

Sumario

Novedades legislativas

- DERECHO TRIBUTARIO: Indemnizaciones percibidas en la extinción de una relación de alta dirección: Cuestiones conflictivas con la inspección de los tributos.
- DERECHO PENAL: El plan de prevención de delitos o *compliance* tras la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado.

I DERECHO TRIBUTARIO: Indemnizaciones percibidas en la extinción de una relación de alta dirección: Cuestiones conflictivas con la inspección de los tributos.

Autor: Gonzalo González

En las últimas inspecciones de la Hacienda Tributaria estamos percibiendo que hay un mayor control en relación con las indemnizaciones percibidas por empleados de alta dirección. Por ello queremos exponer de forma práctica algunas de las incidencias con las que nos hemos encontrado:

La definición de personal de alta dirección se encuentra en el artículo 1 del Real Decreto 1382/1985 que considera personal de alta dirección “a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad”

En consecuencia, los rasgos esenciales que caracterizan una relación de alta dirección según la norma son los siguientes:

- Ejercicio de poderes generales de la empresa.

- Con el objetivo de cumplir objetivos generales de la empresa lo que implica tener funciones y responsabilidades amplias en todas las áreas relevantes de la empresa.
- Con autonomía y plena responsabilidad.
- Dependen y cumplen órdenes exclusivamente del órgano de administración.

Además hemos de considerar que se trata de una figura excepcional frente al empleado ordinario que implica una reducción en sus derechos por lo que debe ser interpretada de forma restrictiva.

Pues bien, el criterio de la inspección no está siendo tan restrictivo como debiera y nos hemos encontrado con supuestos en que la mera existencia de poderes (se ejerciten o no) y la inexistencia de un director general han llevado a la inspección a considerar que un determinado empleado era personal de alta dirección.

Esto puede generar problemas en aquellos casos, generalmente relacionados con filiales de sociedades extranjeras, en los que no existe

propriadamente la figura del director general. En estos supuestos nos encontramos con que generalmente existe un director comercial, un director financiero etc... con poderes limitados para el desarrollo de su actividad disponiendo, en la práctica de una muy reducida autonomía, pues las órdenes se reciben directamente de la matriz. Adicionalmente en la mayor parte de los casos no se formaliza un contrato de alta dirección lo que complica aún más la calificación del contrato.

En estos casos hemos comprobado como la inspección está tirando por el camino de en medio y está considerando, por ejemplo, a un director comercial como alto directivo a pesar de que en realidad sus funciones se limitan al área comercial de la empresa sin que disponga de una autonomía real ni desarrolle ninguna función en otras áreas del negocio.

Nuestra opinión es que en los casos que hemos comentado no existe una relación de alta dirección por varios motivos:

- Las funciones de los citados empleados no son generales y se limitan a aspectos parciales de la actividad de la empresa.
- Los poderes de que disponen o bien no se ejercen o se ejercen de forma limitada.
- No existe una auténtica autonomía de actuación pues, por lo general, constantemente se reciben órdenes de la casa matriz para determinar la forma de actuar en el día a día.

Otro punto de discusión con la inspección está siendo el tratamiento tributario que deben tener las indemnizaciones percibidas por el alto directivo. En relación con esta cuestión históricamente la práctica administrativa venía siendo considerar que estas indemnizaciones no se encontraban exentas del IRPF pues no venían establecidas de forma obligatoria en la normativa laboral. Se consideraba que la indemnización era la fijada por las partes y que a falta de acuerdo operaba la regla de los 7 ó 20 días por año trabajado prevista en el RD 1382/1985, pero no como regla mínima

obligatoria pues las partes podían pactar una indemnización inferior. Esta interpretación ha sido cuestionada por la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22/4/2014 que en relación con un contrato de alta dirección en el que se había pactado expresamente que no habría una indemnización en el caso de despido resuelve indicando que las indemnizaciones previstas en el RD 1382/1985 operan siempre como un mínimo.

Sin embargo, la Dirección General de Tributos en una reciente consulta vinculante de fecha 23 de junio de 2015 mantiene el criterio de no considerar exentas las indemnizaciones por despido previstas para los altos directivos. En este sentido indica que “la sentencia no desvirtúa el carácter subsidiario (a falta de pacto) que tiene la indemnización analizada en la sentencia –siete días del salario en metálico por año de servicio con el límite de seis mensualidades– sigue sin tener carácter obligatorio, y desde esta perspectiva cabe entender que sigue manteniendo su vigencia el criterio que al respecto sigue manteniendo este Centro”.

A nosotros se nos hace difícil entender el criterio mantenido por la Dirección General de Tributos pues de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo queda claro que las partes no pueden pactar una indemnización por debajo de lo establecido en la normativa específica por lo que es evidente que la misma opera como un mínimo obligatorio. Por todo ello y en virtud de lo expuesto prevemos un futuro conflictivo en esta materia.



II DERECHO PENAL: El plan de prevención de delitos o *compliance* tras la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado.

Autor: Francesc Bierge

Aunque de inicio sorprenda, desde la reforma del Código Penal del año 2010, las sociedades pueden delinquir, lo cual conlleva unas consecuencias muy relevantes no únicamente en el plano de las sanciones, también en el ámbito reputacional de la propia corporación.

La Fiscalía General del Estado acaba de publicar la Circular 1/2016 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, que entró en vigor el pasado 1 de julio.

Esta Circular analiza, entre otras cuestiones, la eficacia de los planes de prevención de delitos de las empresas (las denominadas *compliance*) y en particular, su trascendencia jurídica a los efectos de exonerar o atenuar la responsabilidad derivada de la comisión de un delito cometido por éstas en su beneficio, no sólo por sus representantes legales, apoderados o mandos intermedios, sino incluso por aquellas personas que deberían haber sido controladas, vigiladas o supervisadas y no lo fueron debidamente.

La principal novedad introducida por la reforma operada por la LO 1/15, respecto a la normativa que se venía aplicando desde el año 2010, es la determinación de los requisitos que deben cumplir esos modelos de prevención (art. 31 bis, apartado 5). Son los siguientes:

- 1.º Identificación de las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.
- 2.º Establecimiento de 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.º Disposición de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

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

- 5.º Establecimiento de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

- 6.º Realización de 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.

Y en este aspecto hace especial incidencia la Fiscalía que a través de la Circular que analizamos, establece sus criterios para valorar la eficacia e idoneidad de dichos modelos de prevención.

Obsérvese de antemano que la opinión que se forme el fiscal en el momento de decidir si es idóneo no el plan de prevención implementado por una empresa investigada (antiguamente, imputada) en un proceso penal, sin vincular necesariamente al magistrado que dicte sentencia, obviamente condicionará al mismo.

De ahí la importancia de tener en cuenta los criterios apuntados por la Fiscalía en esta

Circular a la hora de elaborar e implementar un programa de prevención, que esencialmente son:

1º La Fiscalía considera que no basta con la existencia de un plan de prevención, por completo que éste sea, sino que debe acreditarse su adecuación para prevenir el delito concreto que se ha cometido. Por ello dichos planes deben estar perfectamente adaptados a la empresa y a sus riesgos concretos, que deben estar previamente identificados y evaluados.

2º Será asimismo importante para la Fiscalía acreditar la existencia de aplicaciones informáticas que controlen con la máxima exhaustividad los procesos internos de negocio de la empresa.

3º Deberá la empresa garantizar también altos estándares éticos en los procesos de contratación y promoción de directivos y en el nombramiento de los miembros del consejo de administración.

4º Deberán existir canales de denuncia de incumplimientos internos o de actividades ilícitas de la empresa, que deberán llevar aparejada una regulación protectora del denunciante y obligará a establecer un sistema disciplinario.

5º La Fiscalía entiende que los modelos de prevención que profusamente se ofrecen en el mercado no adaptados a la singularidad de cada sector o empresa, no pueden ser usados para eludir la responsabilidad penal. Para que estos programas sean considerados eficaces, deberán adaptarse a la naturaleza y tamaño de la correspondiente persona jurídica y a la normativa sectorial aplicable a las entidades a las que se impone específicamente un determinado modelo de organización y gestión.

6º Finalmente, la Fiscalía considera que las certificaciones sobre la idoneidad del modelo

expedidas por empresas o asociaciones evaluadoras y certificadoras de cumplimiento de obligaciones, mediante las que se manifiesta que un modelo cumple las condiciones y requisitos legales, podrán apreciarse como un elemento adicional más de la adecuación del modelo pero en modo alguno acreditan su eficacia, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial.

Y concluye la Fiscalía en su Circular:

Por un lado, que es la propia empresa quien tiene los recursos y la posibilidad de acreditar que, pese a la comisión del delito, su programa era eficaz y cumplía los estándares exigidos legalmente, lo cual exige disponer en todo momento de los protocolos o procedimientos de formación de voluntad, adopción y ejecución de decisiones de la persona jurídica, así como de los modelos de gestión de los recursos financieros necesarios adecuados para impedir la comisión de delitos.

Y por otro lado, que la eficacia del plan de prevención dependerá del unívoco compromiso y apoyo de la alta dirección para trasladar una cultura de cumplimiento al resto de la compañía. En caso contrario, se presumirá que el plan no era eficaz.

En definitiva, la Fiscalía General del Estado ha pretendido a través de esta Circular, clarificar aspectos que sirvan de pauta para la correcta elaboración, implementación y verificación periódica de los planes de prevención de delitos para que llegado el caso, sean eficaces jurídicamente y eximan de responsabilidad penal a la empresa.

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:



Gonzalo González

Departamento Tributario

gonzalez@marimon-abogados.com



Francesc Bierge

Departamento Penal

fbierge@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

Paseo de Recoletos, 16, 4º
28001 Madrid
Tel. (+34) 91 310 04 56



Sevilla

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