de supervisión, vigilancia y control aportará seguridad jurídica a su actividad cotidiana y eximirá de cualquier responsabilidad que pudiera imputársele por la comisión de un determinado delito en el marco de su organización.

CONCLUSIONES

- Desde 2010 se introduce en España el principio de responsabilidad penal de las personas jurídicas (artículo 31 bis del Código Penal).
- Las personas jurídicas serán responsables por:
 - i. actuaciones en sí mismas consideradas delictivas;
 - ii. cometidas por administradores, directivos o empleados;
 - iii. en nombre de las mismas, en el marco de su actividad, y;
 - iv. esas actuaciones deben generales un beneficio directo o indirecto.



II. Apuntes Prácticos

- Los delitos en que pueden incurrir están tasados, delimitados para tal tipo de entidades en la descripción del tipo respectivo.

Las penas son diversas, aplicándose siempre multas económicas.

- La elaboración y cumplimiento de Programas de Cumplimiento Normativo para la prevención de delitos puede exonerar o atenuar la responsabilidad penal.
- La falta de elaboración o cumplimiento de estos programas podría dar lugar a la responsabilidad civil de los administradores de la persona jurídica.
- Es posible contratar seguros que cubran estas potenciales responsabilidades. Para dicha contratación, dotarse y cumplir eficazmente un Programa de Cumplimiento Normativo en la persona jurídica será un aspecto esencial a considerarse por la aseguradora.
- Finalmente, recordar que la responsabilidad de la persona jurídica y la de la persona física a través de la cual se cometió la actuación delictiva son independientes, cada una sigue su propio camino penal y procesal, pues de acuerdo con el artículo 31 del Código Penal

“El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”.

4QUATRO

Boletín trimestral legal y tributario

Nº 1– 2017

S · U · M · M · A

4QUATRO

SUMMA 4 ASESORES LEGALES Y TRIBUTARIOS, S.L.P.

Calle Velázquez 51, 4º izquierda. 28001 Madrid

Teléfono 91 1102100 - Fax 91 3910082 – www.summa4.es