

~ Sumario ~

Novedades legislativas

- *DERECHO ADMINISTRATIVO Y REGULADORIO: la Ley de Desindexación de la economía española y la revisión de precios en los contratos públicos*
- *DERECHO PENAL: aspectos destacables de la reforma del Código Penal con especial mención a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*

I ~ DERECHO ADMINISTRATIVO Y REGULADORIO: la Ley de Desindexación de la economía española y la revisión de precios en los contratos públicos~

Autora: Cayetana Lado

Como es sabido, el mecanismo de la revisión de precios pretende garantizar el equilibrio financiero del contrato, habiéndose considerado como un instrumento excepcional, pues pugna con los principios básicos de la contratación administrativa, como el de riesgo y ventura, precio cierto e inmutabilidad del contrato. Por ello, la jurisprudencia tradicionalmente ha venido entendiendo que sólo procede su aplicación en los contratos en que expresamente así se estableciese y de acuerdo con los estrictos términos en que así estuviese estipulado.

Las normas posteriores (Ley de Contratos del Sector Público, el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público) sí han considerado este mecanismo compensatorio con carácter general, si bien excepcionalmente se podía establecer su improcedencia en los pliegos o bien pactarse en el contrato.

La Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, ha pretendido poner fin a las revisiones de precios en los contratos públicos en los términos en que

se venían haciendo hasta ahora¹, de modo que a partir de ahora, la no revisión de precios se transforma en una regla general, y sólo se permite “*previa justificación en el expediente*” y conforme a lo establecido en el Real Decreto que deberá aprobarse en desarrollo de la Ley.

Así, a falta de previsión expresa al respecto, el contratista no tendrá derecho a la revisión de

¹ La Disposición Adicional 88ª de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, vino a evitar la aplicación de índices generales, como el IPC, bajo la rúbrica de “*Desindexación respecto a índices generales de contratos del sector público*”.

Se estableció así que “*El régimen de revisión de los contratos del sector público cuyo expediente se haya iniciado con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley no podrá referenciarse, en lo atinente a precios o cualquier otro valor monetario susceptible de revisión, a ningún tipo de índice general de precios o fórmula que lo contenga y, en caso de que proceda dicha revisión, deberá reflejar la evolución de los costes*”.

precios. Pueden destacarse los siguientes aspectos:

- I. **Ámbito subjetivo de aplicación:** se incluyen ahora de forma imperativa todos los contratos del Sector Público. Antes solo era de aplicación a los contratos administrativos y a los contratos privados del sector público cuando así lo previeran los pliegos del contrato.
- II. **Ámbito objetivo de aplicación:** la nueva regulación se aplica de forma imperativa a la revisión del sistema de retribución de los concesionarios y tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, incluyendo tarifas y peajes en las autopistas de peaje de titularidad de la Administración del Estado².

Por el contrario, se excluye expresamente de su ámbito de aplicación el régimen tarifario del gestor aeroportuario AENA S.A.

Mantienen expresamente su vigencia las fórmulas tipo aplicables a la revisión de precios de los contratos de obras y contratos de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas del Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre.

III. **Ámbito temporal de aplicación**³:

a) Contratos no incluidos en el ámbito de aplicación del TRLCSP: la Ley se aplica desde su entrada en vigor.

b) Contratos incluidos en el ámbito de aplicación del TRLCSP: continúan con el régimen previsto

² Si bien mantiene su vigencia para los contratos de concesión suscritos con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto que se dicte en desarrollo de la Ley.

³ Vid. Recomendación Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la aplicación del nuevo régimen jurídico de la revisión de precios creado como consecuencia de la Disposición Adicional 88ª de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 y la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española.

en los pliegos hasta que no se apruebe el Real Decreto de desarrollo de la Ley.

- IV. Solamente cabe la **revisión periódica y predeterminada**, la cual deberá estar justificada en el expediente, de conformidad con el Real Decreto (todavía no aprobado) al que se remite específicamente la Ley.
- V. **Conceptos revisables:** se mantiene la prohibición de que se consideren revisables los costes asociados a las amortizaciones, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial, pero ya no se permite la introducción excepcional de factores correctores como establecía la regulación anterior.

Sí se admite la revisión de los costes de mano de obra en contratos distintos de los de obra, suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas cuando el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años y la intensidad en el uso del factor trabajo sea considerada significativa.

- VI. La revisión exige que el contrato haya sido ejecutado al menos en un 20% de su importe y que hayan transcurrido al menos dos años desde su formalización, si bien en el contrato de gestión de servicios públicos no se exige el cumplimiento del requisito de la ejecución del 20% del importe.

- VII. La fórmula de revisión que finalmente se aplique debe determinarse en el Pliego de Cláusulas Administrativas particulares y se mantendrá invariable durante toda la vigencia del contrato.

- VIII. Se establece un régimen singular para los contratos de arrendamiento de inmuebles del art.4.1.p) del TRLCSP, en los que las partes pueden incluir una revisión periódica y determinada de renta, que podrá utilizar únicamente la variación anual del índice de precios del alquiler de oficinas, a nivel autonómico,

publicado por el INE, previa justificación económica. Si no hubiese ninguna previsión al respecto, no podrá aplicarse la revisión de rentas a este tipo de contratos.

II ~DERECHO PENAL: aspectos destacables de la reforma del Código Penal con especial mención a la responsabilidad penal de las personas jurídicas~

Autor: Antoni Prats

El 31 de marzo del 2015 se publicó en el BOE la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. No estamos ante una más de las casi 30 reformas que han habido de este Código desde 1995, sino que nos encontramos ante una reforma exhaustiva que incluye, aparte de aspectos que se dirán, una amplia y novedosa regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La reforma entró en vigor el 1 de julio de 2015. Para empezar **se deroga el Libro III («Faltas y sus penas»)** del Código Penal y se introduce una nueva categoría de «delito leve». Esto no implica que se destipifiquen las conductas que daban lugar a las faltas sino que, las mismas, pasarán a tramitarse como esta nueva clase de delitos. Se introduce la pena “leve” junto con las ya conocidas penas graves y penas menos graves. Estos delitos prescribirán al año. La condena, que en la mayoría de los casos será de multa, no implicará antecedentes penales y no podrán tenerse en cuenta a los efectos de aplicar la agravante de reincidencia del artículo 22.8 del Código Penal.

Respecto del concepto tradicional de **Reincidencia**, es decir la agravante que se aplica cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza, no computándose los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, la presente reforma introduce que las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados

de la Unión Europea producirán los efectos de reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido cancelado, o pudiera serlo con arreglo al Derecho español.

La reforma también introduce una extensa y novedosa regulación de la **Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas** que, hasta el momento, venía regulada en el artículo 31 Bis del Código penal y que en este momento ha obligado a introducir un artículo 31 ter, quáter y quinquies.

El artículo 31 bis del modificado Código penal establece que, en los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de 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, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. El mismo precepto anterior a la reforma refería que los delitos cometidos debían ser “en provecho” de las sociedades y debían ser cometidos por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

Asimismo podrá imputarse a las personas jurídicas cuando el delito hubiera sido cometido por quienes estuvieran sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior y hubieran podido realizar los hechos por haberse incumplido, por aquéllos, los

deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad. El código anterior a la reforma refería únicamente que no se hubiera ejercido el “debido control” por lo que ahora se amplía el radio de imputación, estando ante una imputación “in vigilando”. Recordemos que el delito debe cometerse en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de la sociedad.

¿Cabe la posibilidad de que la persona jurídica sea eximida de responsabilidad penal?

La reforma, a diferencia del código anterior a la misma que únicamente preveía la posibilidad de atenuar la responsabilidad penal, introduce la posibilidad de obtener la exención de responsabilidad penal en aquellos casos en que el órgano de administración haya adoptado y ejecutado con eficacia y antes de la comisión del delito modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas. Es decir, la reforma prevé la exención siempre que las medidas adoptadas sean “eficaces” e “idóneas” para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

Es decir, la exención de la responsabilidad penal podrá concederse cuando la sociedad pueda acreditar, ante una imputación, que los autores del delito conocían los modelos de organización y de prevención de delitos y que, pese a ello los han eludido fraudulentamente y, por tanto, no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano responsable de ello.

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de una posible atenuación de la pena.

¿A quién se encomienda la Compliance?

La supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implementado debe ser 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, a excepción de las personas jurídicas de pequeñas dimensiones (aquellas que, según la legislación aplicable estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada) en las que podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración.

Contenido mínimo que deberán incluir los modelos de organización y gestión

La reforma introduce por primera vez el contenido mínimo que deben incluir los modelos de organización y gestión: deben identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos, deben 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. Deben disponer de recursos financieros adecuados. Se introduce lo que se conoce como la denuncia anónima, canal de comunicación o líneas éticas, es decir, se impondrá la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. Se establecerá un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo y deberá verificarse periódicamente el modelo y sus eventuales modificaciones.

En la práctica, cuando una persona jurídica sea imputada, ni el Juez ni la Fiscalía estarán interesados en que la sociedad imputada les aporte grandes y extensos dosieres preparados en base a una prevención realizada de forma generalizada. La pregunta que con toda seguridad nos hará la Fiscalía será ¿Qué medidas eficaces e idóneas ha adoptado la sociedad imputada para prevenir la comisión de delitos de la misma naturaleza que el que le estamos imputando?

La responsabilidad penal de las personas

jurídicas será exigible aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada, no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella, haya fallecido o se haya sustraído a la acción de la justicia. En el caso de imposición de multa a ambas, se tendrá en cuanto que el total sea proporcionado con la gravedad de los hechos. Así como la implementación de los mismos en las sociedades, deberá haberse adoptado y ejecutado con eficacia con anterioridad a la comisión del delito.

Conclusión

El 1 de julio de 2015 entró en vigor la reforma del Código Penal. Una reforma amplia que, aparte de lo mencionado, afecta a aspectos tan novedosos como la prisión permanente revisable y tan relevantes como el régimen de sustitución y suspensión de las penas privativas de libertad, las personas con discapacidad, adecuando la normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, las medidas de seguridad, introduce una nueva regulación del decomiso y muchas otras.

Una reforma que ha ampliado e introducido importantes novedades en cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Tengamos muy presente que, si se pretende una Finalmente y como rezaba un artículo doctrinal de los muchos que se han publicado recientemente, la actual reforma del Código penal nos ha dejado un código que se parece a un centón: mantos de la antigüedad compuestos por múltiples retales de diversa y desigual procedencia que servían, eso sí, para cubrirse; pero no para lucir.

Marimón Abogados

Marimón Abogados es un despacho fundado en 1931 que ofrece servicios legales en todas las áreas del derecho y que cuenta con oficinas en Barcelona, Madrid y Sevilla.

Nuestro despacho se ha adaptado a los cambios que se han ido produciendo en el mercado mediante la mejora constante de sus servicios y la ampliación de sus ramas de actividad, creando departamentos altamente especializados que cuentan con una vasta experiencia, lo que nos permite resolver cualquier tema legal desde la misma firma:

Mercantil y Societario	Fiscal	Laboral	Procesal
Administrativo y Regulatorio	Financiero	Concursal	Penal
Tecnologías de la Información y Protección de Datos	Propiedad Intelectual e Industrial	Urbanismo y Medio Ambiente	Inmobiliario
Italian Desk	German Desk	French Desk	Portuguese Desk

Para cualquier aclaración o comentario sobre el contenido de esta información se pueden poner en contacto con los siguientes abogados:



Cayetana Lado

Departamento Administrativo y Regulatorio

clado@marimon-abogados.com



Antoni Prats

Departamento Penal

aprats@marimon-abogados.com

Este documento es una recopilación de información jurídica elaborado por Marimón Abogados. La información que se incluye en el mismo no constituye asesoramiento jurídico alguno.

Los derechos de propiedad intelectual sobre este documento son titularidad de Marimón Abogados. Queda prohibida la reproducción en cualquier medio, la distribución, la cesión y cualquier otro tipo de utilización de este documento, ya sea en su totalidad, ya sea de forma extracta, sin la previa autorización de Marimón Abogados.



Barcelona

Paseo de Gracia 118, 5º
08008 Barcelona
Tel. (+34) 93 415 75 75



Madrid

C/ José Ortega y Gasset 7, 2º
28006 Madrid
Tel. (+34) 91 310 04 56



Sevilla

C/ Balbino Marrón 3, 5º, of. 17
41018 Sevilla
Tel. (+34) 95 465 78 96