



CUADERNILLOS JURÍDICOS

CAHIERS JURIDIQUES

Comité Jurídico
Comité Juridique



CCI FRANCE ESPAGNE
CÁMARA FRANCO-ESPAÑOLA
La Chambre

Cámara Franco-Española de Comercio e Industria
lachambre@lachambre.es
www.lachambre.es

Cuadernillos Jurídicos
Cahiers Juridiques

Le Comité Juridique est présidé para M. Antonio Cañadas (Cañadas Abogados) et participant Mme. Carolina Reyes (Adarve Abogados), M. Guillermo Aguiillaume (Aguiillaume y Linde Estudio Jurídico), M. Carlos González-Cascos (Arpa), M. Alejandro Alonso (Dentons) et Mme. Patricia Manca (PwC).

"La Chambre Franco-Espagnole de Commerce et d'Industrie - " La Chambre " - et les auteurs des " Cahiers Juridiques " publiés avec ce bulletin, ont cherché à ce que toutes les informations qui y figurent soient conformes aux dispositions juridiques existant à la date de clôture de ce bulletin. Ils ne peuvent pas garantir que ça sera le cas ou que les opinions ou les interprétations qui sont reprises dans les " Cahiers Juridiques " soient nécessairement appropriés ou susceptibles d'être évaluées d'une manière différente ou interprétées autrement par des tiers ou par les parties concernées par cette analyse et/ ou interprétation.

Les " Cahiers Juridiques " sont diffusés à titre informatif exclusivement, ainsi, ni " La Chambre " ni les auteurs des " Cahiers Juridiques " assument aucune responsabilité quant aux contenus, aux opinions et interprétations figurant dans ceux-ci. Ils ne se responsabilisent pas pour les dommages et intérêts qu'ils pourraient causer à ceux qui font usage de cette information et/ou cessent (s'abstiennent) d'agir ou agissent suite à une information contenue dans cette publication.

" La Chambre " rappelle à ses lecteurs l'intérêt de se faire assister par un conseil légal de qualité et indépendant toujours adapté à leurs besoins."

El Comité Jurídico está presidido por D. Antonio Cañadas (Cañadas Abogados) acompañado por Dña. Carolina Reyes (Adarve Abogados), D. Guillermo Aguiillaume (Aguiillaume y Linde Estudio Jurídico), D. Carlos González-Cascos (Arpa), D. Alejandro Alonso (Dentons) y Dña. Patricia Manca (PwC).

"La Cámara Franco-Española de Comercio e Industria – "La Chambre" – y los autores de los "Cuadernillos Jurídicos" publicados con el Boletín Sinergias, han procurado que todas las informaciones contenidas en los mismos se ajustan a las disposiciones legales existentes en la fecha de cierre de la edición, pero no pueden garantizar que tal sea el supuesto ni que las opiniones o interpretaciones que se vierten en los "Cuadernillos Jurídicos" sean necesariamente adecuadas o susceptibles de ser analizadas de manera distinta o interpretadas de otro modo por terceros o por quien compete dicho análisis y/o interpretación.

Los "Cuadernillos Jurídicos" se divulgan a efectos exclusivamente informativos. Así, ni "La Chambre" ni los autores de los "Cuadernillos Jurídicos" asumen responsabilidad alguna por los contenidos de los mismos, ni las opiniones e interpretaciones que en ellos aparecen, ni asumen por tanto responsabilidad alguna por pérdidas y/u otros perjuicios, cualesquiera que sean, que pudieran ocasionarse a quienes hagan uso de estas informaciones y/o actúen o dejen de actuar al amparo o como consecuencia de alguna información contenida en esta publicación. "La Chambre" recuerda a sus lectores la necesidad de obtener un asesoramiento legal de calidad e independiente en cada caso, adaptado a sus necesidades."



1. Tendances du marché immobilier européen
 2. La problématique contractuelle des travailleurs en Espagne et principales caractéristiques de chaque type de contrat
 3. La rémunération des administrateurs des sociétés commerciales
 4. Responsabilité pénale des personnes juridiques
 5. Le Nouveau Cadre Légal de la Gouvernance des entreprises en Espagne
 6. Clauses d'échéance anticipée dans les contrats de financement. très utilisées mais, sont-elles toujours utiles
 7. Principales mesures des Lois de Finances pour 2015 intéressant les investisseurs étrangers
 8. Après la récente invalidation du système Sphère de Sécurité, les autorités européennes sont près d'adopter un accord cadre pour réglementer le transfert de données personnelles EU-EEUU
 9. Systèmes extrajudiciaires de résolution de conflits: médiation, conciliation et arbitrage
 10. La vision des tribunaux espagnols concernant le bonus des salariés qui quittent les entreprises
1. Tendencias en el mercado inmobiliario europeo
 2. La Contratación de trabajadores en España y principales características de cada tipo de contrato
 3. La remuneración de los administradores de las sociedades mercantiles
 4. La responsabilidad penal de las personas jurídicas
 5. El nuevo marco legal del Gobierno Corporativo en España
 6. Las cláusulas de vencimiento anticipado en contratos de financiación. Muy utilizadas pero ¿siempre útiles?
 7. Principales medidas adoptadas por la ley presupuestaria para 2015 pudiendo interesar a los inversores extranjeros.
 8. Tras la reciente invalidación del sistema de Puerto Seguro, las autoridades europeas están cerca de alcanzar un acuerdo marco para regular el intercambio de datos personales entre la UE y EEUU
 9. Sistemas extraprocesales de resolución de conflictos: mediación, conciliación y arbitraje
 10. La visión de los tribunales españoles en relación con el abono del bonus a los empleados que abandonan las empresas

Tendances du marché immobilier européen

Tendencias en el mercado inmobiliario europeo

1. Tendances du marché immobilier européen

Le fait que dans l'économie européenne des signes d'amélioration commencent à apparaître, n'est pas un secret. Indépendamment d'autres questions, il paraît que dans les pays d'Europe du Sud le pire est déjà passé. Cette circonstance, permet d'envisager de très bonnes perspectives économiques pour les années à venir, de façon générale, et, pour le marché de l'immobilier en particulier.

Dans ce sens, le risque d'un éventuel démantèlement de la zone Euro ainsi que le défaut en chaîne de la dette souveraine des économies du sud commence à s'éloigner de la pensée des investisseurs. D'un autre côté et, d'après les dernières études, le capital revient en Europe et un certain optimisme commence à se ressentir ou du moins, une amélioration significative en comparaison avec les dernières années. Dans ce contexte, le marché immobilier serait un des objectifs prioritaires des investisseurs.

Un autre point fort du marché immobilier serait, plus précisément, le marché de la location. Dans ce sens, les dernières réformes légales introduites en Espagne (parmi lesquelles, la réduction de la période minimale de location d'un logement et la simplification de la procédure d'expulsion des locataires) ont pour objectif de rendre plus attractif l'investissement dans le marché locatif.

2. Perspectives du marché immobilier espagnol. Pourquoi une SOCIMI ?

Après une période caractérisée par la baisse des prix et le manque de crédit dans le marché immobilier, de nouvelles perspectives, spécialement encourageantes, apparaissent pour les prochaines années. Les entités de crédit ainsi que l'administration publique se sont séparées d'une partie de leurs actifs immobiliers ce qui a permis au marché de commencer à récupérer une certaine activité. Dans ce sens et, dans la mesure où les familles n'ont toujours pas vraiment accès au crédit, le marché immobilier pourrait être un des secteurs porteurs dans les prochaines années puisqu'il est très probable que le besoin de logement ne puisse pas être couvert par l'accès à la propriété et la location soit la seule option envisageable.

Dans ce sens, il est possible que la vision de « propriété » si ancrée dans la mentalité espagnole, commence à faiblir face aux risques qu'entraîne la propriété en comparaison avec la location.

Dans ce contexte, les SOCIMI peuvent être un instrument d'investissement de grand intérêt pour les investisseurs puisque ça permet d'attirer le capital (il s'agit d'entités qui sont cotées en Bourse), elles ont une fiscalité très avantageuse et la réglementation espagnole est très similaire aux législations de son entourage. Tout cela devrait faciliter sa compréhension et encourager les investisseurs.

1. Tendencias en el mercado inmobiliario europeo

No es ningún secreto que la economía europea parece que apunta a una clara mejoría durante 2014. Amén de otras cuestiones, parece que en los países del Sur de Europa lo peor ya haya pasado y dicha circunstancia hace que existan muy buenas perspectivas durante los próximos años para la economía en general y para el mercado inmobiliario, en particular.

En este sentido, se ha alejado de la mente de los inversores el posible desmantelamiento de la zona euro así como que se produzca un default en cadena de la deuda soberana de las economías del sur. Por otra parte, según los últimos estudios, el capital vuelve a fijarse en Europa y se respira un cierto optimismo, o al menos, una significativa mejoría con respecto a los últimos años, y el mercado inmobiliario parece ser uno de los objetivos prioritarios de los inversores.

Otro de los puntales del crecimiento del mercado inmobiliario parece que podría ser precisamente el mercado del alquiler. En este sentido, las últimas reformas legales producidas en España (incluyendo la rebaja del periodo mínimo de arrendamiento de vivienda, agilización del desahucio) han ido encaminadas precisamente a hacer más atractivo para la inversión el mercado del alquiler.

2. Perspectivas de mercado inmobiliario español. ¿Por qué una SOCIMI?

Tras unos años marcados por la bajada de precios y la falta de crédito en el mercado inmobiliario, en España se abren perspectivas especialmente prometedoras durante los próximos años. Tanto las entidades de crédito como las propias administraciones públicas han estado desprendiéndose de activos inmobiliarios lo que ha hecho que el mercado comience a volver a recuperar la actividad. En este sentido, dado que el crédito todavía no ha terminado de llegar a las familias, el mercado inmobiliario podría ser uno de los factores relevantes en los próximos años dado que las necesidades de vivienda es muy probable que no puedan cubrirse con el acceso a la propiedad y el arrendamiento sea la única opción viable.

En este sentido, es posible que se haya empezado a romper la mentalidad "propietarista" tal arraigada en España una vez que se han puesto de manifiesto los riesgos que también comporta la propiedad frente al arrendamiento.

En este contexto, las SOCIMI pueden ser un vehículo de inversión de gran interés para los inversores dado que permite atraer capital (son entidades cotizadas), tienen una fiscalidad muy destacable y la regulación española es muy similar a las legislaciones de su entorno por lo que parece que no debiera suponer mayores problemas entender y aprovechar las oportunidades que ofrece.

3. Qu'est-ce que c'est qu'une SOCIMI?

Les SOCIMI ont été créées en 2009 avec la Loi 11/2009, en date du 26 octobre, sur les Sociétés Anonymes Cotées d'Investissement dans le Marché Immobilier. Il s'agit d'un nouvel instrument d'investissement dirigé au marché immobilier et, plus précisément, au marché de la location des actifs immobiliers de nature urbaine. Un de ses objectifs était de dynamiser le marché de la location d'immeubles en établissant un mécanisme qui encourage la participation des citoyens dans la propriété immobilière.

De toute évidence, il ne s'agit pas d'une création originale et il existe des antécédents similaires en Europe. En France, il existe les Sociétés d'Investissements immobiliers Cotées, (SIICs), en Allemagne les Immobilien-Aktiengesellschaft mit börsennotierten Anteilen (German Real Estate Investment Trust (G-REIT)) ou les REITS au Royaume Uni. Il ne s'agit là que de quelques exemples.

En tous cas, les SOCIMI ont souffert de changements récents visant à encourager leur utilisation puisque, jusqu'à récemment, la création de ce type d'entités était plutôt exceptionnelle.

Dans ce sens, « la Loi 16/2012, en date du 27 décembre, par laquelle sont adoptées différentes mesures fiscales dirigées à la consolidation des finances publiques et à l'encouragement de l'activité économique » a inclus plusieurs changements, dans le but de flexibiliser certaines conditions requises, et a modifié le régime fiscal de ces entités de façon très bénéfique.

En conclusion, les SOCIMI peuvent être un instrument très intéressant pour l'investissement immobilier et, ceci par rapport aux avantages fiscaux (décrits ci-après) et par rapport au fait d'être une entité cotée, et, attirer ainsi le capital des investisseurs.

4. Quel est son capital social minimum?

Les SOCIMI auront un capital social minimum de 5 millions d'Euros, en vertu de l'article 5 de la Loi 11/2009 (ci-après, « la Loi »). Il s'agit d'une réduction importante en comparaison avec le capital minimum exigé jusqu'alors de 15 millions d'Euros. Plusieurs pays de notre entourage continuent à maintenir ce minimum plus élevé (par exemple, la France, l'Italie et l'Allemagne). En tous cas, il ne pourra y avoir qu'une seule classe d'actions.

De même que pour n'importe quel type de société anonyme, le capital social pourra être constitué par des apports en numéraire ou en nature. A ce sujet, une des particularités des SOCIMI concerne la détermination de la valeur des apports en nature d'immeubles.

Dans ce sens, il a été prévu un système de contrôle renforcé sur la valeur des apports immobiliers puisqu'il est obligatoire de présenter une valeur d'expertise fixée par un expert indé-

3. ¿Qué es una SOCIMI?

Las SOCIMI nacen en 2009 con la promulgación de la Ley 11/2009 de 26 de octubre por la que se regulan las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario como un nuevo instrumento de inversión destinado al mercado inmobiliario, y de forma más precisa, al mercado del alquiler de activos inmobiliarios de naturaleza urbana. Uno de sus objetivos era dinamizar el mercado del arrendamiento de inmuebles, estableciendo un mecanismo que fomentase la participación de los ciudadanos en la propiedad inmobiliaria

Obviamente, esta no es una figura original y existen claros antecedentes en el entorno europeo. Así, en Francia existen las denominadas sociétés d'investissements immobiliers cotées, (SIICs) ; en Alemania las denominadas Immobilien-Aktiengesellschaft mit börsennotierten Anteilen (German Real Estate Investment Trust (G-REIT)) o los REITS en Reino Unido, por mencionar sólo algunos ejemplos.

En todo caso, las SOCIMI también han sufrido recientes cambios a fin de impulsar su uso, dado que hasta recientes fechas, la creación de este tipo de entidades era más una excepción que la norma.

En este sentido, "Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica" ha incluido diversos cambios de forma que se flexibilizan algunos requisitos y se modifica el régimen fiscal de dichas entidades de forma muy beneficiosa.

En conclusión, las SOCIMI pueden ser un vehículo muy interesante para la inversión en inmuebles tanto por sus beneficios fiscales, que más adelante se detallan, como por el hecho de ser una entidad cotizada lo que puede ayudar a atraer capital por parte de los inversores.

4. ¿Cuál es su capital social mínimo?

Las SOCIMI tendrán un capital social mínimo de 5 millones de euros, según establece el artículo 5 de la Ley 11/2009 (en adelante "la Ley"). Esto supone una importante rebaja con respecto al capital social mínimo establecido hasta ahora que era de 15 millones de euros. A este respecto, varios países de nuestro entorno siguen manteniendo dicha cifra más elevada (p.ej. Francia, Italia o Alemania). En todo caso, sólo podrá existir una única clase de acciones.

Al igual que en cualquier sociedad anónima, se podrá aportar el capital social tanto mediante una aportación dineraria como en mediante una aportación no dineraria. A este respecto, una de las particularidades de las SOCIMI se refiere a la valoración de las aportaciones no dinerarias de inmuebles.

En este sentido, se establece un sistema de control reforzado sobre el valor de los bienes inmuebles que se aporten pues se impone (art. 5 de la Ley) una tasación por experto independiente nombrado por el Registro mercantil y que habrá de ser



pendant nommé par le registre de Commerce (article 5) et faisant partie d'une des sociétés d'expertise prévues par la législation du marché hypothécaire.

5. ¿Quelle forme et quel objet social ?

En ce qui concerne la forme sociétaire des SOCIMI, il n'existe pas de doute puisque l'article 1.1 de la Loi prévoit que les SOCIMI devront être nécessairement des sociétés anonymes et que la Loi sur les Sociétés de Capital sera applicable. De même que la Loi 24/1988 sur le Marché de Valeurs, puisqu'il s'agit de sociétés cotées.

L'article 2 de la Loi prévoit que l'objet social principal sera :

a) L'acquisition et la promotion de biens immeubles de nature urbaine pour sa location, y inclus la réhabilitation d'immeubles.

b) La participation dans le capital d'autres SOCIMI ou dans d'autres entités non résidentes avec le même objet social. En tous cas, ces entités devront être soumises à un régime similaire aux SOCIMI en ce qui concerne la distribution des bénéfices.

c) Avec certaines restrictions, la participation dans le capital d'autres entités, résidentes ou non résidentes SUR le territoire espagnol, ayant pour objet social principal l'acquisition de biens immeubles de nature urbaine pour sa location. Ces entités devront être soumises au même régime prévu pour les SOCIMI en matière de politique obligatoire, légale ou statutaire, de distribution de bénéfices et devront satisfaire les conditions d'investissement prévues dans l'article 3 de la Loi.

d) L'acquisition d'actions ou de parts sociales dans des Institutions d'Investissement Collectif Immobilier.

Dans la mesure où la réglementation des SOCIMI est axée autour des immeubles, il est nécessaire de préciser que la Loi établit des limitations au concept de biens immeubles. Dans ce sens, sont exclus de la Loi :

a) Les biens immobiliers avec des caractéristiques spéciales d'un point de vue cadastral en vertu de l'article 8 du « Texto Refundido de la Ley del Catastro inmobiliario », et,

b) Les biens immobiliers dont l'usage aura été cédé à des tiers par le biais de contrats remplissant les conditions requises pour être considérés comme des contrats de location financière au regard de l'Impôt sur les Sociétés.

De même, les biens immobiliers devront remplir certaines caractéristiques :

(i) Les biens immobiliers devront être acquis en propriété.

(ii) L'activité de promotion immobilière et celle de location feront l'objet d'une comptabilité séparée pour chaque immeuble acquis ou faisant partie d'une promotion avec la ventilation nécessaire pour connaître les revenus correspon-

una de las sociedades de tasación previstas en la legislación del mercado hipotecario.

5. ¿Cuáles deben ser su forma y objeto social?

Con respecto a la forma societaria que deberán adoptar las SOCIMI, no existe duda alguna pues de acuerdo con el artículo 1.1 de la Ley, las SOCIMI tendrán que ser necesariamente sociedades anónimas y se les aplicará lo estipulado en la Ley de sociedades de Capital. Asimismo, al ser sociedades cotizadas, también resultará de aplicación la Ley 24/1988 del Mercado de Valores.

En cuanto a su objeto social principal, el artículo 2 de la referida Ley establece que éste será:

a) Adquirir y promover bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento, incluyendo la rehabilitación de edificios.

b) La tenencia de participaciones en el capital de otras SOCIMI o de otras entidades no residentes con mismo objeto social. En todo caso, dichas entidades deben estar sometidas a un régimen similar al establecido para las SOCIMI en cuanto a la de distribución de beneficios.

c) Con ciertas restricciones, la tenencia de participaciones en el capital de otras entidades, residentes o no en territorio español, que tengan como objeto social principal la adquisición de bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento y que estén sometidas al mismo régimen establecido para las SOCIMI en cuanto a la política obligatoria, legal o estatutaria, de distribución de beneficios y cumplan los requisitos de inversión a que se refiere el artículo 3 de la propia Ley.

d) La tenencia de acciones o participaciones de Instituciones de Inversión Colectiva Inmobiliaria.

Dado que toda la regulación de las SOCIMI gira en torno a los inmuebles, es necesario poner de manifiesto que la propia Ley establece de limitaciones al concepto de bienes inmuebles. En este sentido, se excluyen de la Ley:

a) Los bienes inmuebles de características especiales a efectos catastrales regulados en el artículo 8 del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, y,

b) Los bienes inmuebles cuyo uso se ceda a terceros mediante contratos que cumplan los requisitos para ser considerados como de arrendamiento financiero a efectos del Impuesto sobre Sociedades.

Asimismo, se establecen determinadas características que deberán cumplir los bienes inmuebles:

(i) Los bienes inmuebles adquiridos lo deberán ser en propiedad.

(ii) La actividad de promoción inmobiliaria y la de arrendamiento serán objeto de contabilización separada para cada inmueble promovido o adquirido con el desglose que resulte necesari-



dant à chaque immeuble, ou propriété inscrite au registre en laquelle celui-ci se divise.

(iii) De même, les opérations issues d'autres activités devront être comptabilisées de façon séparée afin de pouvoir déterminer les revenus afférents.

Nonobstant, il faut remarquer que les SOCIMI pourront développer d'autres activités accessoires en plus des activités indiquées, si leurs revenus représentent moins du 20 pour cent des revenus de la société pour chaque période imposable.

6. Conditions d'investissement

La réglementation des SOCIMI est très minutieuse et, en conséquence, la Loi prévoit certaines conditions d'investissement qui doivent être remplies. Dans ce sens, et d'une façon générale, l'article 3 de la loi prévoit que le 80% de la valeur de l'actif des SOCIMI devra être investi dans des :

- (i) Biens immobiliers de nature urbaine destinés à la location.
- (ii) Terrains pour la construction de biens immeubles destinés à la location. Cependant, dans ce cas, il existe un délai de trois ans après l'acquisition pour commencer la promotion.
- (iii) Part sociale dans le capital ou patrimoine d'autres SOCIMI.

De toute évidence, si bien il s'agit d'une règle générale d'investissement, il peut y avoir un problème au moment de déterminer ou calculer le pourcentage réellement investi. La Loi a prévu, à ce sujet, qu'il faudra prendre comme référence le bilan de la SOCIMI.

Dans le cas où cette entité appartienne à un groupe de sociétés, la Loi dispose également que le calcul se fera à partir du bilan consolidé de la société mère, et ceci indépendamment de la résidence de cette société ou de si elle a l'obligation de présenter des comptes annuels consolidés. La Loi prévoit de résoudre ainsi les problèmes qui pourraient survenir lorsqu'une SOCIMI fait partie d'un groupe de sociétés dans lequel la société mère est une société non résidente en Espagne.

Nonobstant, la portée des comptes consolidés à prendre comme référence pour le calcul du pourcentage d'investissement est également spécifiée puisque, pour déterminer la partie de ce bilan consolidé nécessaire pour déterminer le pourcentage en question, la Loi circonscrit celui-ci exclusivement à la SOCIMI et au reste d'entités dans lesquelles elle participe, en accord avec les prévisions de la Loi.

Une autre question importante est le critère utilisé pour calculer la valeur. A ce sujet, la réglementation prévoit qu'il faudra prendre comme référence la moyenne des bilans individuels ou, le cas échéant, consolidés des trimestres de l'exercice. En tous cas, la société pourra substituer la valeur

pour connaître la renta correspondiente a cada inmueble o finca registral en que éste se divida.

(iii) Asimismo, las operaciones procedentes, en su caso, de otras actividades deberán ser igualmente contabilizadas de forma separada al objeto de determinar la renta derivada de las mismas.

No obstante lo anterior, hay que destacar que las SOCIMI podrán desarrollar otras actividades accesorias además de las ya indicadas si bien sus rentas representen menos del 20 por ciento de las rentas de la sociedad en cada período impositivo.

6. Requisitos de inversión.

Dado el carácter minucioso de la regulación de las SOCIMI, la Ley establece ciertos parámetros de inversión que deben cumplirse. En este sentido, y de una manera general, según el artículo 3 de la Ley impone que el 80% del valor del activo de las SOCIMI deberá estar invertido en:

- (i) Bienes inmuebles de naturaleza urbana destinados al arrendamiento.
- (ii) Terrenos para la promoción de bienes inmuebles que vayan a destinarse al arrendamiento. No obstante, en dicho caso, existirá un plazo de tres años desde la adquisición para que se inicie la promoción.
- (iii) Participación en el capital o patrimonio de otras SOCIMI.

Obviamente, si bien la anterior es una norma general de inversión, el problema surgirá la hora de determinar o calcular el porcentaje realmente invertido. A este respecto, la Ley establece que se llevará a cabo dicho cálculo tomando como referencia el balance de la SOCIMI.

En caso de que dicha entidad pertenezca a un grupo de sociedades, la Ley también establece que el cálculo se hará sobre el balance consolidado de la entidad dominante, independientemente de la residencia de dicha entidad o de si tiene la obligación formular cuentas anuales consolidadas. Por tanto, la Ley parece atajar los posibles problemas que pudieran surgir cuando una SOCIMI sea parte de un grupo de sociedades en el que la sociedad dominante sea no residente en España.

No obstante, se matiza también el ámbito de las cuentas consolidadas que se tomará como referencia para realizar el cálculo del porcentaje de inversión pues a la hora de determinar la parte de dicho balance consolidado que se tomará en cuenta a la hora de determinar el referido porcentaje, la Ley circunscribe el mismo exclusivamente a la SOCIMI y el resto de entidades en las que participe, de acuerdo con las previsiones de la Ley.

Otra de las cuestiones relevantes es el criterio de valoración. A este respecto, la norma establece que el mismo tomará como referencia la media de los balances individuales, o en su caso, consolidados de trimestrales del ejercicio. En todo caso, la entidad podrá sustituir el valor contable por el de mercado si bien se deberá aplicar a todos los balances del ejercicio.



comptable par la valeur de marché, mais il faudra l'appliquer à tous les bilans de l'exercice.

Il est important de signaler que les biens immobiliers faisant partie du patrimoine de la SOCIMI devront être loués pendant une période de trois ans. Dans ce sens, on ajoutera au total le temps pendant lequel ces biens auront été proposés en location avec un maximum de un an.

En ce qui concerne les actions ou participations dans d'autres sociétés, la Loi dispose qu'elles devront rester dans l'actif de la SOCIMI pendant trois ans depuis la date d'acquisition (ou depuis le premier exercice au cours duquel sera appliqué le régime fiscal spécial pour les SOCIMI).

7. Obligation de cotation

Il existe une obligation générale de cotation. Les actions des SOCIMI devront être admises à cotation dans un marché réglementé ou dans un système multilatéral de négociation. Cela implique que les SOCIMI pourront être cotées aussi dans le MAB et rendre plus attractif cet instrument d'investissement.

D'un autre côté, il existe une grande flexibilité en ce qui concerne la portée géographique puisque le marché réglementé pourra être espagnol ou de n'importe quel autre Etat membre de l'Union Européenne, de l'espace Economique Européen ou de n'importe quel autre pays ou territoire avec lequel il existe un échange effectif d'information fiscale, de façon ininterrompue pendant toute la période imposable.

8. Quelles sont les spécificités en termes de distribution de résultat?

Les SOCIMI doivent obéir à un certain nombre de règles en ce qui concerne la distribution des résultats de chaque exercice. De ce fait, dans la pratique, les SOCIMI redistribueront la majeure partie des revenus obtenus. Les SOCIMI devront obligatoirement distribuer :

- 100 % des bénéfices provenant des dividendes ou des participations des sociétés dans lesquelles elles participent, dans le respect du cadre établi par cette Loi.

- Au moins 50 % des bénéfices issus de la vente de biens immobiliers, actions et parts sociales.

- Au moins 80 % du reste des bénéfices obtenus

Dans tous les cas, la Loi ne se limite pas seulement à établir une distribution obligatoire mais elle va un peu plus loin en obligeant cette distribution à se faire sous forme de dividendes. C'est-à-dire, qu'elle limite la possibilité de faire parvenir les bénéfices de la société à ses associés par toute autre voie.

De plus, le paiement de ces dividendes devra être effectif au cours du mois suivant la prise de décision de la société, étant donné qu'il existe, non seulement, une obligation de

Aparte de otras cuestiones, es importante resaltar que los bienes inmuebles que integren el patrimonio de la SOCIMI deberán permanecer arrendados durante un periodo de tres años. En este sentido, se sumará al cómputo el tiempo que los mismos hayan estado ofrecidos en arrendamiento con un tope máximo de un año.

Por lo que respecta a las acciones o participaciones en otras entidades de acuerdo con la Ley, deberán permanecer en el activo de la SOCIMI durante tres años desde adquisición (o desde el primer ejercicio en que se aplique el régimen fiscal especial para SOCIMIs).

7. Obligación de cotización

Existe una obligación genérica de cotización por la cual las acciones de las SOCIMI deberán estar admitidas a cotización en un mercado regulado o en un sistema multilateral de negociación. Esto supone que las SOCIMI también podrán cotizar en el MAB, lo cual puede hacer más atractivo este vehículo de inversión.

Por otra parte, existe una gran flexibilidad con respecto al ámbito geográfico dado que dicho mercado regulado podrá ser español o de cualquier otro estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo así como de cualquier otro país o territorio con el que exista un efectivo intercambio de información tributaria, de forma ininterrompida durante todo el periodo impositivo.

8. ¿Cuáles son sus especialidades respecto a la distribución de resultados?

Las SOCIMI tienen que cumplir ciertas obligaciones con respecto a la distribución de resultados de cada ejercicio que en la práctica suponen que las mismas realmente distribuirán la mayor parte de los ingresos que hayan obtenido. En este sentido, las SOCIMI tendrán obligatoriamente que distribuir:

- (i) El 100% de los beneficios procedentes de dividendos o participaciones de las entidades en las que participen de acuerdo con las limitaciones establecidas en la propia Ley.

- (ii) Al menos el 50% de los beneficios derivados de la transmisión de inmuebles y acciones y participaciones

- (iii) Al menos el 80% del resto de los beneficios obtenidos

En todo caso, la Ley no se limita a establecer una distribución obligatoria sino que va un poco más allá y obliga a que dicha distribución se haga en forma de dividendos. Es decir, que se limita la posibilidad de hacer llegar los beneficios de la entidad a los socios por otras vías.

Asimismo, el pago de dichos dividendos deberá hacerse efectivo durante el mes siguiente a la toma de la decisión por parte de la entidad con lo que no sólo existe una obligación de distribución sino que se obliga a no dilatar la misma en el tiempo.

Adicionalmente, y con respecto a los beneficios derivados de la transmisión de inmuebles y acciones, la cantidad remanente



distribution mais également une obligation de ne pas faire durer cette dernière dans le temps.

En outre, en ce qui concerne les bénéfices issus de la vente de biens immeubles et de parts sociales, le montant restant (c'est-à-dire les 50 % restants) devra être destiné au réinvestissement dans d'autres biens immobiliers ou parts sociales, remplissant les conditions de l'objet social, dans un délai de trois ans suivant la date de la transmission. En l'absence de réinvestissement, ces bénéfices devront être distribués intégralement avec les bénéfices qui, le cas échéant, seront distribués pendant l'exercice au cours duquel expire le délai de réinvestissement.

C'est-à-dire que les SOCIMI ne pourront pas garder les bénéfices non distribués de manière indéfinie et seront obligées de les réinvestir dans un délai de trois ans ou de les distribuer.

Veillez noter que sont distribués : 100 % des bénéfices issus des dividendes, 50 % des bénéfices obtenus par la vente d'immeubles et 80 % du reste des bénéfices. De cette manière, les investisseurs potentiels auront la certitude que les bénéfices produits par les SOCIMI seront redistribués pour la majeure partie et que, s'ils ne sont pas réinvestis dans un délai précis, ils reviendront également aux investisseurs sous forme de dividendes.

Toutefois, la Loi établit (art. 6) que les obligations de distribution citées ci-dessus n'affecteront pas à la partie des bénéfices issus d'exercices au cours desquels la société n'était pas assujettie au régime spécial prévu pour les SOCIMI.

9. En quoi consiste le régime spécial des SOCIMI?

De façon générale et en tenant compte des précisions indiquées ci-après, il peut être dit que les SOCIMI sont soumises à un taux d'imposition sur l'Impôt des Sociétés de 0%. Cependant, la Loi prévoit des limites : si le délai de permanence de trois ans n'est pas respecté ou si la SOCIMI relève d'un régime différent dans l'Impôt sur les Sociétés avant que le délai de trois ans soit fini, la SOCIMI devra effectuer une rectification et payer l'Impôt sur les Sociétés comme si elle relevait du régime général et au taux général.

De même, les SOCIMI seront soumises à un taux spécial de 19% sur les dividendes, ou les participations dans les bénéfices distribués aux associés, si les conditions suivantes sont remplies :

(i) que la participation dans le capital social de la société soit supérieure ou égale à 5%.

(ii) que ces dividendes, au siège des associés soient exonérés ou imposés à un taux inférieur de 10%.

Dans tous les cas, les dividendes ou participations dans les bénéfices seront soumis à une retenue à la source.

En ce qui concerne le régime fiscal des actionnaires des SOCIMI, les dividendes versés au titre des bénéfices ou réserves

(es decir, el otro 50%) deberá destinarse a la reinversión en otros inmuebles o participaciones afectos al cumplimiento del objeto social en el plazo de los tres años posteriores a la fecha de transmisión. En defecto de dicha reinversión, dichos beneficios deberán distribuirse en su totalidad conjuntamente con los beneficios que en su caso se distribuyan en el ejercicio en el que expire el plazo de reinversión.

Es decir, que las SOCIMI no podrán mantener los beneficios no distribuidos de manera indefinida sino que están obligadas a reinvertir en el plazo de tres años o distribuir dichos beneficios.

Nótese que se distribuyen el 100% de los beneficios provenientes de dividendos, el 50% de los beneficios obtenidos por las ventas de inmuebles y el 80% del resto de beneficios. De esta forma, los posibles inversores tendrán la seguridad de que los beneficios que produzcan las SOCIMI serán distribuidos en su mayor parte y si no se reinvierte dentro de un determinado plazo, también llegarán al inversor vía dividendos.

No obstante lo anterior, se establece en la propia Ley (art. 6) que las referidas obligaciones de distribución no afectarán a la parte de los beneficios imputables a ejercicios en los que la sociedad no tributaba por el régimen especial establecido para las SOCIMI.

9. ¿En qué consiste el régimen fiscal especial de las SOCIMI?

De una manera sucinta, se puede establecer que las SOCIMI estarán sometidas a un tipo de gravamen en Impuesto sobre Sociedades del 0% con las matizaciones que más adelante se detallan. No obstante lo anterior, la Ley establece ciertas limitaciones con respecto al cumplimiento de plazos pues la SOCIMI deberá regularizar y tributar de acuerdo con el régimen general y el tipo general del Impuesto de Sociedades en caso de incumplimiento de plazo de permanencia de 3 años o de que tribute por otro régimen distinto en el Impuesto de Sociedades antes de que se cumpla el referido plazo de tres años.

Asimismo, las SOCIMI estarán sometidas a un gravamen especial del 19% sobre el importe íntegro de dividendos o participaciones en beneficios distribuidos a los socios siempre que se cumplan las siguientes premisas:

(i) que la participación en el capital social de la entidad sea igual o superior al 5%.

(ii) que dichos dividendos, en sede de socios estén exentos o tributen a un tipo inferior al 10%.

En todo caso, estarán sujetos a retención los dividendos o participaciones en beneficios.

Por lo que respecta al régimen fiscal de los accionistas de las SOCIMI, los dividendos distribuidos con cargo a beneficios o reservas respecto de los que se haya aplicado el régimen de las SOCIMI, recibirán el siguiente tratamiento, cuando el perceptor sea contribuyente de:



par rapport à ceux auxquels aura été appliqué le régime des SOCIMI, subiront le traitement suivant lorsque le percepteur sera contribuable de :

(i) Impôt sur les sociétés ou contribuable de l'Impôt sur les Revenus des Non Résidents avec Etablissement Stable : la déduction pour éviter la double imposition interne ne sera pas applicable.

(ii) Impôt sur les Revenus des Personnes Physiques : l'exonération sur les dividendes prévue dans l'article 7.y) Loi 35/2006 ne sera pas applicable.

(iii) Impôt sur les Sociétés ou contribuable de l'Impôt sur les Revenus des Non Résidents sans Etablissement Stable : l'exonération sur les dividendes prévue dans l'article 14.1.j) TRLIRNR ne sera pas applicable.

Les revenus obtenus par la vente ou le remboursement de la participation dans le capital des sociétés ayant opté pour ce régime seront traités comme il suit en fonction de l'impôt dont relève le bénéficiaire :

(i) Impôt sur les Sociétés ou contribuable de l'Impôt sur les revenus des Non Résidents avec Etablissement Stable : la déduction pour éviter la double imposition interne (art. 30 TRLIS) ne sera pas applicable en ce qui concerne les revenus prélevés sur les réserves issues de bénéfices ayant bénéficié du régime fiscal des SOCIMI.

(ii) Impôt sur les revenus des Personnes Physiques : la plus-value ou moins-value patrimoniale sera calculée en accord avec l'article 37.1.a) LIRPF.

(ii) Impôt sur les revenus des Non Résidents sans Etablissement Stable : l'exonération prévue dans l'article 14.1.i) TRLIRNR ne sera pas applicable.

De même, les associés, dont la participation dans le capital social de la société soit supérieur ou égal à 5% et reçoivent des dividendes ou participations dans les bénéfices soumis à un taux d'imposition d'au moins 10%, auront l'obligation de communiquer cette circonstance à la société dans un délai de dix jours à compter du jour suivant celui du paiement.

Finalment, il a été établi un système de perte du régime spécial, suivant lequel, le régime spécial ne pourra pas être applicable dans la période imposable où une des circonstances suivantes aura eu lieu :

a) L'exclusion de négociation dans les marchés réglementés ou dans un système multilatéral de négociation,

b) Le non-respect substantiel des obligations d'information, sauf s'il existe une régularisation dans la mémoire de l'exercice immédiatement postérieur.

c) Le manque d'accord de distribution ou paiement total ou partiel des dividendes dans les conditions et délais prévus par la Loi.

d) La renonciation à l'application du régime.

(i) Impuesto de Sociedades o un contribuyente del Impuesto sobre la Renta de no Residentes con Establecimiento Permanente: no será de aplicación la Deducción para evitar la doble imposición interna.

(ii) Impuesto de la Renta de las Persona Físicas: no será de aplicación la exención para dividendos establecida en el artículo 7.y) Ley 35/2006.

(iii) Impuesto de sociedades o un contribuyente del Impuesto sobre la Renta de no Residentes sin Establecimiento Permanente: no será de aplicación la exención para dividendos regulada en el artículo 14.1.j) TRLIRNR.

Las rentas obtenidas en la transmisión o reembolso de la participación en el capital de las sociedades que hayan optado por este régimen, recibirán el siguiente tratamiento, cuando el perceptor sea contribuyente de:

(i) Impuesto de sociedades o un contribuyente del Impuesto sobre la Renta de no Residentes con Establecimiento Permanente no será de aplicación la deducción para evitar la doble imposición interna (art.30 TRLIS) en relación con la renta obtenida que se corresponda con reservas procedentes de beneficios respecto de los que haya sido de aplicación el régimen fiscal de las SOCIMI.

(ii) Impuesto de la Renta de las Persona Físicas, la ganancia o pérdida patrimonial se determinará de acuerdo con el artículo 37.1.a) LIRPF.

(ii) Impuesto sobre la Renta de no Residentes sin Establecimiento permanente: no será de aplicación la exención establecida en el artículo 14.1.i) TRLIRNR.

Asimismo, los socios cuya participación en el capital social de la entidad sea igual o superior al 5% y reciban dividendos o participaciones en beneficios que tributen a un tipo de gravamen de al menos el 10%, tendrán la obligación de notificar tal circunstancia a la entidad en el plazo de diez días a contar desde el siguiente a aquel en que los mismos sean satisfechos.

Finalmente, se establece un sistema de pérdida del régimen especial según el cual, se perderá el derecho a aplicar el régimen fiscal especial, en el propio período impositivo en el que se manifieste alguna de las circunstancias siguientes:

a) La exclusión de negociación en mercados regulados o en un sistema multilateral de negociación.

b) El incumplimiento sustancial de las obligaciones de información, excepto que en la memoria del ejercicio inmediato siguiente se subsane ese incumplimiento.

c) La falta de acuerdo de distribución o pago total o parcial, de los dividendos en los términos y plazos establecidos en la Ley.

d) La renuncia a la aplicación del régimen.

e) El incumplimiento de cualquier otro de los requisitos exigidos de la Ley para que la entidad pueda aplicar el régimen fiscal



e) le non-respect de n'importe quel autre condition exigée par la Loi pour l'application du régime spécial, sauf si la condition est respectée dans l'exercice immédiatement postérieur.

De même, en plus de la perte du régime, cela impliquera l'impossibilité d'opter à nouveau pour ce régime pendant une période de trois ans à compter de la fin du dernier exercice d'application de celui-ci. C'est-à-dire, il existe une double pénalité, la perte du régime et l'impossibilité d'y opter pendant un certain délai.

10. Quelles sont les obligations spécifiques des SOCIMI?

La Loi prévoit certaines obligations d'information à toutes les SOCIMI qui devront être incluses, avec certaines spécificités, dans la mémoire des comptes annuels. Cette information inclut :

- a) L'annotation séparée des réserves créées dans les exercices précédents à celui de l'application du régime fiscal prévu par cette Loi.
- b) Les réserves, issues d'exercices au cours desquels le régime fiscal prévu par cette Loi était applicable, devront être différenciées en tenant compte de la partie qui provient de revenus soumis au taux d'imposition zéro pour cent de celles qui, le cas échéant, auront été soumises au taux d'imposition général.
- c) Les dividendes prélevés sur les bénéfices des exercices au cours desquels le régime fiscal prévu par cette Loi était applicable. Dans ce sens, il faudra faire une distinction entre les parties avec un taux d'imposition différent (soit le 0%, soit le 19% ou le régime général).
- d) Dans le cas de distribution de dividendes prélevés sur les réserves, il faudra indiquer de quel exercice provient la réserve appliquée et si cette dernière a été imposée au taux de 0 pour cent, 19 pour cent ou au taux général.
- e) De même, il faudra préciser la date de l'accord de distribution des dividendes indiqués ci-dessus.
- f) Date d'acquisition des immeubles destinés à la location et des parts sociales dans le capital d'autres sociétés.
- g) Identification de l'actif rentrant dans le calcul du 80 pour cent indiqué dans le point 8 (ii) ci-avant.
- h) Réserves issues d'exercices au cours desquels le régime fiscal prévu par cette Loi était applicable et ayant été utilisées au cours de la période imposable, non pas pour leur distribution ou pour compenser des pertes. Il faudra identifier l'exercice du quel proviennent ces réserves.

De plus, les SOCIMI devront être en mesure de répondre à n'importe quelle information requise par l'Administration fiscale en relation avec le calcul effectué pour déterminer le résultat de la distribution des coûts entre les différentes sources de revenus. A ce sujet, la Loi prévoit des sanctions spécifiques pour les cas de non-respect de cette obligation d'information.

especial, excepto que se reponga la causa del incumplimiento dentro del ejercicio inmediato siguiente.

Asimismo, además de la pérdida del régimen implicará que mientras no haya transcurrido al menos tres años desde la conclusión del último período impositivo en que fue de aplicación dicho régimen no podrá volver a solicitarse de nuevo el régimen. Es decir, existe una doble pena, la pérdida del régimen y la imposibilidad de volver a él durante un periodo de tiempo determinado.

10. ¿Cuáles son las obligaciones de información específicas de las SOCIMI?

La Ley establece determinadas obligaciones de información a todas las SOCIMI que se llevarán a cabo mediante la inclusión de determinados aspectos específicos en la memoria de las cuentas anuales. En este sentido, dicha información incluye:

- a) Un desglose de las reservas procedentes de ejercicios anteriores a la aplicación del régimen fiscal establecido en esta Ley.
- b) Determinación de las reservas procedentes de ejercicios en los que se haya aplicado el régimen fiscal establecido en esta Ley, diferenciando la parte que procede de rentas sujetas al tipo de gravamen del cero por ciento, o del 19 por ciento, respecto de aquellas que, en su caso, hayan tributado al tipo general de gravamen.
- c) Determinación de los dividendos distribuidos con cargo a beneficios de cada ejercicio en que ha resultado aplicable el régimen fiscal establecido en esta Ley. En este sentido, habrá que diferenciar las partes que tengan distinta tributación (ya sea el 0%, el 19% o el régimen general).
- d) En caso de distribución de dividendos con cargo a reservas, designación del ejercicio del que procede la reserva aplicada y si las mismas han estado gravadas al tipo de gravamen del cero por ciento, del 19 por ciento o al tipo general.
- e) Asimismo, habrá que especificar la fecha de acuerdo de distribución de los dividendos anteriormente mencionados.
- f) Fecha de adquisición de los inmuebles destinados al arrendamiento y de las participaciones en el capital de otras entidades.
- g) Identificación del activo que computa dentro del 80 por ciento al que se refiere el punto 8 (ii) del presente documento.
- h) Reservas procedentes de ejercicios en que ha resultado aplicable el régimen fiscal especial establecido en la Ley, que se hayan dispuesto en el período impositivo, que no sea para su distribución o para compensar pérdidas, identificando el ejercicio del que proceden dichas reservas.

Además de lo anterior, las SOCIMI deberán estar a disposición de facilitar cualquier información que reclame la Administración tributaria sobre el detalle del cálculo efectuado para determinar el resultado de la distribución de los gastos entre las distintas fuentes de renta. A este respecto, la propia Ley establece unas sanciones específicas referidas al incumplimiento de dicha obligación de información.

La problématique contractuelle des
travailleurs en Espagne et principales
caractéristiques de chaque type de
contrat

La Contratación de trabajadores en
España y principales características de
cada tipo de contrato de conflictos:
mediación, conciliación y arbitraje

La problématique contractuelle des travailleurs en Espagne et principales caractéristiques de chaque type de contrat

1. Introduction

Le but de ce guide de recrutement est de faire connaître les différentes modalités contractuelles en matière de droit du travail qui coexistent actuellement en vertu de la législation espagnole.

Dans ce sens et, suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle législation sur le travail, il existe différents types de contrats de travail qui seront exposés ci-après.

Le but de ce Guide de Contrats de Travail est d'apporter une aide aux employeurs et de les guider lors du choix du contrat de travail à utiliser dans chaque circonstance et cas concret.

2. Contrat de travail

2.1. Formalisation et caractéristiques du contrat de travail

Que représente-t-il?

Un contrat de travail est un accord conclu entre employeur et travailleur. Le travailleur s'engage à effectuer des services personnels et déterminés sous la direction de l'employeur en échange d'une rétribution. Le travailleur figure comme un tiers dans l'acceptation du risque par l'entreprise.

2.2. Considérations générales :

2.2.1. Forme

Le contrat de travail peut se conclure de deux manières différentes :

- Oralement
- Par écrit

Cependant, la législation prévoit expressément l'obligation de conclure par écrit certains types de contrats.

Les contrats suivant devront être conclus obligatoirement par écrit :

- Contrat de stage.
- Contrat de formation et d'apprentissage
- Contrat pour l'exécution d'un travail ou d'un service déterminé

La Contratación de trabajadores en España y principales características de cada tipo de contrato

1. Introducción

El objetivo de la presente Guía de Contratación Laboral es el de dar a conocer las distintas modalidades contractuales en materia laboral que, actualmente, coexisten al amparo de la legislación española.

En este sentido, existen diferentes modalidades de contrato de trabajo, como consecuencia de la promulgación de reciente normativa en materia laboral al respecto, como a continuación se expondrá.

Por ello, la presente Guía de Contratación Laboral está destinada a ser instrumento de ayuda para empleadores a los efectos de poder orientar la correcta elección del contrato laboral a formalizar en cada momento y para cada caso concreto.

2. Contrato de trabajo

2.1. Formalización y características del contrato de trabajo

¿Qué representa?

Representa un acuerdo entre empresario y trabajador. A cambio de una retribución obliga al trabajador a prestar servicios personales y determinados en el ámbito de organización y dirección del empleador, y la ajenidad consiguiente en la asunción del riesgo por la empresa.

2.2. Consideraciones generales:

2.2.1. Forma.

El contrato de trabajo se puede formalizar de dos maneras distintas:

- Verbalmente
- Por escrito

No obstante, existen disposiciones legales que imponen de manera expresa la obligación de formalizar determinadas modalidades contractuales en forma escrita.

En este sentido, la forma escrita será siempre exigible en las modalidades contractuales que, a continuación, se relacionan:

- Contrato en Prácticas.
- Contrato para la Formación y Aprendizaje.
- Contrato para la realización de una obra o servicio determinado.

- Contrats à durée déterminée d'une durée supérieure à quatre semaines
- Contrat à temps partiel et discontinu
- Contrat de remplacement
- Contrat de travail à domicile
- Contrats pour des travailleurs en Espagne au service des entreprises espagnoles à l'étranger

Le non-respect de cette obligation, implique que le contrat est présumé indéfini et à temps plein, sauf preuve du contraire, indiquant sa nature temporaire ou la nature à temps partiel des services.

2.2.2. Durée

Concernant la durée, le contrat de travail peut prendre une des modalités suivantes :

- a) Contrat à durée indéterminée
- b) Contrat à durée déterminée (temporaire)

Ainsi des contrats à durée déterminée pourront être conclus dans les cas suivants :

- **POUR UN TRAVAIL OU UN SERVICE NETTEMENT DÉFINI** : lorsque les salariés sont recrutés pour la réalisation d'un travail ou un service spécifique, (avec autonomie et ses propres caractéristiques) et, bien que limité dans le temps, le service soit en principe de durée incertaine.
- **CIRCONSTANCES DE LA PRODUCTION** : lorsque les conditions du marché, le cumul de tâches ou des commandes excessives exigent des nouvelles embauches alors même qu'il s'agit de l'activité normale de l'entreprise.

Dans ces cas, les contrats peuvent avoir une durée maximale de six mois comprise dans une période de douze mois, à partir du moment où ces circonstances ce sont produites.

- **INTERIMAIRE** : lorsqu'il s'agit de remplacer des salariés qui ont le droit de maintenir leur poste de travail, sous réserve que le contrat de travail spécifie le nom du travailleur remplacé et la cause du remplacement.

De même, les contrats à durée déterminée devront respecter les dispositions prévues dans cette matière par la Convention Collective applicable à chaque secteur.

2.2.3. Information aux salariés

Dans les contrats de travail d'une durée supérieure à quatre semaines, l'employeur devra informer le salarié par écrit sur les conditions du contrat.

2.2.4. Droits d'information aux représentants des salariés.

L'employeur doit également transmettre une copie des accords formalisés par écrit aux représentants des travailleurs.

- Contratos de duración determinada, cuya duración sea superior a cuatro semanas.
- Contrato a tiempo parcial y fijo discontinuo.
- Contrato de relevo.
- Contrato de Trabajo a domicilio.
- Contrataciones de trabajadores en España al servicio de empresas españolas en el extranjero.

De no observarse tal exigencia, el contrato se presumirá celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios.

2.2.2. Duración.

Respecto a la duración, el contrato de trabajo puede concertarse en alguna de las siguientes modalidades:

- a) Contrato indefinido
- b) Contrato de duración Determinada (temporal)

De esta manera, podrán celebrarse contratos de duración determinada en los siguientes supuestos:

- **OBRA O SERVICIO**: Cuando se contrate al trabajador para la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia, y aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta.
- **CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN**: Cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieran, aun tratándose de la actividad normal de la empresa.

En tales casos, los contratos podrán tener una duración máxima de seis meses, dentro de un período de doce meses, contados a partir del momento en que se produzcan dichas causas.

- **INTERINIDAD**: Cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, siempre que en el contrato de trabajo se especifique el nombre del sustituido y la causa de sustitución.

Asimismo, deberá atenderse a las disposiciones que, en materia de duración de los contratos de duración determinada, contenga el Convenio Colectivo que, en cada supuesto, resulte de aplicación.

2.2.3. Información a los trabajadores.

En caso que la duración de la relación laboral sea superior a cuatro semanas, el empresario deberá informar por escrito al trabajador sobre los elementos que configuran el contrato de trabajo.

2.2.4. Derechos de información a los representantes de los trabajadores.

El empresario también tendrá que transmitir una copia de los contratos formalizados por escrito a estos



Les prolongations des contrats et leurs contestations devront aussi être transmises dans le même délai de 10 jours. La copie du contrat devra contenir tous les éléments du contrat sauf le numéro d'identité, l'état civil et toute autre information pouvant porter dommage à l'identité personnelle de l'intéressé.

Cette dernière devra être transmise au Service Public de l'Emploi. L'obligation de transmettre une copie au Service Public de l'Emploi existe même s'il n'y pas de représentation légale des travailleurs.

2.2.5. Communication aux Services Publics de l'Emploi

Les employeurs devront communiquer le contenu des contrats conclus ou toute prolongation de ceux-ci dans un délai de 10 jours suivant la date de recrutement, en respectant les dispositions réglementaires et indépendamment qu'ils soient écrits ou non.

3. Les contrats de travail : modalités et investissement

3.1. Contrats à durée indéterminée

3.1.1. Définition et éléments plus importants

Le contrat de travail à durée indéterminée est un contrat qui est conclu sans durée maximale.

La durée du contrat de travail sera, en principe, celle qui a été accepté librement par les parties. En défaut d'une disposition légale d'ordre général sur le minimum et le maximum de la durée de contrat d'emploi et dans le cas où les parties n'aient pas défini de ligne directrice qui permet de connaître les véritables intentions quant à sa durée, celui-ci est entendu comme d'une durée indéterminée.

Le contrat à durée indéterminée à temps plein peut être conclu sans aucune obligation de forme, oralement, ou par écrit. Toutefois, n'importe quelle des parties peut exiger que le contrat soit conclu par écrit à n'importe quel moment de la relation de travail.

Lorsque le contrat de travail a un caractère indéfini, l'extinction du contrat doit être effectuée pour une cause justifiée. L'absence d'une telle cause peut entraîner l'obligation d'indemniser ou réintégrer le salarié.

3.1.2. Formalisation

Le contrat à durée indéterminée à temps plein peut être conclu avec liberté de forme et donc être formalisé oralement ou par écrit.

Tout contrat devant être formalisé par écrit en vertu d'une disposition légale et qui n'a pas fait l'objet d'un contrat par écrit, sera présumé à durée indéterminée.

Las prórrogas de dichos contratos y las denuncias de os mismos también tendrán que estar transmitidas en el mismo plazo de 10 días. Excepto el número del D.N.I., estado civil, y cualquier otro dato que pueda afectar a la identidad personal del interesado, la copia básica tendrá que contener todos los datos del contrato.

Está tendrá que estar transmitida al Servicio Público de Empleo. También deberá formalizarse copia básica y remitirse al Servicio Público de Empleo en el caso donde no exista representación legal de los trabajadores.

2.2.5. Comunicación a los Servicios Públicos de Empleo.

Sobre la comunicación a los Servicios Públicos de Empleo, los empresarios tendrán que comunicar el contenido de los contratos que celebren o las prórrogas de los mismos en el plazo de los 10 días siguientes a su contratación, y en los términos que reglamentariamente se determinen, y con independencia que estén celebrados por escrito o no.

3. Los contratos de trabajo: modalidades e incentivos

3.1. Contratos indefinidos

3.1.1. Definición y consideraciones más importantes

El contrato de trabajo por tiempo indefinido es el que se conviene sin duración máximo. El plazo de duración del contrato de trabajo será, en principio, el que libremente acuerden las partes. En defecto de previsión legal de carácter general sobre la duración mínima y máxima del contrato de trabajo, y en caso que las partes no hayan establecido ninguna pauta que permita conocer la verdadera intención acerca de su duración, éste se entiende estipulado por tiempo indefinido.

El contrato indefinido ordinario a tiempo completo puede convenirse con libertad de forma, de palabra o por escrito, pero cualquiera de las partes puede exigir que el contrato se celebre por escrito, incluso durante el transcurso de la relación laboral.

Cuando la relación es indefinida el válido ejercicio de la potestad extintiva requiere la concurrencia de justa causa, cuya ausencia puede dar lugar a consecuencias indemnizatorias o a la readmisión del trabajador.

3.1.2. Formalización

El contrato indefinido ordinario a tiempo completo puede convenirse con libertad de forma, y por tanto formalizarse de manera verbal o escrito.

Si existe una disposición legal, que establece la obligación de celebrar por escrito el contrato de trabajo, y no se cumple, el contrato se presumirá celebrado por tiempo indefinido.

3.1.3. Typologie

a. Contrat à durée indéterminée ordinaire

D'une façon générale, il est régi par les dispositions existant pour les contrats à durée indéterminée. Le contrat de travail peut être oral ou écrit.

b. Contrat d'appui aux entrepreneurs

Ce contrat de travail est applicable uniquement pour les entreprises de moins de 50 salariés. Le Contrat doit être conclu pour une durée indéterminée et à temps plein et sera établi par écrit. La caractéristique principale de ce type de contrats est qu'une période d'essai d'un an peut être prévue. Toutefois, cette période d'essai ne pourra pas être conclue lorsque le salarié aura exercé au préalable les mêmes fonctions dans l'entreprise.

Ce type de contrat peut bénéficier de certains avantages fiscaux et allègements des charges sociales pendant 3 ans. Ces allègements varient entre 80 et 108 €, en fonction de l'âge du salarié et du collectif, et sont uniquement applicables pour les travailleurs inscrits à l'Agence pour l'emploi.

Pour pouvoir se bénéficier de ces avantages, le salarié doit rester dans l'entreprise pendant un délai de 3 ans, à compter de la date du début de la relation de travail, et l'entreprise doit conserver le même niveau d'emploi pendant un an au moins. En cas de non-respect de ces obligations l'entreprise devra rembourser les bonifications.

c. Intermittents

L'objet de ce type de contrat est la réalisation de travaux qui ne sont pas effectués à des dates fixes et qui ont un caractère fixe mais discontinu même en cas d'activité normale de l'entreprise.

Si les travaux discontinus se répétaient à certaines dates fixes, il serait d'application le contrat à temps partiel conclu pour une durée indéterminée.

Ce type de contrat doit être formalisé par écrit selon le modèle officiel prévu par le Service Public de l'État. Il devra comprendre :

- (i) la durée estimée de l'activité ;
- (ii) la forme et ordre d'appel établi par la convention collective applicable
- (iii) la journée de travail estimée et
- (iv) sa répartition horaire.

d. Contrats rentrant dans le cadre du Programme pour la Promotion de l'Emploi

L'objet de ce type de contrats est d'encourager le recrutement à durée indéterminée de certaines catégories de travailleurs qui se trouvent dans une situation de chômage, y compris ceux qui travaillent dans une autre entreprise avec un contrat à temps partiel, sous réserve que leur journée

3.1.3. Tipología

a. Indefinido ordinario

Con carácter general, rige lo que estaría establecido para los contratos indefinidos. El contrato de trabajo podrá ser verbal o escrito.

b. De apoyo a los emprendedores

Este contrato de trabajo, sólo se regula para empresas que tengan menos de 50 trabajadores. El contrato se tiene que celebrar por tiempo indefinido, y a jornada completa, y se formalizará por escrito en el modelo que se establezca. Como característica esencial en este tipo de contratos, sería que puede establecerse un periodo de prueba de 1 año. No podrá constituirse un periodo de prueba, cuando el trabajador haya desempeñado las mismas funciones con anterioridad a la empresa.

Este tipo de contratos tienen incentivos fiscales, y bonificaciones a la Seguridad Social durante 3 años que oscilan entre una cuantía de 80 a 108 €, dependiendo de la edad del trabajador afectado y del colectivo, sólo para aquellos trabajadores que estuvieran inscritos en la Oficina de empleo.

Para beneficiarse de las bonificaciones, es necesario que se mantenga el empleo del trabajador contratado al menos 3 años desde la fecha del inicio de la relación laboral y deberá mantenerse el nivel de empleo en la empresa alcanzado con el contrato por tiempo indefinido de apoyo a emprendedores durante, al menos, un año desde la celebración del contrato. En caso de incumplimiento de estas obligaciones se procederá al reintegro de los incentivos.

c. Fijos discontinuos

El objeto de este contrato es realizar trabajos que no se repiten en fechas ciertas y que tengan el carácter de fijos discontinuos, dentro del volumen normal de actividad de la empresa. A los supuestos de trabajos discontinuos que se repitan en fechas ciertas, le será de aplicación la regulación del contrato a tiempo parcial celebrado por tiempo indefinido.

En este caso, se debe formalizar por escrito en el modelo oficial establecido por el Servicio Público Estatal. Deberá figurar: (i) duración estimada de la actividad; (ii) Forma y orden de llamamiento que establezca el convenio colectivo aplicable (iii) Jornada laboral estimada y (iv) su distribución horaria.

d. Contratos acogidos al Programa de Fomento de Empleo

El objeto de los contratos acogidos al Programa de Fomento de Empleo es fomentar la contratación indefinida de determinados colectivos de trabajadores que están en situación de desempleo, incluidos aquellos que estén trabajando en otra empresa con un contrato a tiempo parcial, siempre que



de travail représente moins d'un tiers de la journée d'un travailleur comparable à temps plein.

Pour bénéficier de ce type de contrat, en règle générale, les travailleurs doivent être inscrits au Bureau de l'Emploi comme demandeurs d'emploi et être inclus dans un des groupes indiqués ci-après. Le contrat devra être établi pour une durée indéterminée et à temps plein.

- Jeunes âgés de 16 à 30 et les plus de 45 ans, qui sont engagés dans le cadre de la modalité d'aide aux entrepreneurs.
- Travailleurs handicapés.
- Travailleurs pouvant accréditer le statut de victime de violence de genre, conjugale. Dans ces cas, la condition de demandeur d'emploi n'est pas requise.
- Travailleurs pouvant accréditer le statut de victime du terrorisme. Pour ces travailleurs la condition de demandeur d'emploi ne sera pas requise.
- Travailleurs sans emploi en situation d'exclusion sociale accréditée par les organismes compétents (les collectifs en risque d'exclusion sociale sont, conformément à la loi 44/07, ceux énumérés ci-dessous dans "chômeurs / demandeurs d'emploi en situation d'exclusion sociale").

Les avantages dont font l'objet ce type de contrats varient entre environ 650 à 4 500 € par an, selon le collectif touché.

3.1.4. Avantages dans les cotisations à la sécurité sociale : embauche de salariés à durée indéterminée par le biais du RDL 3/2014

Le RDL 3/2014 prévoit le dispositif « TARIFA PLANA DE CO-TIZACION » d'une durée de 24 mois en ce qui concerne les cotisations patronales de base.

Ce dispositif est applicable aux contrats à temps partiel et à temps plein. Toutefois, « la tarifa plana » sera d'un montant différent en fonction des heures de travail effectuées par l'employé qui ouvre droit à l'application de cet avantage :

- 100 euros par mois pour les contrats à temps plein.
- 75 euros par mois pour les contrats à temps partiel, dont la durée journalière, soit au moins, égale à 75 % d'une journée à plein temps.
- 50 euros par mois pour les contrats à temps partiel, la durée journalière, soit au moins, égale à 50 % d'une journée à plein temps.

Pour bénéficier de cet avantage les entreprises doivent remplir les conditions suivantes :

- Respecter et être à jour de toutes les obligations fiscales et avec la Sécurité Sociale, pendant la durée d'application de cet avantage..

su jornada de trabajo sea inferior a un tercio de la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable.

Para acceder a este tipo de contrato, con carácter general, los trabajadores tienen que encontrarse inscritos en las oficinas de Empleo como desempleados y estar incluidos en alguno de los siguientes colectivos, celebrándose el contrato por tiempo indefinido y a jornada completa.

- Jóvenes de 16 a 30 años y mayores de 45 años, que sean contratados bajo la modalidad de apoyo a los emprendedores.
- Trabajadores con discapacidad.
- Trabajadores que tengan acreditada la condición de víctima de violencia de género o doméstica, sin que sea necesaria la condición de desempleado.
- Trabajadores que tengan acreditada la condición de víctima del terrorismo, a quienes tampoco se requiere la condición de desempleado.
- Trabajadores desempleados en situación de exclusión social acreditada por los órganos competentes (los colectivos de exclusión social son, de acuerdo con la Ley 44/07, son los que se indican más abajo en "trabajadores desempleados en situación de exclusión social").

Las bonificaciones oscilan aproximadamente de 650 a 4.500 € anuales, dependiendo del colectivo afectado.

3.1.4. Incentivos en la cotización a la Seguridad Social: Contratación de trabajadores indefinidos a través del RDL 3/2014.

El RDL 3/2014 regula la denominada "Tarifa plana de cotización", de 24 meses de duración, respecto de la cuota empresarial por contingencias comunes.

Aplicable tanto a la contratación a tiempo parcial como a tiempo completo. No obstante, la tarifa plana ascenderá a un importe distinto dependiendo de la jornada laboral del empleado que motiva dicho beneficio:

- 100 euros mensuales para contrataciones a tiempo completo.
- 75 euros mensuales para contrataciones a tiempo parcial, cuya jornada sea, al menos, igual al 75% de la jornada completa.
- 50 euros mensuales para contrataciones a tiempo parcial, cuya jornada sea, al menos, igual al 50% de la jornada completa.

Para acceder a dicho beneficio, las empresas deberán cumplir los siguientes requisitos:

- Hallarse al corriente en el cumplimiento de obligaciones tributarias y con la SS, durante toda la duración de la aplicación de la reducción.

- Ne pas avoir résilié au cours des 6 derniers mois (sans prendre en compte ceux précédant le 25/02/2014) des contrats de travail lorsque :

i. Des procédures de licenciement collectif ont été mises en place.

ii. Ces résiliations aient été déclarées irrecevables.

- Que les nouveaux contrats représentent une augmentation nette du niveau d'emploi à durée indéterminée dans l'entreprise.
- Maintenir le niveau de l'emploi total atteint pendant 36 mois.

L'application de cet avantage patronal n'affecte pas le montant des avantages économiques auxquels les travailleurs auraient droit, même s'il est à noter que cette mesure d'incitation à l'embauche est incompatible avec toute autre avantage en cotisations à la Sécurité Sociale pour ces nouveaux contrats.

Enfin, il est à noter que cette TARIFA PLANA, ne sera pas applicable aux hypothèses suivantes :

- Relations de travail spéciales.
- Des contrats de travail concernant des conjoints, ascendants, descendants et autres membres de la famille jusqu'au deuxième degré de consanguinité ou d'affinité.
- Des contrats de travail concernant les personnes qui ont le contrôle de l'entreprise ou font partie des organes d'administration ou de direction de l'entreprise.
- Les travailleurs inclus dans les systèmes spéciaux de la RGSS.
- Les employés qui auraient fait l'objet d'un licenciement non disciplinaire dans d'autres sociétés du groupe auquel appartient l'employeur, dans les six mois précédents.
- Les employés ayant fourni des services par le biais de contrat à durée indéterminée pour l'entreprise dans les 6 derniers mois.

3.2. Contrats à durée déterminée

3.2.1. Définition

Les contrats de travail sont classifiés dans deux grands groupes : les contrats établis pour une durée indéterminée ou les contrats établis pour une durée déterminée.

Les contrats à durée déterminée pourraient se regrouper dans les catégories suivantes :

- Par le travail faisant l'objet du contrat : pour un travail ou un service déterminé, éventuel dû aux circonstances de la production et le contrat d'intérimaire.

- No haber extinguido en los 6 meses anteriores (sin tener en cuenta aquellas anteriores al 25/2/2014) contratos de trabajo cuando:

i. Se deriven de procedimientos de despido colectivo.

ii. Dichas extinciones hayan sido declaradas improcedentes.

- Que la celebración de los nuevos contratos impliquen un aumento neto del nivel de empleo indefinido en la empresa.
- Mantener durante 36 meses el nivel de empleo total alcanzado.

La aplicación de dicho beneficio empresarial no afecta a la cuantía de las prestaciones económicas a las que tendrían derecho los trabajadores, si bien debe tenerse en cuenta que este incentivo a la contratación resulta incompatible con cualquier otro beneficio en la cotización a la Seguridad Social por dicha nueva contratación.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que dicha Tarifa Plana no resultará aplicable a los siguientes supuestos:

- Relaciones laborales especiales.
- Contrataciones que afecten a cónyuges, ascendientes, descendientes y demás parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.
- Quienes tengan el control empresarial o formen parte de órganos de administración y/o dirección de la sociedad.
- Trabajadores incluidos en los sistemas especiales del RGSS.
- Empleados que hubiesen sido despedidos, en los 6 meses anteriores y de manera improcedente, por otras empresas del Grupo al que pertenezca la empleadora.
- Empleados que hubiesen prestado servicios mediante contrato indefinido para la empresa en los 6 meses anteriores.

3.2. Contratos temporales

3.2.1. Definición

Atendiendo a la duración de la relación laboral, los contratos de trabajo se clasifican en dos grandes grupos: los indefinidos y los temporales o de duración determinada. La contratación temporal podría agruparse en las siguientes categorías:

- Por el trabajo objeto de contratación: para obra o servicio determinado, eventual por circunstancias de la producción y contrato de interinidad.
- Por su función formativa: en prácticas y para la formación y el aprendizaje. Se incluye también al personal investigador en formación.
- Por su finalidad de fomento de empleo: contrato temporal de fomento de empleo de personas con discapacidad, contrato de relevo y de jubilación parcial y contrato eventual de primer empleo joven.



- Par sa fonction formative : stage, formation et apprentissage. Ils comprennent également le personnel de recherche en formation.
- Pour la promotion de l'emploi : un contrat à durée déterminée de promotion de l'emploi pour les personnes handicapées, le contrat de remplacement et de retraite partielle et finalement premier contrat emploi jeune

3.2.2. Formalisation

La conclusion d'un contrat temporaire est soumise à l'existence d'une cause préalable de telle façon que la seule volonté des parties ne peut pas valider un contrat de travail temporaire. En conséquence, le non-respect des conditions requises pour ce type de contrat peut entraîner sa qualification en contrats à durée indéterminée et, ceci, pour fraude dans l'exécution des contrats.

Le Statut des Travailleurs a établi les contrats qui peuvent l'objet de contrats à durée déterminée :

- Contrat pour un travail ou un service nettement défini : le travailleur est embauché, pour effectuer un travail ou un service spécifique.
- Contrat éventuel pour circonstances du marché, si le cumul de tâches ou des commandes excessives l'exigeraient
- Contrat d'intérimaire, lorsque il s'agit de remplacer les travailleurs sous réserve de préserver leur poste de travail.

De même le Statut des Travailleurs considère comme contrats temporaires, les contrats de formation et de remplacement.

3.2.3. Typologie

3.2.3.1. Contrat pour l'exécution d'un travail ou d'un service nettement défini

L'objet de ce type de contrat est la réalisation de travaux ou la prestation de certains services nettement précisés (avec autonomie et ses propres caractéristiques au sein de l'activité de l'entreprise) et dont l'exécution, bien que limitée dans le temps, a un caractère incertain.

Cependant, bien que sa durée soit incertaine, elle a été limitée légalement en définissant une durée maximale. Ainsi ces contrats ne peuvent pas avoir une durée supérieure à trois ans, qui peut être prolongée de 12 mois par une convention collective sectorielle au niveau de tout l'Etat, ou, à défaut, par une convention collective de niveau inférieur. Une fois dépassés ces délais, les travailleurs acquièrent le statut de travailleurs permanents de l'entreprise.

Le contrat pour un travail ou un service nettement défini doit être conclu par écrit selon le modèle officiel prévu à cet effet. Il faudra faire mention, avec précision et clarté,

3.2.2. Formalización

La elección a favor de celebrar un contrato temporal se sujeta a la existencia de una previa causa, de manera que la voluntad de las partes no puede por sí sola otorgar validez al contrato de trabajo temporal. Por ello, la no adecuación de los contratos temporales a los fines y requisitos previstos por las normas que los regulan, puede suponer en la práctica su conversión en indefinidos, por posible fraude en la contratación y presunción subsiguiente de que el contrato es, o se ha convertido, en por tiempo indefinido

El Estatuto de los Trabajadores establece los supuestos básicos en que pueden celebrarse contratos de duración determinada:

- Contrato de obra o servicio determinado: se contrata al trabajador para la realización de una obra o servicio determinado.
- Contrato eventual por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieran.
- Contrato de interinidad, cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo.

Asimismo, el Estatuto de los Trabajadores prevé como temporales los contratos formativos y de relevo.

3.2.3. Tipología

3.2.3.1. Contrato por obra o servicio determinado

El objeto de este contrato es la realización de obras, o la prestación de servicios determinados, con autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo es, en principio, de duración

Sin embargo, aun siendo su duración incierta, se ha limitado legalmente la misma estableciendo un término fijo como límite máximo, de modo que estos contratos no pueden tener una duración superior a tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior. Transcurridos estos plazos, los trabajadores adquieren la condición de trabajadores fijos de la empresa.

El contrato para obra o servicio debe realizarse siempre por escrito por modelo oficial habilitado a tal efecto, debiéndose consignar en el mismo, con precisión y claridad, el carácter temporal de la contratación e identificar la obra o el servicio contratados.

A la finalización del contrato, el trabajador tiene derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resulte de abonar 12 días de salario por cada año de servicio.

No obstante, ese importe se va a aplicar de modo gradual conforme al siguiente calendario:

du caractère temporaire de l'engagement et identifier le travail ou le service contracté.

Lors de l'extinction du contrat, le travailleur aura droit à une indemnité d'un montant équivalent à la part proportionnelle du montant qui résulte de payer 12 jours de salaires pour chaque année de service.

Toutefois, ce montant va être appliqué progressivement selon le calendrier suivant :

- 11 jours de salaire pour chaque année de service pour les contrats temporaires conclus depuis 01/01/2014 ;
- 12 jours de salaire par année de service pour les contrats temporaires conclus depuis 01/01/2015.

3.2.3.2. Contrat pour satisfaire une exigence particulière de production

Ce type de contrats est établi pour faire face à un surcroît de travail momentané même en cas d'activité normale de l'entreprise.

La durée du contrat ne doit pas excéder 6 mois au cours d'une période de référence de 12 mois. La Convention Collective (convention sectorielle au niveau de tout l'Etat, ou à défaut convention collective sectorielle de niveau inférieur) peut porter cette période à 18 mois mais alors la durée du contrat ne peut pas dépasser les $\frac{3}{4}$ de cette période.

Si la durée convenue est inférieure à la durée maximale légale ou conventionnelle, le contrat pourra être prorogable une fois tout en respectant la durée maximale.

3.2.3.3 Contrat d'intérimaire

L'objet de ce contrat est le remplacement d'un salarié ayant le droit de préserver son poste de travail, en vertu de la réglementation, d'une convention collective ou d'un accord individuel. Ce type de contrat peut être établi aussi pour couvrir temporairement un poste de travail lors d'un processus de sélection ou de promotion de son titulaire pour une durée indéterminée. La durée est dans ce dernier cas de trois mois maximum.

Le contrat doit être établi par écrit et indiquer le nom du salarié remplacé, le motif du remplacement et le poste occupé.

a. Contrat pour la formation et l'apprentissage

L'objet de ce contrat est l'obtention d'une qualification professionnelle spécifique pour les travailleurs. Il se déroule avec un système d'alternance de travail rémunéré en entreprise et une formation.

Il pourra être conclu avec des travailleurs âgés de plus de seize ans et de moins de vingt-cinq ans.

De même, tant que le taux de chômage ne sera pas inférieur à 15 pour cent, des contrats de formation et d'apprentissage pourront être conclus pour les moins de trente ans.

- 11 días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren a partir del 1-1-2014;
- 12 días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren a partir del 1-1-2015.

3.2.3.2. Contrato eventual por circunstancias de la producción

Estos contratos se conciertan para atender exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa.

La duración máxima será de seis meses dentro de un periodo de doce meses y la jornada será a tiempo parcial o completa. Por convenio Colectivo de ámbito sectorial estatal o en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, podrá modificarse la duración máxima de estos contratos, siendo ésta de 18 meses, no pudiendo superar la duración del contrato las tres cuartas partes del periodo de referencia establecido.

En caso que el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal o convencionalmente establecida, podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes, por una única vez, sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicha duración máxima.

3.2.3.3. Contrato de interinidad

Tiene por objeto sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, en virtud de norma, convenio colectivo o acuerdo individual, o para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva. La duración del contrato de interinidad es, en este caso, la del tiempo que dure el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del puesto sin que pueda ser superior a 3 meses.

El contrato se formalizara por escrito, especificando elementos como el carácter de la contratación, el trabajo a desarrollar, el trabajador sustituido y la causa de sustitución.

a. Contrato para la formación y el aprendizaje

Tiene por objeto la obtención de la correspondiente cualificación profesional por los trabajadores, llevándose a cabo mediante un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa con actividad formativa.

Se podrá celebrar con trabajadores mayores de dieciséis y menores de veinticinco años.

Asimismo, hasta que la tasa de desempleo se sitúe por debajo del 15 por ciento, podrán celebrarse contratos para la formación y el aprendizaje con menores de treinta años.

No obstante lo anterior, el límite máximo de edad no será de aplicación cuando el contrato se concierte con personas con discapacidad y en los supuestos de contratos celebrados con alumnos participantes en proyectos de empleo y formación.



La limite d'âge maximale n'est pas applicable lorsque le contrat est conclu avec des personnes handicapées et pour les contrats conclus avec des étudiants participant à des projets de formation et d'emploi.

Ce type de contrats doivent être établis par écrit et être notifiés au Service Public de l'Emploi dans un délai de dix jours.

La durée minimale du contrat sera d'un an et au maximum de trois ans. Toutefois, cette limite ne sera pas applicable pour les contrats établis avec les étudiants participant à des projets de formation emploi.

Une fois le contrat fini, le travailleur ne peut pas être embauché dans le cadre de cette modalité par cette entreprise ou par une autre. En outre, des contrats de formation et d'apprentissage ne pourront pas être conclus lorsque le dit poste de travail aura été occupé précédemment par le travailleur dans la même entreprise pour une période de plus de 12 mois.

En ce qui concerne le temps de travail effectif, celui-ci a doit être compatible avec le temps consacré aux activités de formation et ne doit pas dépasser 75 pour cent au cours de la première année, ou 85 pour cent, au cours de la deuxième et la troisième année.

b. Contrat de stage

L'objet de ce type de contrat est l'obtention par le travailleur d'un stage adéquat à son niveau de formation.

En ce sens, les travailleurs doivent avoir un des diplômes suivants :

- Diplômé universitaire, ingénieur ou architecte.
- Diplômé universitaire, ingénieur technique, architecte technique.
- Technicien ou technicien supérieur formation professionnelle réglementée, formation professionnelle spécifique, équivalent aux diplômes précédents Technicien auxiliaire (FP1) et Technicien spécialisé (FP2).
- Autres qualifications reconnues officiellement comme équivalentes aux précédentes.
- Certificat de professionnalisme.

En ce qui concerne la journée de travail, il peut être accordé qu'elle soit à temps partiel ou à temps plein, mais en aucun cas le contrat pourra avoir une durée inférieure à 6 mois ni dépasser les 2 ans.

Lors de la résiliation du contrat, l'employeur remettra au travailleur un certificat attestant de la durée du stage, le poste ou les postes de travail occupés et les principales tâches effectuées dans chacun d'eux.

c. Contrat à temps partiel

Le contrat à temps partiel est celui dont l'estimation d'heures travaillées en jours, semaines ou année est in-

Tal y como se expuso al inicio de la presente Guía, este tipo de contratos deberán formalizarse por escrito y se deberá comunicar al Servicio Público de Empleo en el plazo de los diez días siguientes a su formalización.

La duración mínima del contrato será de un año y la máxima de tres. Sin embargo, dicho límite no será de aplicación en los supuestos de contratos celebrados con alumnos participando en proyectos de empleo formación.

Una vez finalizado el contrato, el trabajador no podrá ser contratado bajo esta modalidad por la misma o distinta empresa. Además, no se podrán celebrar contratos para la formación y el aprendizaje cuando el puesto de trabajo correspondiente al contrato haya sido desempeñado con anterioridad por el trabajador en la misma empresa por el tiempo superior a doce meses.

En cuanto al tiempo de trabajo efectivo, este habrá de ser compatible con el tiempo dedicado a las actividades formativas, no pudiendo ser superior al 75 por ciento durante el primer año, o al 85 por ciento, durante el segundo y tercer año.

b. Contrato en practicas

Tiene por objeto la obtención por el trabajador de la práctica adecuada al nivel de estudios cursados.

En este sentido, los trabajadores deben poseer alguna de las titulaciones siguientes:

- Licenciado Universitario, Ingeniero, Arquitecto.
- Diplomado Universitario, Ingeniero técnico, Arquitecto técnico.
- Técnico o Técnico Superior de Formación Profesional Reglada, de la formación profesional específica, siendo equivalentes a los anteriores los títulos de Técnico Auxiliar (FP1) y Técnico Especialista (FP2).
- Otras titulaciones oficialmente reconocidas como equivalentes a las anteriores.
- Certificado de profesionalidad.

Respecto de la jornada laboral, ésta podrá pactarse a tiempo parcial o completo, no pudiendo la duración del contrato ser inferior a 6 meses ni exceder de 2 años.

A la terminación del contrato el empresario deberá entregar al trabajador un certificado en el que conste la duración de las prácticas, el puesto o puestos de trabajo desempeñados y las principales tareas realizadas en cada uno de ellos.

c. Contrato a tiempo parcial

El contrato a tiempo parcial es aquel cuya jornada, en cómputo diario, semanal o anual sea inferior a la jornada completa comparable de un trabajador a tiempo completo de la misma empresa.

Este contrato puede concertarse por tiempo indefinido o estipularse una duración determinada. Así, está permitida

férieure à la journée à temps plein d'un autre travailleur dans la même entreprise.

Ce type de contrat peut être conclu pour une durée indéterminée ou pour une durée déterminée. Ainsi, il est possible d'établir un contrat à temps partagé lorsqu'il s'agit de l'embauche pour la réalisation d'un travail ou un service nettement défini, pour satisfaire une exigence particulière de production ou pour des contrats de stage ou de remplacement.

Le contrat devra être établi par écrit selon le modèle officiel prévu à cet effet. Il faudra préciser les heures de travail jour, par moi, par an. En défaut de cette mention, le contrat pourra être considéré comme établi à temps plein..

Par ailleurs, il existe des modalités spécifiques d'embauche à temps partiel quand il s'agit d'effectuer des tâches non-continues :

- **FIXES DISCONTINUS** : L'objet de ce type de contrat est la réalisation de travaux qui ne sont pas effectués à des dates fixes et qui ont un caractère fixe mais discontinu même en cas d'activité normale de l'entreprise.

- **FIXES PÉRIODIQUES** : Ce type de contrat est prévu pour réaliser des travaux qui ont le caractère de fixe discontinu mais qui se répèteront à certaines dates fixes.

Les salariés fixes discontinus seront appelés selon l'ordre et la forme déterminés dans les conventions collectives applicables. En cas de non-respect de cette norme, le salarié pourra effectuer une réclamation lors de la procédure de licenciement devant la juridiction compétente, et ceci, à partir de la date de la prise de connaissance de l'absence d'appel.

Ce type de contrat devra être établi par écrit selon le modèle officiel prévu à cet effet par le Service Public d'Emploi. Il faudra préciser :

- Durée estimée de l'activité.
- Forme et l'ordre d'appel établi par la convention collective applicable.
- Estimation d'heures de travail et de la distribution du temps.

3.3. Autres modalités de contrats

3.3.1. Télétravail

Sera considéré comme télétravail tout travail dans lequel la prestation sera effectuée de manière principale au domicile du travailleur ou dans un lieu choisi librement par le salarié, de manière alternative à sa présence physique au centre de travail de l'entreprise.

L'accord devra être établi par écrit, soit dans le contrat initial soit dans un avenant au contrat.

la celebración a tiempo parcial cuando se trata de contratación para la realización de una obra o servicio determinado, cuando se trata de contratación por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o excesos de pedidos, cuando se trata de contratos de prácticas o contrato de relevo.

El contrato tendrá que formalizarse por escrito en modelo oficial, debiendo figurar el número de horas ordinarias de trabajo al día, al mes y al año, presumiéndose celebrado a jornada completa en aquellos supuestos en que no se observasen dichos requisitos.

Sin perjuicio de lo anterior, existen modalidades específicas de contratación a tiempo parcial cuando se trata de realizar trabajos fijos discontinuos:

- **FIJOS DISCONTINUOS**: Es el que se concierta para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa.

- **FIJOS Y PERIÓDICOS**: Es el que se concierta para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos discontinuos y se repiten en fechas ciertas, si bien, en realidad, es una derivación del contrato de Fijos Discontinuos.

Los trabajadores fijos discontinuos serán llamados en el orden y la forma que se determine en los respectivos convenios colectivos, pudiendo el trabajador, en caso de incumplimiento, reclamar en procedimiento de despido ante la jurisdicción competente, iniciándose el plazo para ello desde el momento en que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria.

Finalmente, respecto de su formalización, este tipo de contratos deberán formalizarse por escrito en el modelo oficial establecido por el Servicio Público de Empleo Estatal, donde deberán consignarse los siguientes daros:

- Duración estimada de la actividad.
- Forma y orden de llamamiento que establezca el convenio colectivo aplicable.
- ornada laboral estimada y su distribución horaria.

3.3. Otras modalidades de especial interés

3.3.1. Trabajo a distancia

Tendrá esta consideración cualquier trabajo en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa.

Se formalizara por escrito el acuerdo tanto si el acuerdo se estableciera en el contrato inicial como si fuera posterior y se incorporase al contrato mediante Adenda / Anexo.

Respecto de su duración, este podrá celebrarse tanto por tiempo indefinido como con una duración indeterminada.



Ce type de contrat pourra être établi pour une durée indéterminée ou déterminée.

L'employeur doit mettre en place les moyens nécessaires pour assurer l'accès effectif de ces travailleurs à la formation professionnelle, afin de favoriser leur développement professionnel.

Les télétravailleurs auront les mêmes droits que ceux qui offrent leurs services dans le centre du travail de l'entreprise, y compris la prévention des risques professionnels et la représentation.

3.3.2. Contrat de remplacement

Ce contrat doit être conclu avec un travailleur inscrit au chômage, ou bénéficiant d'un contrat de durée déterminée au sein de la même entreprise, pour remplacer un salarié de l'entreprise qui accède à la retraite partielle.

Ainsi, le poste de travail du nouveau salarié peut être le même que le travailleur remplacé. Dans tous les cas, il doit y avoir un lien entre les bases des contributions du salarié de remplacement et le retraité partiel, afin que la partie correspondante au salarié de remplacement ne puisse ne pas être inférieure à 65 % de la moyenne des bases de contribution correspondant au dernier semestre de la période de base réglementaire de la pension du retraité partiel.

Le contrat devra être établi par écrit selon le modèle officiel prévu à cet effet

En ce qui concerne sa durée, il s'agit d'un contrat à durée indéterminée, ou, au moins, égale au temps qui reste pour que le travailleur remplacé (retraité partiel) atteigne l'âge ordinaire de la retraite.

Le contrat pourra être conclu à plein temps ou à temps partiel et devra être communiqué au Service Public de l'Emploi. Le contenu du contrat et une copie sera envoyé aux représentants des travailleurs, tout en respectant le délai de 10 jours ouvrables.

4. Considérations finales

Ce document est destiné à fournir des conseils pour le choix du contrat de travail à formaliser entre l'employeur et l'employé.

Ainsi, il faudra tenir compte des éléments suivants pour le choix de la modalité contractuelle applicable à chaque cas particulier:

- Cause qui justifie la conclusion du contrat.
- Durée du contrat.
- Numéro d'heures par jours, semaines, mois, an.
- Lieu de prestation de services.

El empresario deberá establecer los medios necesarios para asegurar el acceso efectivo de estos trabajadores a la formación profesional continua, a fin de favorecer su promoción profesional.

Los trabajadores a distancia tendrán los mismos derechos que aquellos que prestan sus servicios en el Centro de Trabajo de la Empresa, incluidos aquellos en materia de Prevención de Riesgos Laborales y Representación.

3.3.2. Contrato de relevo

Es aquel que se concierta con un trabajador inscrito como desempleado, o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada, para sustituir a un trabajador de la empresa que accede a la jubilación parcial.

Así, el puesto de trabajo del trabajador relevista podrá ser el mismo del trabajador sustituido. En todo caso, deberá existir una correspondencia entre las bases de cotización relevista y del jubilado parcial, de modo que la correspondiente al trabajador relevista no podrá ser inferior al 65% del promedio de las bases de cotización correspondientes a los 6 últimos meses del período de base reguladora de la pensión de jubilación parcial.

Su formalización debe llevarse a cabo necesariamente por escrito y en el correspondiente modelo oficial.

Respecto de su duración, ésta será indefinida o, como mínimo, igual al tiempo que restaría para que el trabajador sustituido (jubilado parcialmente) alcance la edad ordinaria de jubilación.

Asimismo, podrá celebrarse a jornada completa o a tiempo parcial y tendrá que comunicarse al Servicio Público de Empleo el contenido del contrato y entregarse una copia a los representantes de los trabajadores, todo ello en el plazo de los diez días hábiles siguientes a su concreción.

4. Consideraciones finales

Como se anticipaba en la Introducción que da inicio al presente documento, el mismo tiene como objetivo el servir de Guía para la correcta elección del contrato de trabajo a formalizar por el empleador y el empleado.

Así, tal y como se refleja en la explicación de las características de cada una de las modalidades contractuales expuestas en los apartados anteriores, debe atenderse, para la elección de la concreta modalidad contractual, principalmente, a los siguientes elementos:

- Causa que justifica su celebración.
- Duración del contrato.
- Duración de la jornada diaria, semanal, mensual o anual.
- Lugar de prestación de los servicios.



En outre et compte tenu de l'importance en termes de droits et d'obligations contenus dans les conventions collectives (dont la nature pourrait être assimilée aux normes juridiques mêmes, avec une préférence par rapport à l'application des dispositions légales), il faudra tenir compte de ce qui est prévu dans le texte conventionnel applicable lors de la signature d'un contrat.

En conclusion, le choix de la modalité spécifique doit être fait de manière indépendante pour chacun des contrats emploi en adaptant ce choix à la réalité de l'entreprise et du futur employé.

Asimismo, y dada la importancia que, en materia de derechos y obligaciones laborales, revisten los Convenios Colectivos, cuya naturaleza llegaría a equipararse a la de las normas jurídicas (incluso resultando de preferente aplicación a las disposiciones legales), a la hora de proceder a la contratación de empleados, deberá tenerse en cuenta lo que el texto convencional de pertinente aplicación en cada caso prevea respecto de las modalidades contractuales admitidas y de los requisitos para su utilización.

En conclusión, la elección de la modalidad concreta debe realizarse de manera independiente para cada uno de los contratos de trabajo que se pretendan formalizar, adecuando dicha elección a la realidad de la empresa y del futuro empleado.



La rémunération des administrateurs des sociétés commerciales

La remuneración de los administradores de las sociedades mercantiles

CUADERNILLOS JURÍDICOS

Texto: Comité Jurídico de la Cámara Franco-Española
Tfno. 91 307 21 00 - www.lachambre.es

La rémunération des administrateurs des sociétés commerciales

La rémunération des administrateurs des sociétés commerciales a été, au cours des dernières années, un des sujets les plus polémiques du droit des sociétés. Et ceci, à cause de quelques décisions adoptées par la Direction Générale des Registres et du Notariat et de la jurisprudence du Tribunal Suprême dans l'interprétation des normes applicables.

Dans ce sens, cette étude révisé de façon très sommaire le régime légal applicable ainsi que quelques-unes des situations les plus délicates générées par la jurisprudence en question.

Régime légal

En vertu de l'article 217 de la Loi des Sociétés de Capital (LSC) (anciens articles 130 de la LSA et 66 LSRL), le poste d'administrateur est gratuit à moins que les statuts sociaux indiquent le contraire. En conséquence, il faut partir d'une présomption de gratuité et n'importe quelle omission du caractère rémunéré du poste implique nécessairement que l'administrateur n'a pas le droit de percevoir une rémunération en contrepartie des fonctions exercées.

Inversement, dans les cas où les statuts auront fixé de façon expresse une rémunération pour le poste d'administrateur, l'administrateur aura le droit de percevoir une rémunération en contrepartie des fonctions exercées.

Publicité de la rémunération des administrateurs

Comme indiqué ci-dessus, la décision de rémunérer ou pas les administrateurs devra être incluse dans les statuts au moment de la constitution ou faire l'objet d'une modification statutaire s'il est décidé de changer le régime de rémunération. Ceci implique l'accord unanime des associés fondateurs au moment de la constitution ou l'approbation par l'assemblée générale conformément aux règles de majorité établies pour le changement des statuts. De même, les conditions formelles pour ce type d'accord devront être remplies (publication, inscription au Registre du Commerce correspondant). Il faut signaler que l'obligation de faire mention de la rémunération des administrateurs dans les statuts de la société suppose, d'une part, de s'assurer que les futurs actionnaires ou associés soient informés sur la situation exacte en ce qui concerne la rémunération des administrateurs et, d'autre part, cela oblige les deux parties (le conseil d'administration et les associés/actionnaires) à respecter ce qui a été accordé jusqu'à ce qu'un autre changement statutaire se produise. C'est-à-dire, que les décisions sur la rémunération des administrateurs ont une vocation de permanence puisque tout changement suppose une modification statutaire, ceci n'étant pas une question simple s'il n'existe pas d'associés ayant une majorité (ou tout) le capital social.

Nonobstant, le système de "publicité" sur la rémunération des administrateurs va un peu plus loin puisque en plus de la publicité statutaire, il faudra aussi indiquer le montant destiné à la rémunération des administrateurs dans la mémoire explicative du bilan et du compte de résultats de la société, et ceci indépendamment du fait qu'elle soit formulée de façon ordinaire ou simplifiée.

De cette façon, non seulement il est établi dans les statuts une règle générale (rémunération des administrateurs) mais aussi il faudra informer chaque année du montant exact que représente cette rémunération.

sinergias

La retribución de los administradores de las sociedades mercantiles

La retribución de los administradores de las sociedades mercantiles ha sido uno de los temas más polémicos de la práctica societaria en los últimos años, en parte debido a algunas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado así como a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que se han ocupado de interpretar las normas aplicables.

En este sentido, el presente trabajo hace un repaso muy somero del régimen legal así como de algunas de las situaciones más delicadas que ha generado la referida jurisprudencia.

Régimen legal

De acuerdo con el artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) (antiguos artículos 130 de la LSA y 66 LSRL), el cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario. Por lo tanto, se parte de una presunción de gratuidad, por lo que cualquier omisión al carácter retribuido del cargo implica necesariamente que el administrador no tiene derecho a percibir remuneración alguna por el desempeño de sus funciones.

Por el contrario, en aquellos casos en los que los estatutos fijen de manera expresa que el cargo de administrador será remunerado surgirá el derecho del administrador a percibir honorarios por el desarrollo de sus funciones.

Publicidad de la remuneración de administradores.

Como se ha apuntado anteriormente, la decisión de remunerar o no a los administradores requerirá su inclusión en estatutos al momento de la constitución o una modificación estatutaria si se decide cambiar el régimen de remuneración, lo que implica o el acuerdo unánime de los socios constituyentes al momento de la constitución o la necesaria aprobación por parte de la junta general de acuerdo con las mayorías establecidas para el cambio de estatutos. Asimismo, se deberá dar cumplimiento a los requisitos formales para este tipo de acuerdos (elevación a público e inscripción en el Registro Mercantil correspondiente).

Cabe señalar que la exigencia de reflejar en los estatutos de la sociedad la remuneración de los administradores supone, por un lado, el asegurarse que los futuros accionistas o socios estén informados sobre la exacta situación en lo relativo a la remuneración de administradores y por otro, se consigue obligar a ambos (al órgano de administración y a los socios/accionistas) a pasar por lo acordado hasta que se produzca otro cambio estatutario. Es decir, que las decisiones sobre la remuneración de administradores suelen tener cierta vocation de permanencia dado que el cambio supone una modificación estatutaria lo que no es precisamente una cuestión sencilla si no existen socios que tengan la mayoría (o todo) el capital social.

Nonobstante, el sistema de "publicidad" sobre la remuneración de administradores va un poco más allá dado que además de la publicidad estatutaria, se obliga también a consignar el importe de las partidas correspondientes a la remuneración de administradores en la memoria explicativa del balance y cuenta de pérdidas y ganancias de la sociedad, tanto si se formula de forma ordinaria como si se formula de manera abreviada.

De esta manera, no sólo se establece en los estatutos una norma general (remuneración de administradores) sino que cada año se debe informar sobre la cantidad exacta que dicha remuneración ha supuesto.

Formes et types de rémunération

Une fois qu'il aura été décidé que le poste d'administrateur est rémunéré, apparaît le problème de comment fixer la rémunération dans les statuts tout en respectant les règles établies par la loi et les différentes décisions de la Direction Générale des Registres et du Notariat. Dans ce sens, il faut faire mention au fait que, par règle générale, il n'est pas exigé que le montant rémunéré soit fixé « à l'euro près » dans les statuts mais qu'il peut être décidé par l'assemblée générale dans le cadre de ses compétences.

Dans n'importe quel cas, les différentes formes de rémunération peuvent être résumées de la façon suivante :

1.- Rémunération fixe. Dans le cas d'opter pour cette modalité, les statuts sociaux devront préciser le montant qu'il va être payé ou, de façon alternative, les paramètres ou critères sur la base desquels le montant devra être calculé.

2.- Rémunération variable. Les administrateurs pourront percevoir une quantité variable laquelle équivaudra à une participation dans le bénéfice liquide, une fois remplis les conditions légales et statutaires, les droits des titulaires d'actions sans droit de vote, des fondateurs ou des promoteurs et satisfait le dividende minimum des actionnaires du 4% ou le plus haut fixé par les statuts.

3.- Autres formes de rémunération. Cette liste n'est pas exhaustive mais les administrateurs pourront être rémunérés de diverses façons :

(i) Rémunération en nature. Les administrateurs pourront recevoir des biens ou de droits au lieu d'un montant d'argent (fixe ou variable). Dans ce sens, il est souvent accordé des actions ou des options sur des actions (connues comme *stock option plans*).

Dans ce cas, les administrateurs pourront recevoir une quantité déterminée d'actions ou la possibilité d'acquérir des options sur actions à un prix déterminé qui pourra être exécutée si les conditions préalablement fixées ont été remplies.

Une autre option serait la création de plans de retraites, contrats d'assurances vies ou de santé. De même, il pourrait tout simplement être accordé l'utilisation d'une voiture de société, logement de fonction, frais de scolarité de la famille, etc. Toutefois ce dernier cas est plus utilisé pour les personnes qui sont expatriées.

(ii) **Indemnités pour assistance.** Dans ce cas, il ne s'agit pas de rémunérer un résultat concret (Par exemple, l'obtention de bénéfices, augmentation de la facturation, croissance de l'entreprise ou expansion internationale) mais de rémunérer tout simplement le fait d'assister à certaines réunions du conseil d'administration ou des commissions déléguées ou exécutives.

Choix de la forme de rétribution

Par rapport aux différentes options de rémunération des administrateurs, il peut être décidé d'établir une seule forme ou plusieurs formes de façon cumulative. Ainsi, il est très important que le système de rétribution soit fixé de manière claire et indubitable, ne laissant pas de place à des imprécisions et en évitant n'importe quelle imprécision ou ambiguïté à ce sujet.

Ce petit détail (que les systèmes de rémunération peuvent être cumulatifs mais non pas alternatifs) a plus d'importance de ce qu'on croirait puisque notre Tribunal Suprême a été clair en empêchant tout idée arbitraire de la part de l'Assemblée générale au moment de fixer la rémunération des administrateurs. Dans ce sens, il est logique que, si bien il existe un système de publicité formelle concernant la rémunération des administrateurs pour garantir l'information des associés et des administrateurs, ce dernier soit renforcé pour empêcher n'importe quelle indétermination qui puisse affecter l'existence ou le montant de cette rémunération.

Par exemple, s'il est établi un système alternatif de rétribution fixe et de rétribution variable en fonction des bénéfices tout en laissant à l'assemblée générale le pouvoir de décider à la fin de chaque exercice, il est très probable que, si lors d'un exercice il y a des pertes, cette dernière s'incline pour le système variable (elle sera égale à 0) et, s'il y a des bénéfices très élevés,

Formas y tipos de retribución

Una vez se haya decidido que el cargo de administrador es retribuido, aparece el siguiente problema que es cómo plasmarlo en los estatutos de forma que cumpla con los requisitos establecidos tanto en la ley como en las distintas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. En este sentido, conviene apuntar que por regla general no se exige que la cantidad de la retribución venga fijada "al euro" en los estatutos sino que ésta puede ser concretada por la junta general en el ámbito de su competencia.

En cualquier caso, las distintas formas de retribución de administradores pueden resumirse de la siguiente forma:

1.- Retribución fija. En caso de optar por esta modalidad, es preciso que los estatutos sociales establezcan la cantidad que se va a pagar o, de forma alternativa, los parámetros o criterios sobre la base de los cuales se podrá calcular dicha cantidad.

2.- Retribución variable. Se podrá optar por establecer que los administradores percibirán una cantidad variable equivalente a una participación en el beneficio líquido, una vez cubiertas las atenciones legales y estatutarias y los derechos de los titulares de acciones sin voto, de los fundadores o de los promotores y el dividendo mínimo de los accionistas del 4% o el más alto fijado en estatutos.

3.- Otras formas de retribución. Si bien el presente listado no debe considerarse como exhaustivo, se podrá remunerar a los administradores de distintas formas como:

(i) **Retribución en especie.** A los administradores se les podrá ofrecer también una remuneración que no consista tanto en una cantidad de dinero (fija o variable) sino en la entrega bienes o derechos. En este sentido, destacan entre las demás la entrega de acciones u opciones sobre acciones (los conocidos como *stock option plans*).

En este caso, los administradores pueden recibir una cantidad determinar de acciones o la posibilidad de adquirir opciones sobre acciones a un precio predeterminado que podrá ejecutarse si se dan ciertos parámetros previamente establecidos.

Otra opción sería la creación de planes de pensiones, entrega de seguros de vida o de salud. Asimismo, se podría simplemente ofrecer el uso de un automóvil de empresa, cubrir los gastos de vivienda, escolarización de la familia, etc. si bien en este último caso normalmente se refiere a personas que desarrollan su labor como expatriados.

(ii) **Dietas por su asistencia.** En este caso, no se remunera tanto la obtención de un resultado concreto (p.ej. la obtención de beneficios, incrementos de facturación, crecimiento de la empresa o expansión internacional) sino que se remunera simplemente el hecho de asistir a determinadas reuniones, ya sea del consejo de administración o de comisiones delegadas o comisiones ejecutivas.

Elección de la forma de retribución

Con respecto a las diversas opciones en la forma de remunerar a los administradores, se puede decidir establecer una única forma o varias de forma cumulativa. Por lo tanto, es absolutamente imprescindible que el sistema retributivo se fije con la suficiente de manera clara e indubitada no dejando lugar a imprecisiones debiendo evitar cualquier indeterminación o ambigüedad al respecto.

Este pequeño matiz (que los sistemas retributivos puedan ser cumulativos pero no alternativos) tiene más importancia de la que parece pues nuestro Tribunal Supremo ha sido claro al impedir atisbo de arbitrariedad por parte de la junta general a la hora de determinar la remuneración de los administradores. En este sentido, es lógico que si se establece un sistema de publicidad formal con respecto a la retribución de administradores para garantizar la información, tanto de los socios como de los administradores, debe reforzarse impidiendo cualquier indeterminación que pueda precisamente afectar a la existencia o la cuantía de dicha retribución.



elle s'incline pour une rémunération fixe, qui peut être plus réduite. Dans d'autres mots, ni les associés ni les administrateurs pourront anticiper quel sera le coût/entrée dérivé du système de rétribution.

Différences dans la rémunération entre les différents membres de l'organe d'administration

Dans le cas où il existerait plus d'un administrateur, la question se pose de savoir s'il peut y avoir différents systèmes de rémunération en fonction du degré d'implication de chacun d'entre eux. A ce sujet, il est présumé, en principe, que tous les membres de l'organe d'administration auront une rémunération paritaire. C'est-à-dire, que tous auront la même rémunération. Cependant, il existe la possibilité d'établir différents types ou degrés de rémunération pour les membres de l'organe d'administration si certaines conditions sont remplies. Dans un premier temps, il est évident que cette « différence » devra être reflétée clairement dans les statuts sociaux de façon à éviter n'importe quelle situation arbitraire de la part de l'assemblée générale. Dans ce sens, on peut penser que du fait d'exercer une fonction spécifique (par exemple, Administrateur Délégué) une rémunération spéciale soit prévue de façon statutaire. D'autre part, ces différences dans la rémunération peuvent s'obtenir aussi de façon « indirecte » en établissant, par exemple, différentes commissions exécutives dans lesquelles ne soient pas présents tous les membres du conseil d'administration et fixer des indemnités pour l'assistance ou des rémunérations spécifiques du fait d'appartenir à ces commissions.

Dans tous les cas, il faut partir du principe que la différence dans la rémunération des membres du conseil d'administration ne pourra avoir lieu que si les fonctions des différents membres peuvent être distinguées clairement. Par contre, dans le cas de l'administration solidaire ou conjointe, il n'existe pas de différence dans les fonctions de chaque administrateur et il existe une présomption d'égalité entre les administrateurs.

Quelle a été la polémique

Si le régime légal est si clairement établi, il est normal qu'on se demande quelle est la polémique ou difficulté dans cette matière. D'une part, si bien il existe une certaine cohérence dans les décisions de la Direction Général des Registres et du Notariat, il existe certaine discordance au niveau des qualifications des différents registres.

D'autre part, peut-être la question la plus importante en matière de rémunération des administrateurs soit les deux arrêts du 13 novembre 2008 de la Chambre 3 du tribunal Suprême. Ces deux arrêts, quasiment identiques, font référence à deux exercices économiques de la société MAHOU et traitent, non pas les questions commerciales sociétaires, mais la déductibilité au regard de l'impôt sur les sociétés des charges relevant de la rémunération des administrateurs

Dans ce sens, ces arrêts disposent que la rétribution des administrateurs ne sera considérée comme une charge déductible, que quand elle sera fixée de façon concrète dans les statuts de la société. C'est précisément le degré de concrétisation « acceptable » qui a généré une certaine polémique. Il ressort des deux arrêts que ça devrait être spécifié avec toute précision. C'est-à-dire, que s'il existe un système variable, il ne pourra pas tout simplement établir un pourcentage maximum dans les bénéfices mais qu'il faudra prévoir un montant concret. Parallèlement, si la rémunération est fixe, cette dernière devra être aussi spécifiée de façon concrète.

Dans la mesure où dans la pratique quasiment aucune société ne prévoyait dans ses statuts un système de rémunération tellement concret et spécifique, ces deux arrêts ont provoqué un changement généralisé des statuts pour les adapter à la nouvelle situation.

Toutefois, cette position s'est « relâchée » à posteriori après avoir consulté à plusieurs reprises l'Administration Fiscale. Désormais, est considérée comme fiscalement déductible n'importe quelle rémunération perçue par un admi-

Por poner un ejemplo muy simple, si se establece un sistema alternativo de retribución fija y retribución variable dependiendo de beneficios dejándose al arbitrio de la junta general decidir al final de cada ejercicio, es muy probable que si un ejercicio hay pérdidas se decante por la retribución variable (que será igual a 0) y si hay unos beneficios muy elevados, se decida por la retribución fija, que suele ser más reducida. En otras palabras, ni los socios ni los administradores podrán anticipar cuál será el gasto/ingreso derivado del sistema de retribución.

Diferencias de retribución entre los distintos miembros del órgano de administración

En caso de existir más de un administrador se plantea el problema de si puede haber distintos sistemas retributivos dependiendo del grado de implicación o dedicación de cada uno de ellos. A este respecto, en principio, se presume que todos los miembros del órgano de administración tendrán una remuneración paritaria. Es decir, que todos serán remunerados por igual.

No obstante, cabría la posibilidad de establecer distintos tipos o grados de remuneración para los miembros del órgano de administración, siempre que se cumpla con ciertas premisas. En primer lugar, como es obvio, dicha "diferencia" deberá quedar muy claramente reflejada en los estatutos sociales de forma que se evite cualquier actuación arbitraria por parte de la junta general.

En este sentido, se puede pensar que por el desarrollo de una función específica (p.ej. Consejero Delegado) se establezca estatutariamente una remuneración especial. Por otra parte, esas diferencias en la remuneración pueden obtenerse también de forma "indirecta" al establecer, por ejemplo, diversas comisiones ejecutivas en las que no todos los miembros del órgano de administración estén presentes y determinar dietas por asistencia o remuneraciones específicas por pertenecer a dichos comités.

En todo caso, hay que partir de la premisa que la diferencia retributiva entre los distintos miembros del órgano de administración sólo podrá darse en casos en los que exista un consejo de administración en el que se pueden distinguir de forma clara las diversas funciones que los miembros pueden llevar a cabo. Por el contrario, en el caso de administración solidaria o mancomunada, dado que no puede diferenciarse las funciones de cada uno de ellos, se presume la igualdad entre los administradores.

Cuál ha sido la polémica

Si el régimen legal es parece tan claro uno debe preguntarse realmente cuál es la polémica o dificultad en este asunto. Por una parte, si bien hay una cierta coherencia en las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, no faltan algunas discordancias entre calificaciones en los distintos registros.

Por otra parte, tal vez la cuestión más relevante en cuanto a la retribución de administradores sean las dos sentencias de 13 de noviembre de 2008 de la Sala 3ª del Tribunal Supremo. Ambas sentencias, casi idénticas se refieren a dos ejercicios económicos del a cervecera MAHOU y tratan, no tanto las cuestiones mercantiles societarias sino la deducibilidad del gasto correspondiente a la retribución de administradores en el Impuesto de sociedades.

En este sentido, dichas sentencias establecen que sólo tendrá considerado gasto deducible cuando la remuneración esté fijada de forma concreta en los estatutos sociales. Es precisamente la determinación del grado de concreción "acceptable" lo que llevó a generar cierta polémica. Así, de lo establecido en dichas sentencias parece entenderse que si se debe especificar con toda precisión. Es decir, que si hay un sistema variable, no se puede simplemente establecer un porcentaje máximo de participación en beneficios sino que tendrá que estipularse una cantidad concreta. Paralelamente, si la remuneración es fija, ésta deberá también especificarse de forma concreta. Obviamente, dado que en la práctica ninguna (o muy pocas) sociedades estipulan en sus estatutos un sistema de remuneración tan concreto y específico, estas dos sentencias tuvieron como efecto provocar lo que sería un cambio generalizado de estatutos para adatarlos a la nueva situación.

nistrateur s'il est fait mention dans les statuts, dûment inscrits dans le Registre de Commerce, que le poste est rémunéré.

Quelques exemples

Pour un plus grand éclaircissement, nous avons établi ci-après, à titre d'exemple, une série de clauses de rémunération des administrateurs, lesquelles, d'après notre expérience et savoir-faire, ont été admises par les Registres du Commerce. Cependant, il est important de prendre en compte le fait que, non seulement il faudra réviser cas par cas la situation et la rémunération concrète, mais que souvent les critères peuvent varier d'un Registre du Commerce à l'autre :

A) Montant fixe.

- Le poste d'administrateur sera rémunéré. La rémunération fera l'objet d'un montant annuel fixé à (***) euros. Ce montant sera actualisé annuellement, le 1er janvier, en fonction de l'I.P.C. publié par l'Institut National de Statistique ou l'organisme de substitution.
- La rémunération pourra être différente pour les différents administrateurs, suivant le critère de l'Assemblée Générale.
- Le poste d'administrateur sera rémunéré. Cette rémunération sera approuvée annuellement par l'Assemblée générale des actionnaires/associés et fera l'objet d'une rémunération fixe qui sera payée avec un caractère annuel/mensuel.
- Le poste d'administrateur sera rémunéré par une quantité fixe annuelle égale au double du salaire brut du directeur général de la société et qui sera répartie à parts égales entre tous les administrateurs.

B) Indemnités

- Le poste d'administrateur sera rémunéré par le biais d'une indemnité journalière pour l'assistance aux séances du Conseil d'Administration et lors de l'assistance à n'importe quelle activité nécessaire à l'exercice du poste de Conseiller. Ces rémunérations seront approuvées annuellement par l'Assemblée générale des actionnaires/associés.

C) Rémunération variable

Le poste d'administrateur sera rémunéré. Cette rémunération sera déterminée annuellement par l'Assemblée générale des actionnaires/associés et équivaudra à (***) % du résultat établi dans le bilan annuel de l'exercice précédent et approuvé par l'Assemblée générale. Ce pourcentage pourra uniquement être prélevé des bénéfices liquides après avoir été affecté à la dotation des réserves légales et statutaires, si elles existent, et aux autres dispositions légales et statutaires, et après avoir reconnu le droit des actionnaires/associés à un bénéfice de 4% ou au taux plus élevé que les statuts auraient prévu. La rémunération pourra être différente pour chaque administrateur, selon le critère de l'Assemblée générale.

"La Chambre Franco-Espagnole de Commerce et d'Industrie - "La Chambre" - et les auteurs des "Cahiers Juridiques" publiés avec ce bulletin, ont cherché à ce que toutes les informations qui y figurent soient conformes aux dispositions juridiques existant à la date de clôture de ce bulletin. Ils ne peuvent pas garantir que ça sera le cas ou que les opinions ou les interprétations qui sont reprises dans les "Cahiers Juridiques" soient nécessairement appropriés ou susceptibles d'être évaluées d'une manière différente ou interprétées autrement par des tiers ou par les parties concernées par cette analyse et/ou interprétation.

Les "Cahiers Juridiques" sont diffusés à titre informatif exclusivement. Ainsi, ni "La Chambre" ni les auteurs des "Cahiers Juridiques" assument aucune responsabilité quant aux contenus, aux opinions et interprétations figurant dans ceux-ci. Ils ne se responsabilisent pas pour les dommages et intérêts qu'ils pourraient causer à ceux qui font usage de cette information et/ou cessent (s'abstiennent) d'agir ou agissent suite à une information contenue dans cette publication. "La Chambre" rappelle à ses lecteurs l'intérêt de se faire assister par un conseil légal de qualité et indépendant toujours adapté à leurs besoins."

No obstante, dicha posición se ha ido "relajando" con posterioridad como resultado de distintas consultas a la Administración Tributaria llegándose a considerar como fiscalmente deducible cualquier retribución que perciba un administrador siempre que conste en los estatutos sociales inscritos en el correspondiente Registro Mercantil que el cargo es remunerado.

Algunos ejemplos

Para mayor claridad, a continuación establecemos, a modo de ejemplo, una serie de cláusulas de retribución de administradores, que a nuestro juicio y en nuestra experiencia, han venido siendo admitidas por los registradores mercantiles. No obstante, es importante tener en cuenta que, no sólo habrá que revisar caso por caso la situación y retribución concreta, sino que muchas veces los criterios del registrador mercantil pueden variar de uno a otro Registro:

A. Cantidad fija.

- El cargo de administrador será retribuido. La retribución consistirá en una cantidad anual que queda fijada en [***] euros. Dicha cantidad será actualizada anualmente, el día 1 de enero, con arreglo al I.P.C. publicado por el Instituto Nacional de Estadística u otro organismo que le sustituya.
- La retribución podrá ser diferente entre los distintos administradores, a criterio de la Junta general.
- El cargo de administrador será retribuido. Dicha remuneración será aprobada anualmente por la Junta general de accionistas/socios y consistirá en una retribución fija dineraria que se devengará con carácter anual/mensual.
- El cargo de administrador será retribuido por medio de una cantidad fija anual igual al doble del sueldo bruto del director general de la sociedad, la cual se repartirá a partes iguales entre todos los administradores.

B. Dietas.

- El cargo de administrador será retribuido mediante una dieta fija diaria por la asistencia a las sesiones del Consejo de Administración y por la asistencia a cualquier otra actividad necesaria para el desempeño de su cargo como Consejero. Estas dietas serán aprobadas anualmente por la Junta general de accionistas/socios.

C. Retribución variable.

El cargo de administrador será retribuido. Dicha remuneración será determinada anualmente por la Junta general de accionistas/socios y consistirá en el [***] % del resultado que aparezca en el balance anual del ejercicio inmediato anterior y aprobado por la junta general. Dicho porcentaje sólo podrá ser deducido de los beneficios líquidos y una vez dotadas las reservas legales y estatutarias, si existen, así como cubiertas las demás disposiciones legales y estatutarias y de haberse reconocido a los accionistas/socios un beneficio del 4% o el tipo más alto que los estatutos, en su caso, establezcan. La retribución podrá ser diferente entre los distintos administradores, a criterio de la junta general.

"La Cámara Franco-Española de Comercio e Industria - "La Chambre" - y los autores de los "Cuadernillos Jurídicos" publicados con esta Revista, han procurado que todas las informaciones contenidas en los mismos se ajustan a las disposiciones legales existentes en la fecha de cierre de la edición, pero no pueden garantizar que tal sea el supuesto ni que las opiniones o interpretaciones que se vierten en los "Cuadernillos Jurídicos" sean necesariamente adecuadas o susceptibles de ser analizadas de manera distinta o interpretadas de otro modo por terceros o por quien compete dicho análisis y/o interpretación.

Los "Cuadernillos Jurídicos" se divulgan a efectos exclusivamente informativos. Así, ni "La Chambre" ni los autores de los "Cuadernillos Jurídicos" asumen responsabilidad alguna por los contenidos de los mismos, ni las opiniones e interpretaciones que en ellos aparecen, ni asumen por tanto responsabilidad alguna por pérdidas y/u otros perjuicios, cualesquiera que sean, que pudieran ocasionarse a quienes hagan uso de estas informaciones y/o actúen o dejen de actuar al amparo o como consecuencia de alguna información contenida en esta publicación. "La Chambre" recuerda a sus lectores la necesidad de obtener un asesoramiento legal de calidad e independiente en cada caso, adaptado a sus necesidades."

Responsabilité pénale des personnes juridiques

La responsabilidad penal de las personas jurídicas

CUADERNILLOS JURÍDICOS

Texto: Comité Jurídico de la Cámara Franco-Española
Tfno. 91 307 21 00 - www.lachambre.es

Responsabilité pénale des personnes juridiques

1. INTRODUCTION

Dans le droit espagnol, il existait traditionnellement un principe général comme quoi *les sociétés ne pouvaient pas commettre de délits* (ou, en latin, *societas delinquere non potest*). Nous avons dit « il existait », puisque ce principe a été définitivement dérogé avec la réforme introduite par la Ley Orgánica 5/2010, du 22 juin, laquelle a modifié la Ley Orgánica 10/1995, du 23 novembre, du Code Pénal (ci-après, « Ley Orgánica 5/2010 »). Cette loi a introduit dans le Code Pénal le principe de la responsabilité pénale des personnes juridiques.

Cette réforme a apporté une solution à plus d'un problème causé par l'exécution des conduites délictueuses (la plupart de droit pénal économique) au nom ou au profit d'une personne juridique. Dans ce type de délits, il était souvent très compliqué de déterminer qui était la personne physique qui se trouvait réellement derrière le délit, et, d'un autre côté, la responsabilité civile de la personne juridique pour des délits commis en son nom ne satisfaisait pas pleinement la justice puisque, souvent, le montant des indemnités pour les victimes était sensiblement inférieur au profit obtenu par l'entreprise avec l'acte illicite.

Avant de commencer l'analyse de la loi citée et des autres lois qui ont modifié ce régime de responsabilité, nous devons préciser que le 31 mars 2015 a été publiée dans le BOE, la Ley orgánica 1/2015, du 30 mars, qui modifie la Ley Orgánica 10/1995, du 23 novembre, du Code Pénal (ci-après, « Ley Orgánica 1/2015 »). L'entrée en vigueur de cette loi aura lieu le 1^{er} juillet 2015 (date prévue par la loi). Cette loi apporte une nouvelle configuration à la responsabilité pénale et nous y ferons référence dans les derniers paragraphes de cet article.

2. RÈGLES GÉNÉRALES

L'énoncé général de la responsabilité pénale des personnes juridiques fait partie de la partie générale du Code Pénal, plus concrètement il apparaît dans l'article 31 bis. Cet article établit trois conditions essentielles et cumulatives (une desquelles se divise en deux éléments alternatifs). En vertu de cet article, une personne juridique peut uniquement être déclarée pénalement responsable d'un fait si celui-ci a été commis :

- Ou bien par ses représentants ou administrateurs, de droit ou de fait, ou
- Par les personnes qui, étant soumises à l'autorité des personnes indiquées ci-dessus, ont pu le commettre en raison d'un contrôle insuffisant, étant donné les circonstances du cas ; et
- Au nom et pour le compte de la personne juridique, et
- A son profit.

L'absence d'une de ces conditions a comme conséquence l'exclusion de la responsabilité pénale de la personne juridique, responsabilité autonome (et non indépendante) de celle des personnes physiques mentionnées. C'est-à-dire, le fait que la personne physique qui a exécuté la conduite ne puisse pas être individualisée, ou, que le procès pénal ne puisse pas être dirigé contre elle, n'aura aucune influence sur la responsabilité pénale

sinergias

Responsabilidad penal de las personas jurídicas

1. INTRODUCCIÓN

En el derecho español ha sido un principio general de honda raigambre que *las sociedades no pueden delinquir* (o, en latín, *societas delinquere non potest*). Decimos que "ha sido", porque este principio ha quedado definitivamente *derogado* con la reforma introducida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, "Ley Orgánica 5/2010"), que introdujo en el Código Penal el principio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La mencionada reforma vino a poner solución a más de un problema que planteaba la ejecución de conductas delictivas (la mayor parte, de derecho penal económico) en nombre o para provecho de una persona jurídica. En este tipo de delitos, muchas veces resultaba imposible discernir quién era la persona física que en realidad se hallaba detrás de la comisión del delito y, por otra parte, la responsabilidad civil de la persona jurídica en delitos cometidos en su seno no siempre daba plena satisfacción a la justicia dado que en muchas ocasiones, el importe a indemnizar a las víctimas (medida de la responsabilidad civil) era sensiblemente inferior al provecho obtenido por la corporación a través de la comisión del ilícito.

Antes de iniciar el análisis de la ley citada y las demás que han modificado este régimen de responsabilidades, debemos añadir que el 31 de marzo de 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 (en adelante, "Ley Orgánica 1/2015"), cuya entrada en vigor se producirá el 1 de julio de 2015 (según lo prevé la misma ley), que afecta a la actual configuración de la responsabilidad penal y a la que haremos una breve referencia en los párrafos finales del presente trabajo.

2. REGLAS GENERALES.

El enunciado general de la responsabilidad penal de las personas jurídicas está regulado en la parte general del Código Penal, concretamente en su artículo 31 bis, que establece tres requisitos esenciales y acumulativos (uno de los cuales se desdobra en dos elementos alternativos). En virtud de lo dispuesto por este artículo, una persona jurídica sólo puede ser declarada penalmente responsable por un hecho si éste se ha cometido:

- Ya sea por sus representantes o administradores, de hecho de derecho; o
- Por las personas que, estando sometidas a la autoridad de las personas anteriormente mencionadas, hayan podido cometerlo por no haberse ejercido sobre ellos el debido control, atendidas las circunstancias del caso; y
- En nombre o por cuenta de la persona jurídica; y
- En su provecho.

La ausencia de alguno de estos requisitos excluye la responsabilidad penal de la persona jurídica, responsabilidad que es autónoma (no independiente) de la de las personas físicas mencionadas. Es decir, el hecho de que no se pueda individualizar a la persona física que ha ejecutado la conducta o no se pueda dirigir el proceso penal contra ella, no influirá sobre la responsabi-



de la société. Mais nous ne pouvons pas parler d'indépendance, puisque nous ne pouvons pas faire abstraction du fait qu'un délit a été commis par des personnes physiques, pour déterminer la responsabilité d'une société.

Il faut préciser que, dans le cas où le manque de contrôle de la part des représentants ou administrateurs de la société ait rendu possible la commission du délit par leurs subordonnés, la responsabilité pénale n'est pas forcément transférée aux gérants. Il existe des cas où uniquement seront considérées comme responsables, la personne juridique et les personnes physiques qui ont commis le délit.

L'existence d'un profit pour la personne juridique est une condition indispensable. Ce concept ne se limite pas au profit économique (bénéfice, gain patrimonial ou économie de coûts), mais peut prendre la forme de publicité, gain de réputation, implantation sur des marchés, suppression ou discrédit de la concurrence, etc.

D'un autre côté, le point 5 de cet article exclut de toute responsabilité pénale les entités de droit public des trois niveaux étatiques, internationales et communautaires ainsi que d'autres organisations d'intérêt public (art. 31 bis-5). La Ley Orgánica 5/2010 a inclus parmi les entités exemptées de responsabilité pénale les syndicats et partis politiques. La Ley Orgánica 7/2012, du 27 décembre, qui modifia la Ley Orgánica 10/1995, du 23 novembre, du Code Pénal, en matière de transparence et de lutte contre le fraude fiscal et à la Sécurité Sociale, a supprimé cette exception, et donc actuellement, elles sont pénalement responsables.

La transformation, fusion, acquisition ou scission d'une personne juridique n'éteindra pas sa responsabilité (laquelle se transférera ou étendra à l'entité ou entités résultants de l'opération). Mais le tribunal pourra modérer le transfert de la pénalité en fonction du pourcentage que la personne juridique responsable originellement du délit aura dans la deuxième entité. La responsabilité ne sera pas éteinte non plus dans le cas d'une dissolution cachée ou simplement apparente de la personne juridique. Il est considéré que ce cas peut se donner quand l'activité économique continue, en conservant l'identité substantielle des clients, fournisseurs et employés, ou d'une partie importante de ces derniers.

En outre, l'article 129 du Code Pénal (inclus aussi dans la partie générale) habilite le Juge pour imposer aux organisations sans personnalité juridique, comme pénalité accessoire, le contenu des pénalités prévues dans les points c) à g) de l'article 33.7 du Code (pouvant arriver jusqu'à l'interdiction définitive de n'importe quelle activité, même licite). Et ceci, comme conséquences accessoires à la pénalité qui correspondrait à l'auteur du délit. Pour cela, il est nécessaire que le Code le prévoie expressément ou qu'il s'agisse de délits pour lesquelles le Code permet d'exiger responsabilité pénale aux personnes juridiques.

3. CIRCUNSTANCES ATTENUANTES DE LA RESPONSABILITÉ

Ces circonstances sont prévues dans l'article 31 bis point 4. Il s'agit de quatre comportements, réalisés par la personne juridique par le biais de ses représentants légaux, après avoir commis le délit et au moment indiqué dans chaque cas, qui peuvent être pris en compte par le juge pour limiter la responsabilité de la personne juridique :

- Avant de savoir que la procédure judiciaire est dirigée contre elle : avoir déclaré l'infraction aux autorités compétentes.
- Avant le début du procès-verbal:
 - Avoir réparé ou diminué le dommage causé.
 - Avoir établi des mesures efficaces pour prévenir et découvrir les délits qui pourraient être commis dans le futur avec les moyens ou sous la couverture de la personne juridique.
- À n'importe quel moment du procès : avoir collaboré avec les recherches

de la corporation. Pero no existe independencia dado que no se puede prescindir de la comisión de un hecho delictivo por personas físicas para imputar responsabilidad a una corporación.

Cabe aclarar que, en el caso de que la falta de control por parte de los representantes o administradores de la empresa haya hecho posible la comisión del delito por sus subordinados, la responsabilidad penal no se traslada necesariamente a los gestores; puede darse el caso de que sólo sean imputables la persona jurídica y las personas físicas autoras del hecho delictivo.

Obsérvese que es indispensable el provecho para la persona jurídica, concepto que no se limita al provecho económico (lucro, ganancia patrimonial o economía de gastos), sino que puede ser provecho bajo la forma de publicidad, adquisición de reputación, inserción en mercados, supresión o descrédito de competencia, etc.

Por otra parte, el apartado 5 de este artículo excluye de la atribución de responsabilidad penal a entidades de derecho público de los tres niveles del estado, internacionales y comunitarias así como a otras organizaciones de interés público (art. 31 bis apartado 5). La Ley Orgánica 5/2010 incluyó entre las entidades exentas de responsabilidad penal a los sindicatos y partidos políticos; mas la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social suprimió esa excepción, por lo que hoy son penalmente responsables.

La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extinguirá su responsabilidad (que se trasladará o extenderá a la entidad o entidades resultantes de la operación), aunque el Tribunal podrá moderar el traslado de la pena en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con la segunda entidad. Tampoco se extinguirá la responsabilidad ante una disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica, considerándose que existe este supuesto cuando se continúe su actividad económica, manteniéndose la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de ellos.

Por su parte, en el artículo 129 del Código Penal (también incluido en la parte general) se habilita al Juez para imponer a organizaciones sin personalidad jurídica, como pena accesoria, uno o más de los contenidos de las penas previstos en los apartados c) a g) del artículo 33.7 del Código (pudiendo llegar hasta la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita), en calidad de consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito. Para ello es necesario que el Código lo prevea expresamente o se trate de delitos por los que el Código permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

3. CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES DE LA RESPONSABILIDAD

Están establecidas en el artículo 31 bis apartado 4 y consisten en cuatro comportamientos que, realizados por la persona jurídica a través de sus representantes legales, después de la comisión del delito y durante el momento que se indica en cada caso, pueden ser consideradas por los jueces para atenuar su responsabilidad:

- Antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella: Haber procedido a confesar la infracción ante las autoridades correspondientes.
- Antes del comienzo del juicio oral:
 - Haber procedido a reparar o disminuir el daño causado
 - Haber establecido medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.
- En cualquier momento del proceso: Haber colaborado en la investigación,



en présentant des nouvelles preuves décisives pour éclaircir les responsabilités pénales résultant des faits.

4. PÉNALITÉS APPLICABLES AUX PERSONNES JURIDIQUES

Les pénalités qui peuvent être appliquées aux personnes juridiques, énumérées dans le point 7 de l'article 33 du Code Pénal, sont les suivantes :

- a) Amende.
- b) Dissolution, et donc perte définitive de sa personnalité juridique et de sa capacité pour agir de n'importe quelle façon dans le trafic juridique, ou accomplir n'importe quelle activité, même licite.
- c) Suspension d'activités pendant un délai non supérieur à cinq ans.
- d) Clôture des locaux et établissements pendant un délai qui ne pourra pas être supérieur à cinq ans.
- e) Interdiction, temporaire ou définitive, de réaliser dans le futur les activités par l'exercice desquelles le délit a été commis, favorisé ou encourt. S'il s'agit d'une interdiction temporaire, le délai ne pourra pas dépasser les quinze ans.
- f) Incapacité pour obtenir des subventions et des aides publiques, pour signer des contrats avec le secteur public et pour bénéficier d'aides fiscales ou de la Sécurité Sociale, pendant un délai qui ne pourra pas dépasser les quinze ans.
- g) Contrôle judiciaire, de toute ou une partie de l'organisation, pour sauvegarder les droits des salariés ou des créanciers pendant le temps estimé nécessaire. Le délai ne pourra pas dépasser une durée de cinq ans.

Pendant l'instruction, le juge pourra fixer des mesures préventives comme la clôture temporaire des locaux ou établissements, la suspension des activités sociales et l'intervention judiciaire.

Parmi toutes les pénalités indiquées, l'amende pourra être établie dans tous les cas et c'est pour ça que nous pensons qu'elle sera privilégiée dans les condamnations aux personnes juridiques. Le montant pourra être calculé, par le biais d'une quotité ou de façon proportionnelle à un des éléments suivants : dommage causé, valeur de l'objet du délit, quantité fraudée ou indûment obtenue ou bénéfice qu'elle aurait pu obtenir. La première formule sera calculée par le biais d'un montant journalier. Celui-ci devrait être de minimum trente euros et maximum cinq mille et les jours devront être établis pour un minimum de 10 et un maximum de cinq ans.

Nous ne devons pas oublier que, dès le moment où les personnes juridiques peuvent être pénalement condamnées, elles pourront aussi faire l'objet de pénalités accessoires aux délits prévues par l'article 127 du Code Pénal. La principale pénalité étant la saisie des biens avec lesquels le délit aura été préparé ou exécuté et des biens obtenus comme résultat du délit.

Comme dernier commentaire en ce qui concerne la condamnation des personnes juridiques, il faut souligner que les juges doivent tenir compte dans leur détermination des droits des salariés et des créanciers et de l'intérêt social de la continuité de l'exploitation. Il s'agit du motif principal dans le choix de la peine de contrôle judiciaire.

5. DÉLITS POUR LESQUELLES LES PERSONNES JURIDIQUES PEUVENT ÊTRE CONDAMNÉS.

Mise à part les éléments généraux de la responsabilité pénale des personnes juridiques que nous avons vus, il faut indiquer que ces dernières ne pourront pas être jugées pour n'importe quel fait typifié dans le Code Pénal mais que, pour que cela soit possible, le type de délit doit prévoir expressément la possibilité d'une telle imputation. Par la suite, nous énumérons les délits qui la prévoient et la corrélation avec l'article du Code

apportando pruebas que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

4. PENAS APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Las penas que se pueden aplicar a las personas jurídicas, enumeradas en el apartado 7 del artículo 33 del Código Penal, son las siguientes:

- a) Multa
- b) Disolución, que producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad para actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.
- c) Suspensión de actividades por un plazo no superior a cinco años.
- d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- e) Prohibición, temporal o definitiva, de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
- f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
- g) Intervención judicial, de toda la organización o limitada a algunas de sus localizaciones, 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.

Respecto a las medidas cautelares, el juez instructor podrá decretar con tal carácter, durante la instrucción de la causa, la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial.

De todas las penas enumeradas, la multa se podrá imponer en todos los casos y por ello, creemos que será la prevalente en las condenas a personas jurídicas. Su cuantificación se puede efectuar, bien por cuota, bien en forma proporcional a uno de los siguientes elementos: daño causado, valor del objeto del delito, cantidad defraudada o indebidamente obtenida, o beneficio que hubiera podido obtener o facilitar la corporación a través de la comisión del mismo. La primera fórmula se calculará por cuota-día, teniendo la cuota un mínimo de treinta euros y un máximo de cinco mil y los días, un mínimo de diez y un máximo de cinco años.

No debemos olvidar que desde el momento en que las personas jurídicas pueden ser penalmente condenadas, también se les podrá imponer las penas accesorias a los delitos establecidas en el artículo 127 del Código Penal, siendo la principal el decomiso de los bienes con que se haya preparado o ejecutado y los obtenidos mediante su comisión.

Como último comentario respecto a la condena a las personas jurídicas, destacar que en su determinación los jueces deben tener en consideración los derechos de los trabajadores y de los acreedores y el interés social en la continuidad de la explotación, que son el motivo principal para la elección de la pena de intervención judicial.

5. DELITOS POR LOS QUE PUEDEN SER CONDENADAS LAS PERSONAS JURÍDICAS.

Sin perjuicio de los elementos generales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que hemos visto, las mismas no podrán ser imputadas por cualquiera de los hechos tipificados en el Código Penal sino que, para que ello sea posible, el tipo debe prever expresamente la posibilidad de tal imputación. A continuación enumeramos los tipos que la prevén, correlacionados con el artículo del Código Penal que lo establece: (ver tabla)

DÉLIT	ARTICLE DU CODE PÉNAL
Trafic illégal d'organes	156 bis
Trafic d'êtres humains	177 bis
Délits relatifs à la prostitution et à la corruption de mineurs	189 bis
Découverte et révélation de secrets et de données personnelles	197
Escroqueries et fraudes	251 bis
Insolvabilités punissables	261 bis
Dommages informatiques	264
Délits contre la propriété intellectuelle et industrielle, le marché et les consommateurs	288
Blanchiment de capitaux	302
Délits fiscaux et contre la Sécurité Sociale	310 bis
Délits contre les droits des salariés	318
Délits contre les droits des citoyens étrangers	318 bis
Délits de construction, édification ou aménagement illégal	319
Délits environnementaux	327 y 328
Délits relatifs à l'énergie nucléaire et aux radiations ionisantes	343
Délits liés aux dangers provoqués par des explosifs	348
Délits contre la santé publique dans la modalité de trafic de drogues	369 bis
Moyens de paiement faux	399 bis
Corruption	427
Trafic d'influences	430
Corruption de fonctionnaires étrangers	445
Financement du terrorisme	576 bis

Pénal qui l'établit : **TABLA**

Il existe d'autres délits pénaux, lesquels à notre avis, devraient impliquer la responsabilité des personnes juridiques et que, toutefois, n'ont pas été inclus dans ce catalogue, comme celui d'administration déloyale (art. 252, uniquement pour les cas où l'administration est effectuée par une personne juridique), détournement de fonds (art. 252 à 254), dissimulation d'actifs (art. 257), délits relatifs à la protection de la flore et de la faune (art. 332 à 336), quelques cas de falsification de documents (art. 392 à 396 y 399), possession, trafic et dépôt d'armes, munitions ou explosifs (art. 563 à 570), etc.

D'autre part, il existe aussi des articles qui autorisent au Juge à interposer les mesures accessoires de l'article 129 du Code Pénal, aux organisations qui ont commis certains délits, comme par exemple les articles 262 (modification des prix lors de concours et enchères publiques), 294 (délits sociétaires), 318 (délits contre les droits de salariés) et 386 (falsification de monnaies et timbres).

Pour finir, la Ley Orgánica 5/2010 a introduit une importante nouveauté dans le plan procédural puisque les normes existantes ne prévoyaient pas la possibilité d'intervenir une personne juridique en tant qu'assujetti dans une procédure pénale. Certaines modifications nécessaires ont été introduites par la Ley 31/2011, du 10 octobre, laquelle prévoit des mesures de simpli-

DELITO	ARTÍCULO DEL CÓDIGO PENAL
Tráfico ilegal de órganos	156 bis
Trata de seres humanos	177 bis
Delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores	189 bis
Descubrimiento y revelación de secretos y datos personales	197
Estafas y fraudes	251 bis
Insolvencias punibles	261 bis
Daños informáticos	264
Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores	288
Blanqueo de capitales	302
Delitos contra la hacienda pública y la seguridad social	310 bis
Delitos contra los derechos de los trabajadores	318
Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros	318 bis
Delitos de construcción, edificación o urbanización ilegal	319
Delitos contra el medio ambiente	327 y 328
Delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes	343
Delitos de riesgo provocado por explosivos	348
Delitos contra la salud pública en la modalidad de tráfico de drogas	369 bis
Falsedad en medios de pago	399 bis
Cohecho	427
Tráfico de influencias	430
Corrupción de funcionario extranjero	445
Financiación del terrorismo	576 bis

Hay algunos otros tipos penales que, en nuestra opinión, deberían permitir la imputación de responsabilidad a las personas jurídicas y que, sin embargo, no han sido incluidos en este catálogo, como el de administración desleal (art. 252, sólo para los casos en que la administración esté a cargo de una persona jurídica), apropiación indebida (art. 252 a 254), alzamiento de bienes (art. 257), delitos relativos a la protección de la flora y de la fauna (arts. 332 a 336), algunos supuestos de falsedad de documentos (arts. 392 a 396 y 399), tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos (arts. 563 a 570), etc.

Por otra parte, también existen artículos que autorizan al Juez a imponer las medidas accesorias del art. 129 del Código Penal a organizaciones relacionadas con la comisión de los hechos tipificados, como por ejemplo los artículos 262 (alteración de precios en concurso y subastas públicas), 294 (delitos societarios), 318 (delitos contra los derechos de los trabajadores) y 386 (falsificación de moneda y efectos timbrados).

Por último, la Ley Orgánica 5/2010 introdujo una importante novedad en el plano procesal penal, ya que el ordenamiento respectivo no preveía la posibilidad de intervención de una persona jurídica en carácter de sujeto pasivo en el proceso penal. Algunas de las necesarias modificaciones de la ley procedimental fueron introducidas por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, a través de la modificación de los artí-



fication procédurale par le biais de la modification des articles 119, 409 bis, 544 quater, 554, 746, 786 bis, 787 y 839 de la Loi de procédure criminelle.

VI. MODIFICATIONS DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES PERSONNES JURIDIQUES, PRÉVUES PAR LA LEY ORGÁNICA 1/2015, DU 30 MARS. LOI QUI MODIFIE LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DU 10 NOVEMBRE, DU CODE PENAL

Tel qu'indiqué au tout début de cet article, le 31 mars dernier a été publié dans le BOE la Ley Orgánica 1/2015, laquelle modifie une quantité considérable d'articles du Code Pénal (l'entrée en vigueur est prévue pour le 1er juillet prochain). Parmi ces articles, il y en a plusieurs qui font référence à la responsabilité pénale des personnes juridiques. Dans la mesure où l'extension de cet article ne nous permet pas d'effectuer une analyse minutieuse de la Ley Orgánica récemment approuvée, nous mentionnerons uniquement les aspects qui nous paraissent les plus importants.

En ce qui concerne les conditions nécessaires pour que la personne juridique puisse être responsable criminellement, les personnes physiques qui ont commis l'acte illicite doivent être ses représentants légaux, ou, des personnes, qui, agissant individuellement ou comme membres d'un organe de la personne juridique, sont autorisées à prendre des décisions en son nom ou ont des fonctions d'organisation et contrôle au sein de la personne juridique. Les faits commis par manque de contrôle des supérieurs, ont dû être commis dans l'exercice d'activités sociales.

Il a été inclus une circonstance exonératoire de la responsabilité. Il s'agit de la possibilité pour les organes administratifs des personnes juridiques, d'avoir introduit, avant la réalisation d'un délit pénal, des plans d'organisation et de gestion efficaces pour la prévention de délits au sein de la société. De ce fait, et, sous certaines conditions, les juges pourront l'exonérer de responsabilité pénale (ou pourront les considérer comme des faits atténuants si la preuve ne conduit pas à une accréditation totale de l'existence ou portée des mécanismes implantés). Il est précisé aussi que les circonstances qui frappent la responsabilité de la personne physique qui a commis les faits, n'influenceront pas sur la responsabilité de la personne juridique.

Sept nouveaux articles (du 127 bis au 127 octies) ont été ajoutés pour élargir la nature des biens, effets et gains relatifs au délit commis qui peuvent faire l'objet d'une confiscation et les circonstances qui autorisent l'application de cette conséquence accessoire.

D'autre part, le catalogue de délits pour lesquelles le Juge est autorisé à déclarer une personne juridique comme pénalement responsable, a été élargi. Il a été inclus le fait d'empêcher l'exécution judiciaire de biens (art. 258 ter), les délits de corruption dans le marché d'affaires (nouvelle création, art. 288), le financement illégal de partis politiques (art. 304 bis), les délits contre la santé publique dans toutes ses modalités (et pas en se limitant à celle de trafic de drogues, comme dans la rédaction actuelle, art. 366), la falsification de monnaies (art. 386) et la haine raciale ou discriminatoire (art. 510 bis).

culos 119, 409 bis, 544 quáter, 554, 746, 786 bis, 787 y 839 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

6. MODIFICACIONES A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS, INTRODUCIDAS POR LA LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 10 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL.

Como hemos mencionado al principio de este trabajo, el 31 de marzo se publicó en el BOE la Ley Orgánica 1/2015, que modifica una gran cantidad de artículos del Código Penal (cuya entrada en vigencia está prevista para el 1 de julio próximo), entre ellos varios referidos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Dado que la extensión del presente no nos permite realizar un análisis pormenorizado de la Ley Orgánica recientemente aprobada por las Cortes, destacaremos sólo los aspectos que consideramos más relevantes.

En cuanto a los requisitos necesarios para que la persona jurídica pueda resultar criminalmente responsable, las personas físicas que cometen el ilícito deben ser sus representantes legales o aquellas personas que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en su nombre u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. Los hechos cometidos por falta de control de los superiores, deben ser cometidos en el ejercicio de las actividades sociales.

Se incorpora una circunstancia eximente de la responsabilidad, consistente en la posibilidad de que los órganos administrativos de las personas jurídicas, antes de la comisión de un ilícito penal, hayan implantado planes de organización y gestión eficaces para la prevención de la comisión de delitos en su seno, que, bajo ciertas condiciones, habilitará a los jueces para eximir la de responsabilidad penal (o se podrá aplicar como atenuante si la prueba no conduce a una acreditación plena de la existencia o alcance de los mecanismos implantados). También se aclara que las circunstancias que afecten la responsabilidad de la persona física que haya cometido el hecho no influirán sobre la responsabilidad de la persona jurídica.

Se agregan siete artículos (desde el 127 bis al 127 octies), que amplían la naturaleza de bienes, efectos y ganancias relacionados con la comisión de un ilícito que pueden ser objeto de decomiso y las circunstancias que autorizan la aplicación de esta consecuencia accesoria.

Por otra parte, se amplía el catálogo de delitos por los que se autoriza al Juez a declarar penalmente responsable a una persona jurídica, incluyéndose la frustración de la ejecución judicial de bienes (art. 258 ter), los delitos de corrupción en los negocios (de nueva creación, art. 288), la financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis), los delitos contra la salud pública en todas sus modalidades (no limitándose a la de tráfico de drogas, como en la redacción actual, art. 366), la falsificación de moneda (art. 386) y el odio racial o discriminatorio (art. 510 bis).

"La Chambre Franco-Espagnole de Commerce et d'Industrie - "La Chambre" - et les auteurs des "Cahiers Juridiques" publiés avec ce bulletin, ont cherché à ce que toutes les informations qui y figurent soient conformes aux dispositions juridiques existant à la date de clôture de ce bulletin. Ils ne peuvent pas garantir que ça sera le cas ou que les opinions ou les interprétations qui sont reprises dans les "Cahiers Juridiques" soient nécessairement appropriés ou susceptibles d'être évaluées d'une manière différente ou interprétées autrement par des tiers ou par les parties concernées par cette analyse et/ou interprétation.

Les "Cahiers Juridiques" sont diffusés à titre informatif exclusivement. Ainsi, ni "La Chambre" ni les auteurs des "Cahiers Juridiques" assument aucune responsabilité quant aux contenus, aux opinions et interprétations figurant dans ceux-ci. Ils ne se responsabilisent pas pour les dommages et intérêts qu'ils pourraient causer à ceux qui font usage de cette information et/ou cessent (s'abstiennent) d'agir ou agissent suite à une information contenue dans cette publication. "La Chambre" rappelle à ses lecteurs l'intérêt de se faire assister par un conseil légal de qualité et indépendant toujours adapté à leurs besoins."

"La Cámara Franco-Española de Comercio e Industria - "La Chambre" - y los autores de los "Cuadernillos Jurídicos" publicados con esta Revista, han procurado que todas las informaciones contenidas en los mismos se ajustan a las disposiciones legales existentes en la fecha de cierre de la edición, pero no pueden garantizar que tal sea el supuesto ni que las opiniones o interpretaciones que se vierten en los "Cuadernillos Jurídicos" sean necesariamente adecuadas o susceptibles de ser analizadas de manera distinta o interpretadas de otro modo por terceros o por quien compete dicho análisis y/o interpretación.

Los "Cuadernillos Jurídicos" se divulgan a efectos exclusivamente informativos. Así, ni "La Chambre" ni los autores de los "Cuadernillos Jurídicos" asumen responsabilidad alguna por los contenidos de los mismos, ni las opiniones e interpretaciones que en ellos aparecen, ni asumen por tanto responsabilidad alguna por pérdidas y/u otros perjuicios, cualesquiera que sean, que pudieran ocasionarse a quienes hagan uso de estas informaciones y/o actúen o dejen de actuar al amparo o como consecuencia de alguna información contenida en esta publicación. "La Chambre" recuerda a sus lectores la necesidad de obtener un asesoramiento legal de calidad e independiente en cada caso, adaptado a sus necesidades."

Le Nouveau Cadre Légal de la Gouvernance des entreprises en Espagne

El nuevo marco legal del Gobierno Corporativo en España

CUADERNILLOS JURÍDICOS

Texto: Comité Jurídico de la Cámara Franco-Española
Tfno. 91 307 21 00 - www.lachambre.es

Le Nouveau Cadre Légal de la Gouvernance des entreprises en Espagne

LA RÉFORME DE LA LOI DES SOCIÉTÉS DE CAPITAL

Le 4 décembre 2014 fut publié dans le Journal Officiel (Boletín Oficial del Estado) la Loi 31/2014, en date du 3 décembre, qui modifie la Loi sur les Sociétés de Capitaux (la « **LSC** ») dans le but d'améliorer la gouvernance des entreprises (la « **Loi 31/2014** »).

La Loi 31/2014 est le résultat des travaux entrepris par la Commission d'experts en matière de Gouvernance d'Entreprise et de l'Etude sur les propositions de modifications légales du 14 octobre 2013 élaborée par cette commission. La Commission d'experts fut créée par un Accord du Conseil de Ministres en date du 10 mai 2013 avec l'objectif de proposer les initiatives et les réformes légales considérées adéquates pour garantir la bonne gouvernance des entreprises et pour conseiller à la Commission Nationale du Marché de Valeurs dans la modification du Code Unifié de la Bonne Gouvernance des Sociétés Cotées.

Ainsi, l'objet fondamental de ces travaux était de (i) veiller pour le correct fonctionnement des organes de gouvernance et administration des entreprises espagnoles pour les conduire aux plus grandes cotes de compétitivité, (ii) générer confiance et transparence pour les actionnaires et investisseurs nationaux et étrangers, et (iii) améliorer le contrôle interne et la responsabilité corporative des entreprises espagnoles et garantir une ségrégation adéquate des fonctions, droits et responsabilités dans les entreprises, d'une perspective de professionnalité et rigueur maximales.

Toute amélioration en matière de Gouvernance Entrepreneuriale doit inévitablement passer par l'introduction de changements dans la régularisation des deux organes sociaux qui constituent la structure corporative des sociétés de capitaux. C'est pour ça que la Loi 31/2014 se centre fondamentalement dans le fait de réformer la régulation de l'Assemblée Générale et du Conseil d'Administration.

Si bien le but de cet article n'est pas de réaliser une analyse exhaustive des modifications introduites par la Loi 31/2014, nous espérons que le lecteur puisse se faire une bonne idée de quel est le contenu et la portée de cette réforme qui est entrée en vigueur le 24 décembre 2014 en vertu de la quatrième disposition finale de la Loi.

MODIFICATIONS CONCERNANT L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE

Comme il ne pouvait pas être autrement, les modifications relatives à l'Assemblée Générale des actionnaires introduites par la réforme sont orientées, de façon générale, à renforcer son rôle et à ouvrir des nouvelles voies pour stimuler la participation actionnariale.

A cet effet, à partir de maintenant, l'Assemblée Générale de n'importe quelle société de capitaux pourra donner des instructions à l'organe d'administration ou soumettre à son autorisation l'adoption par cet organe de décisions ou accords sur certaines matières de gestion, sauf disposition contraire dans les Statuts, et sans pré-

sinergias

El Nuevo Marco Legal del Gobierno Corporativo en España

REFORMA DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

El pasado 4 de diciembre de 2014 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital (la "**LSC**") para la mejora del gobierno corporativo (la "**Ley 31/2014**").

La Ley 31/2014 trae causa de los trabajos de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo y del Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas de 14 de octubre de 2013 elaborado por dicha comisión. La Comisión de Expertos fue creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013 con el objetivo de proponer las iniciativas y las reformas normativas que se considerasen adecuadas para garantizar el buen gobierno de las empresas, y para prestar apoyo y asesoramiento a la Comisión Nacional del Mercado de Valores en la modificación del Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas.

Así, el objetivo fundamental de estos trabajos fue (i) velar por el adecuado funcionamiento de los órganos de gobierno y administración de las empresas españolas para conducir las a las máximas cotas de competitividad, (ii) generar confianza y transparencia para los accionistas e inversores nacionales y extranjeros, y (iii) mejorar el control interno y la responsabilidad corporativa de las empresas españolas y asegurar la adecuada segregación de funciones, deberes y responsabilidades en las empresas, desde una perspectiva de máxima profesionalidad y rigor.

Toda mejora en materia de Gobierno Corporativo debe pasar inevitablemente por introducir cambios en la regulación de los dos órganos sociales que configuran la estructura corporativa de las sociedades de capital, y por ello, la Ley 31/2014 se centra fundamentalmente en reformar la regulación de la Junta General y del Consejo de Administración.

Si bien en el presente artículo no se pretende realizar un análisis exhaustivo de las modificaciones introducidas por la Ley 31/2014, esperamos que el lector pueda hacerse una buena idea de cuál es el contenido y alcance de esta reforma que entró en vigor el 24 de diciembre de 2014 de conformidad con lo previsto en la disposición final cuarta de la Ley.

MODIFICACIONES EN SEDE JUNTA GENERAL

Como no podía ser de otro modo, las modificaciones introducidas por la reforma relativas a la Junta General de accionistas se orientan con carácter general a reforzar su papel y abrir cauces para fomentar la participación accionarial.

A estos efectos, de ahora en adelante, la Junta General de cualquier sociedad de capital podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, salvo disposición contraria de los Estatutos, y sin perjuicio de lo establecido



judice de ce qui a été établi par la Loi en ce qui concerne la portée de la représentation de l'organe d'administration.

De même, les compétences de l'Assemblée Générale ont été amplifiées et cette dernière sera désormais obligée à délibérer et à autoriser l'acquisition, la vente ou l'apport à une autre société d'actifs essentiels. A ce sujet, d'après la nouvelle rédaction de la LSC, le caractère essentiel de l'actif est présumé lorsque le montant de l'opération dépasse le 25% de la valeur des actifs figurant dans le dernier bilan approuvé.

En ce qui concerne les dénommés droits minoritaires dans les sociétés cotées, il a été convenu de descendre le seuil nécessaire pour que les actionnaires puissent exercer leurs droits jusqu'au trois pour cent du capital social et il a été établi à mille le nombre maximum d'actions que les Statuts pourront exiger pour assister à l'Assemblée Générale.

Une autre importante modification de la LSC est l'introduction du conflit d'intérêt de l'associé dans les votations des Assemblées Générales des sociétés anonymes. Désormais, il faudra tenir compte de ces deux éléments : d'un côté, l'associé (des sociétés anonymes ou des sociétés à responsabilité limitée) ne pourra pas exercer le droit de vote correspondant à ses actions ou participations lorsqu'il s'agira d'adopter un accord ayant pour objet de : (i) l'autoriser à transmettre des actions ou des participations assujetties à une restriction légale ou statutaire ; (ii) l'exclure de la société ; (iii) le libérer d'une obligation ou lui accorder un droit ; (iv) lui faciliter n'importe quel type d'assistance financière, y inclus la prestation de garanties en sa faveur ; ou (v) l'exonérer des obligations dérivées du droit de loyauté ; et d'un autre côté, le deuxième élément fait référence à l'établissement d'une présomption d'infraction de l'intérêt social dans les cas où l'accord social ait été adopté avec le vote décisif de l'associé ou des associés faisant partie d'un conflit d'intérêt.

En ce qui concerne le droit d'information des associés, la nouvelle réglementation ne modifie pas excessivement son contenu sauf en ce qui concerne la forme d'exercice et les conséquences juridiques des différentes modalités d'exercice. Dans ce sens, la vulnération des droits d'information exercée avant l'Assemblée Générale laissera uniquement la possibilité de contester les accords de l'Assemblée Générale s'il a été fourni une information incorrecte ou insuffisante alors que cette information aurait été essentielle pour l'exercice raisonnable du droit de vote, ou de n'importe quel autre droit de participation, de l'actionnaire ou associé moyen. De plus, la vulnération du droit d'information pendant le déroulement de l'Assemblée Générale laissera uniquement à l'actionnaire le droit d'exiger la correcte application du droit d'information et des dommages et intérêts qui auront pu être causés, mais ça ne sera pas une cause de contestation.

De même, il est prévu de limiter l'exercice du droit d'information au cadre de la bonne foi et d'en éviter un exercice abusif, l'associé étant responsable des dommages et intérêts qu'aurait pu causer l'usage abusif ou préjudiciel de l'information demandée.

En ce qui concerne les sociétés anonymes, le droit d'information a aussi été réformé. En premier lieu, la Loi 31/2014 a prévu que le droit d'information avant l'Assemblée (avec le contenu spécifique prévu pour les sociétés cotées) pourra être exercé jusqu'à cinq jours avant la célébration de la réunion (au lieu de sept). Et en deuxième terme, et avec l'objectif d'accroître la transparence, il faudra inclure dans la web de la société toutes les demandes valables d'information, les clarifications ou les questions réalisées par écrit et les réponses réalisées par écrit par les administrateurs.

Dans ce même ordre de choses, la Loi 31/2014 établit le vote séparé des accords indépendants et modifie la forme de calcul des majorités dans les Assemblées Générales des sociétés anonymes. Dans ce sens, le législateur a établi le fait que dans les sociétés anonymes les accords sociaux seront

en Ley en relación al ámbito de representación del órgano de administración.

Asimismo, se amplían las competencias de la Junta General que en adelante vendrá obligada a deliberar y acordar la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. A este respecto, según la nueva redacción de la LSC se presume el carácter de esencial del activo cuando el importe de la operación supere el 25% del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado.

En lo que respecta a los llamados derechos de minoría en las sociedades cotizadas, se entiende conveniente rebajar el umbral necesario para que los accionistas puedan ejercer sus derechos hasta el tres por ciento del capital social y se establece en mil el número máximo de acciones que los Estatutos podrán exigir para asistir a la Junta General.

Otra de las importantes modificaciones de la LSC consiste en la introducción del conflicto de interés del socio en las votaciones de las Juntas Generales de las sociedades anónimas que en adelante pivotará sobre estos dos elementos: por un lado, el socio (tanto de sociedades anónimas como limitadas) no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a sus acciones o participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que tenga por objeto: (i) autorizarle a transmitir acciones o participaciones sujetas a una restricción legal o estatutaria; (ii) excluirle de la sociedad; (iii) liberarle de una obligación o concederle un derecho; (iv) facilitarle cualquier tipo de asistencia financiera, incluida la prestación de garantías a su favor; o (v) dispensarle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad; y por otro lado, el segundo elemento se refiere al establecimiento de una presunción de infracción del interés social en los casos en que el acuerdo social haya sido adoptado con el voto decisivo del socio o de los socios incurso en un conflicto de interés.

En relación al derecho de información de los socios, la nueva normativa no modifica en exceso su contenido, pero sí la forma de ejercicio y las consecuencias jurídicas de las distintas modalidades de ejercicio. En ese sentido, la vulneración del derecho de información que se ejerce antes de la Junta General únicamente posibilitará impugnar los acuerdos de la Junta General si se ha proporcionado información incorrecta o insuficiente cuando esa información hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación. Además, la vulneración del derecho de información durante el desarrollo de la Junta General solo facultará al accionista para exigir el cumplimiento de la obligación de información y los daños y perjuicios que se le hayan podido causar, pero no será causa de impugnación.

Asimismo, se pretende acotar el ejercicio del derecho de información al marco de la buena fe y evitar un ejercicio abusivo de éste, siendo el socio responsable de los daños y perjuicios que pudiera causar la utilización abusiva o perjudicial de la información solicitada.

En sede de sociedades anónimas el derecho de información también se ha visto reformado. En primer lugar, la Ley 31/2010 ha establecido que el derecho de información antes de la Junta (con el contenido especial previsto para las sociedades cotizadas) podrá ejercerse hasta cinco días antes de la celebración de la reunión (en lugar de siete). Y en segundo lugar, y al objeto de fomentar la transparencia, se deberán incluir en la web corporativa de la sociedad todas las solicitudes válidas de información, las aclaraciones o las preguntas realizadas por escrito y las contestaciones facilitadas por escrito por los administradores.

En otro orden de cosas, la Ley 31/2014 establece la votación separada de acuerdos independientes y se modifica la forma de cómputo de las mayorías en las Juntas Generales de las sociedades anónimas. En este sentido, el legislador ha establecido que en las sociedades anónimas



adoptés para majorité simple des votes des actionnaires présents ou représentés lors de l'Assemblée. Un accord est considéré comme adopté lorsqu'il aura obtenu plus de votes à faveur qu'en contre de la part du capital présent ou représenté. Il a été éclairci ainsi et d'une fois pour toutes les doutes d'interprétation qui dans la pratique étaient suscités par la rédaction antérieure de la LSC.

MODIFICATIONS CONCERNANT LE CONSEIL D'ADMINISTRATION

Tel qu'indiqué avec justesse dans l'exposition de motifs de la Loi 31/2014, l'expérience acquise au cours des dernières années a démontré l'importance qu'a un Conseil d'Administration bien géré pour les entreprises et, plus spécialement, pour les sociétés cotées. Il était nécessaire, depuis un certain temps, d'améliorer notre réglementation en matière de gouvernance d'entreprise à ce sujet. Cette fois-ci, le législateur n'a pas manqué de profiter de l'occasion et a introduit, sans doute, d'importants changements dans la réglementation du Conseil d'Administration.

Il a été introduit pour la première fois dans notre droit la règle nord-américaine du « *Business Judgement Rule* » avec la dénomination de « Protection de la discrétionnalité entrepreneuriale ». La nouvelle rédaction de la LSC établit avec caractère général que, dans le cadre des décisions stratégiques et d'affaires, le standard de diligence d'un homme d'affaires ordonné sera rempli si l'administrateur en question aura agi : (i) de bonne foi ; (ii) sans intérêt personnel dans l'affaire faisant objet de la décision ; (iii) avec suffisamment d'information ; et (iv) en accord avec un processus de décision adéquat.

En outre, la Loi 31/2014 a caractérisé de façon précise l'obligation de diligence et loyauté et les procédures à suivre dans les cas de conflit d'intérêts. En ce qui concerne l'obligation de diligence, la réglementation actuelle a été modifiée de telle façon qu'il soit nécessaire de moduler cette obligation en fonction des tâches attribuées à chaque administrateur et en considérant, d'une certaine façon, la division du travail au sein du Conseil. En ce qui concerne l'obligation de loyauté, la réglementation actuelle a été modifiée en corrigeant certaines déficiences détectées dans son application et plus concrètement : (i) l'obligation générique a été reformulée et les obligations dérivées de l'obligation générique de loyauté ont été ordonnées et décrites en complétant le catalogue actuel (spécialement en matière de conflits d'intérêts) et en réglementant le régime d'exemption des prohibitions ; (ii) l'obligation de loyauté a été étendue aux administrateurs de fait ; et (iii) la portée de la sanction a été étendue au-delà de la compensation du dommage subi pour inclure le remboursement de l'enrichissement obtenu avec l'infraction.

La réforme a aussi introduit d'importants changements dans le régime de responsabilité des administrateurs, en étendant sa portée d'application subjective. Ainsi, les administrateurs devront répondre face à la société, face aux associés et face aux créanciers sociaux des dommages qu'ils auront causés par des actes ou omissions contraires à la Loi ou aux Statuts, ou causés par le non-respect des obligations inhérentes au poste, chaque fois qu'il sera établi dol et faute : la Loi 31/2014 a introduit, en conséquence, un important élément subjectif qui sera déterminant pour exiger la responsabilité des administrateurs.

En ce qui concerne les administrateurs de fait, la réforme a défini ce concept en considérant comme administrateur de fait toute personne qui, dans la réalité des faits, occupe sans titre, avec un titre nul ou déchu, ou avec un autre titre, les fonctions propres d'administrateur et

los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría simple de los votos de los accionistas presentes o representados en la Junta, entendiéndose adoptado un acuerdo cuando obtenga más votos a favor que en contra del capital presente o representado. Se despeja así de una vez por todas las dudas interpretativas que en la práctica se suscitaban con la redacción anterior de la LSC.

MODIFICACIONES EN SEDE CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

Tal y como señala acertadamente la exposición de motivos de la Ley 31/2014, la experiencia adquirida en los últimos años ha demostrado la importancia que un Consejo de Administración bien gestionado tiene para las empresas y, muy especialmente, para las sociedades cotizadas. Y es que, desde hace un buen tiempo a esta parte venía siendo necesario mejorar nuestra regulación en materia de Gobierno Corporativo a este respecto. Esta vez el legislador no ha desaprovechado la ocasión y ha introducido sin duda importantes cambios en el régimen regulador del Consejo de Administración.

Se introduce por primera vez en nuestro derecho la regla norteamericana del « *Business Judgement Rule* » bajo la denominación de la « Protección de la discrecionalidad empresarial ». La nueva redacción de la LSC establece con carácter general que en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido si el administrador en cuestión ha actuado: (i) de buena fe; (ii) sin interés personal en el asunto objeto de decisión; (iii) con información suficiente; y (iv) con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.

Adicionalmente, la Ley 31/2014 ha tipificado de forma precisa los deberes de diligencia y lealtad y los procedimientos que se deben seguir en caso de conflicto de interés. En cuanto al deber de diligencia, se varía la regulación actual de forma que sea necesario modular este deber en función de las labores encomendadas a cada administrador y considerando de alguna manera la división del trabajo dentro del Consejo. En relación con el deber de lealtad se modifica el régimen actual subsanando ciertas deficiencias detectadas en su aplicación y en concreto: (i) se reformula la definición del deber genérico, y se ordena y describe las obligaciones derivadas del deber genérico de lealtad, completando el catálogo actual (especialmente en materia de conflictos de interés) y reglamentando el régimen de dispensa de las prohibiciones; (ii) se extiende el deber de lealtad a los administradores de hecho; y (iii) se amplía el alcance de la sanción más allá del resarcimiento del daño causado para comprender la devolución del enriquecimiento obtenido con la infracción.

La reforma también ha introducido importantísimos cambios en el régimen de responsabilidad de los administradores, extendiéndose su ámbito de aplicación subjetivo. Así, los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la Ley o a los Estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa: la Ley 31/2014 ha introducido por tanto un importante elemento subjetivo que será clave para exigir la responsabilidad de los administradores.

En cuanto los administradores de hecho, la reforma se ha lanzado a definir el concepto entendiendo que será administrador de hecho la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad, incluyendo en algunos casos



sous les ordres de qui agiront les administrateurs de la société, y inclus dans certains cas les personnes qui détiennent la haute direction de la société. Il est précisé, de plus, que la personne physique désignée pour l'exercice permanent des fonctions propres d'un administrateur personne juridique sera soumise aux mêmes conditions et obligations que les administrateurs et sera responsable solidairement avec la personne juridique administratrice qu'elle représente.

Il existe aussi une importante nouveauté dans le renforcement du régime de délégation des facultés du Conseil d'Administration en établissant une liste assez détaillée des facultés qui dans aucun cas ne pourront être cédées à la Commission Exécutive ou Déléguée ou à un ou plusieurs administrateurs délégués.

En ce qui concerne le fonctionnement du Conseil, les obligations des administrateurs qui désormais devront se réunir, au moins, une fois par trimestre et seront obligés à assister aux réunions du Conseil (ils l'étaient déjà en ce qui concerne les réunions de l'Assemblée Générale), ont été amplifiées. Pour éviter un affaiblissement de la capacité effective d'exercice des facultés de supervision, les administrateurs non exécutifs des sociétés cotées pourront déléguer uniquement en un autre administrateur non exécutif. De plus, il est garanti que tous les administrateurs recevront avec un délai d'anticipation suffisant, l'ordre du jour de la réunion et l'information nécessaire pour la délibération et l'adoption d'accords.

En ce qui concerne la composition du Conseil d'Administration des sociétés cotées, il y a deux principales nouveautés prévues dans la figure du président : il est établi de façon expresse ses fonctions et le fait que, quand le président aura la condition d'administrateur exécutif, le Conseil d'Administration devra nommer nécessairement un administrateur coordinateur parmi les administrateurs indépendants pour faire contrepoids. D'autre part, la réforme prévoit aussi les fonctions du secrétaire du Conseil, les différentes catégories d'administrateurs et, limite le délai maximum du mandat de ces derniers à une période maximale de quatre ans (face au six qui étaient prévus de façon générale). D'un autre côté, il a été prévu la possibilité pour le Conseil d'Administration de constituer des commissions spécialisées, l'existence d'une commission d'audit, et d'une ou deux commissions séparées de nominations et de rétributions, étant obligatoire. Dans les deux cas, les commissions seront composées uniquement par des administrateurs non exécutifs et ayant comme président un administrateur indépendant.

Pour finir et pas moins important étant donné le contexte de crise d'où nous venons, la Loi 31/2014 a modifié aussi le régime de la rétribution des administrateurs en configurant les principes de la politique de rémunération des sociétés de capitaux. A ce sujet, elle oblige : (i) à que la rémunération des administrateurs soit raisonnable, en accord avec la situation économique de la société et avec les fonctions et les responsabilités attribuées ; et (ii) à que le système de rémunération soit orienté à promouvoir la rentabilité et la soutenabilité de la société à long terme et intègre des précautions nécessaires pour éviter la prise de risques excessive.

De même, la réforme prévoit la façon, décidée par le Conseil d'Administration, de rémunérer les administrateurs délégués et les administrateurs avec des fonctions exécutives. A ce sujet, la signature d'un contrat entre l'administrateur et la société sera nécessaire, qui devra être approuvé par les deux tiers du Conseil (avec l'abstention de l'administrateur en question) et être en accord avec la politique de rémunération approuvée par l'Assemblée tous les trois ans. Tous les concepts de rétribution perçus par l'administrateur dans l'exercice de ses fonctions exécutives devront être détaillés dans ce contrat.

à las personas que ostenten la alta dirección de la sociedad. Adicionalmente, se aclara que la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica estará sometida a los mismos requisitos y deberes que los administradores y será responsable solidaria junto con la persona jurídica administradora a la que representa.

Otra importante novedad consiste en el reforzamiento del régimen de delegación de las facultades del Consejo de Administración, estableciéndose una lista bastante detallada de facultades que en ningún caso podrán ser delegadas a la Comisión Ejecutiva o Delegada o a uno o varios consejeros delegados.

En relación al funcionamiento del Consejo, se amplían las obligaciones de los consejeros que en adelante deberán reunirse, al menos, una vez al trimestre y estarán obligados a acudir a las reuniones del Consejo (ya lo estaban respecto de las reuniones de la Junta General). En cuanto a las sociedades cotizadas, para evitar que se pueda debilitar la capacidad efectiva de ejercicio de las facultades de supervisión, se regula que, en caso de representación para la asistencia a un Consejo, los consejeros no ejecutivos sólo podrán delegar en otro consejero no ejecutivo. Además se garantiza que todos los consejeros recibirán con antelación suficiente el orden del día de la reunión y la información necesaria para la deliberación y la adopción de acuerdos.

En cuanto a la composición del Consejo de Administración de las sociedades cotizadas dos son las principales novedades que se prevén en la figura del presidente: se contemplan de forma expresa sus funciones y se establece que, cuando el presidente tenga la condición de consejero ejecutivo, el Consejo de Administración deberá nombrar necesariamente un consejero coordinador entre los consejeros independientes que ejerza de contrapeso. Por otra parte, la reforma también entra a regular las funciones del secretario del Consejo, las distintas categorías de consejeros, así como limita el periodo máximo de mandato de éstos, que no debe exceder de cuatro años (frente a los seis que, con carácter general, se establecían previamente). Por otro lado, se prevé la posibilidad de que el Consejo de Administración pueda constituir comisiones especializadas, siendo obligatoria la existencia de una comisión de auditoría y de una, o dos comisiones separadas, de nombramientos y retribuciones. En ambos casos, las comisiones estarán compuestas únicamente por consejeros no ejecutivos, recayendo siempre la presidencia en un consejero independiente.

Por último y no menos importante dado el contexto de crisis del que venimos, la Ley 31/2014 ha modificado también el régimen de la retribución de los administradores configurando los principios rectores de la política de remuneraciones de las sociedades de capital. A este respecto obliga: (i) a que la remuneración de los administradores sea razonable, acorde con la situación económica de la sociedad y con las funciones y responsabilidades que les sean atribuidas; y (ii) a que el sistema de remuneración esté orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad de la sociedad en el largo plazo e incorpore las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos.

Asimismo, la reforma regula la manera de retribuir a los consejeros delegados y a los consejeros a los que se les atribuyan funciones ejecutivas, que deberá ser decidida por el Consejo de Administración. A este respecto, será necesario que se firme un contrato entre el consejero y la sociedad, el cual deberá estar aprobado por dos tercios del Consejo (con la abstención del consejero interesado) y ser conforme con la política de retribuciones que apruebe la Junta General cada tres años. En dicho contrato se deberán detallar todos los conceptos retributivos que recibirá el consejero por el desempeño de sus funciones ejecutivas.



NOUVEAU RÉGIME DE CONTESTATION DES ACCORDS SOCIAUX

En ce qui concerne le régime juridique pour contester les accords sociaux, la réforme a éliminé la distinction classique existant dans le cadre des sociétés entre accords nuls ou annulables et l'a remplacé par la notion d'*accord contestable*. Ce nouveau régime général d'annulation prévoit un délai de prescription de trois mois pour les sociétés cotées et d'un an pour le reste (et avec la seule exception des accords contraires à l'ordre public qui sont considérés imprescriptibles).

De plus, les cas susceptibles de contestation ont été élargis, de telle façon que pourront être contestés les accords sociaux contraires à la Loi, aux Statuts ou au Règlement de l'Assemblée de la société ou portant atteinte à l'intérêt social au bénéfice d'un ou plusieurs associés ou de tiers.

De même, la réforme a prétendu aller encore un peu plus loin en signalant qu'un accord sera contraire à l'intérêt social lorsqu'il aura été imposé de façon abusive par la majorité, et ceci même s'il n'a pas porté préjudice à l'intérêt social. Ça sera le cas, lorsque, sans répondre à aucun besoin raisonnable de la société, il aura été adopté par la majorité dans son propre intérêt et au détriment des autres associés. Même si la Loi a défini ce concept, les juges devront étudier cas par cas si l'intérêt social a subi un préjudice par l'adoption d'un accord.

Cette réglementation a été complétée avec une liste d'accords qui ne peuvent pas être contestés : (i) lorsqu'il n'aura plus d'effet ou aura été remplacé correctement par un autre accord adopté avant ou après la contestation ; (ii) à cause du non-respect de certaines conditions de forme ; (iii) à cause d'incorrections ou d'insuffisance dans l'information facilitée par la société pour répondre à l'exercice du droit d'information exercé avant la célébration de l'Assemblée Générale, sauf si cette information était essentielle pour l'exercice raisonnable du droit de vote ou de participation de la part de l'associé ou actionnaire moyen ; (iv) à cause de la participation dans la réunion de personnes non légitimées, sauf si cette participation était déterminante pour la constitution valable de l'organe, et (v) à cause de l'invalidité de un ou plusieurs votes ou le décompte erroné des votes exprimés, sauf si le vote non valide ou l'erreur dans le décompte auraient été déterminants pour l'obtention de la majorité exigible.

Pour finir, la Loi 31/2014 limite la légitimation pour contester les accords sociaux aux associés qui représentent au moins le 1% du capital social (un pour mille dans le cas des sociétés cotées), sauf pour les accords contraires à l'ordre public qui pourront être contestés par n'importe quel associé.

NUEVO RÉGIMEN DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES

Por lo que se refiere al régimen jurídico de la impugnación de los acuerdos sociales, la reforma elimina la clásica distinción entre acuerdos nulos o anulables en el ámbito societario, sustituyéndose por la noción de *acuerdo impugnabile*. Este nuevo régimen general de anulación prevé un plazo de caducidad de tres meses para las sociedades cotizadas y de un año para el resto (y con la única excepción de aquellos acuerdos contrarios al orden público que se reputan imprescriptibles).

Además, se amplían los supuestos de impugnabilidad, de forma que serán impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los Estatutos o al Reglamento de la Junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

Asimismo, la reforma ha pretendido dar un paso más señalando que un acuerdo será contrario al interés social cuando, aún sin causar un daño al patrimonio social, se imponga de manera abusiva por la mayoría, entendiéndose por esto, cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios. Aun cuando en la Ley se defina este concepto, los jueces deberán valorar caso por caso si el interés social se ha dañado por la adopción de algún acuerdo.

Esta regulación se complementa con unas previsiones de acuerdos que no son impugnables: (i) cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro adoptado antes o después de interpuesta la demanda de impugnación; (ii) por infracción de determinados requisitos meramente procedimentales; (iii) por incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información ejercido antes de la celebración de la Junta General, salvo que dicha información hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio de sus derechos de voto y/o de participación, (iv) por la participación en la reunión de personas no legitimadas, salvo que esa participación hubiera sido determinante para la válida constitución del órgano, y (v) por la invalidez de uno o varios votos o el cómputo erróneo de los emitidos, salvo que el voto inválido o el error de cómputo hubieran sido determinantes para la consecución de la mayoría exigible.

Por último, la Ley 31/2014 restringe la legitimación para impugnar acuerdos sociales a socios que representen al menos el uno por ciento del capital social (uno por mil en el caso de las sociedades cotizadas), salvo acuerdos que sean contrarios al orden público, en cuyo caso cualquier socio podrá impugnarlo.

"La Chambre Franco-Espagnole de Commerce et d'Industrie - "La Chambre" - et les auteurs des "Cahiers Juridiques" publiés avec ce bulletin, ont cherché à ce que toutes les informations qui y figurent soient conformes aux dispositions juridiques existant à la date de clôture de ce bulletin. Ils ne peuvent pas garantir que ça sera le cas ou que les opinions ou les interprétations qui sont reprises dans les "Cahiers Juridiques" soient nécessairement appropriés ou susceptibles d'être évaluées d'une manière différente ou interprétées autrement par des tiers ou par les parties concernées par cette analyse et/ou interprétation.

Les "Cahiers Juridiques" sont diffusés à titre informatif exclusivement. Ainsi, ni "La Chambre" ni les auteurs des "Cahiers Juridiques" assument aucune responsabilité quant aux contenus, aux opinions et interprétations figurant dans ceux-ci. Ils ne se responsabilisent pas pour les dommages et intérêts qu'ils pourraient causer à ceux qui font usage de cette information et/ou cessent (s'abstiennent) d'agir ou agissent suite à une information contenue dans cette publication. "La Chambre" rappelle à ses lecteurs l'intérêt de se faire assister par un conseil légal de qualité et indépendant toujours adapté à leurs besoins."

"La Cámara Franco-Española de Comercio e Industria - "La Chambre" - y los autores de los "Cuadernillos Jurídicos" publicados con esta Revista, han procurado que todas las informaciones contenidas en los mismos se ajustan a las disposiciones legales existentes en la fecha de cierre de la edición, pero no pueden garantizar que tal sea el supuesto ni que las opiniones o interpretaciones que se vierten en los "Cuadernillos Jurídicos" sean necesariamente adecuadas o susceptibles de ser analizadas de manera distinta o interpretadas de otro modo por terceros o por quien compete dicho análisis y/o interpretación.

Los "Cuadernillos Jurídicos" se divulgan a efectos exclusivamente informativos. Así, ni "La Chambre" ni los autores de los "Cuadernillos Jurídicos" asumen responsabilidad alguna por los contenidos de los mismos, ni las opiniones e interpretaciones que en ellos aparecen, ni asumen por tanto responsabilidad alguna por pérdidas y/u otros perjuicios, cualesquiera que sean, que pudieran ocasionarse a quienes hagan uso de estas informaciones y/o actúen o dejen de actuar al amparo o como consecuencia de alguna información contenida en esta publicación. "La Chambre" recuerda a sus lectores la necesidad de obtener un asesoramiento legal de calidad e independiente en cada caso, adaptado a sus necesidades."

Clauses d'échéance anticipée dans les
contrats de financement. très utilisées
mais, sont-elles toujours utiles

Las cláusulas de vencimiento anticipado en
contratos de financiación. Muy utilizadas
pero ¿siempre útiles?

CUADERNILLOS JURÍDICOS

Texto: Comité Jurídico de la Cámara Franco-Española
Tfno. 91 307 21 00 - www.lachambre.es

Clauses d'échéance anticipée dans les contrats de financement. tres utilizadas mais, sont-elles toujours utiles?

Introduction

Dans la pratique du conseil auprès des établissements financiers, et plus spécifiquement auprès des établissements étrangers, nous trouvons des contrats très standardisés. Ceci entraîne un certain confort pour établir une relation créditrice, puisque toutes les conditions suspensives, les causes d'échéance anticipée et les cause de résolution seront toujours plus ou moins identiques, mais entraîne certains problèmes qui ne voient le jour que lorsque ces contrats passent devant un tribunal ou au Registre Foncier.

Dans de nombreuses occasions, les deux parties du contrat ont perdu beaucoup de temps en négociant arduement des clauses dans les contrats, lesquelles, à l'heure de la vérité, c'est-à-dire, lorsque ces clauses ont dû être exécutées, n'ont pas été acceptées par les tribunaux ou le Registre Foncier ou, du moins, n'ont pas eu la même validité devant ceux-ci que celle accordée par les parties.

Si bien cette problématique est certainement très large, ce commentaire décrira simplement la validité des clauses d'échéance anticipée et les problèmes pouvant survenir au moment d'inscrire les garanties hypothécaires incluses normalement dans les contrats de financement.

1.- Validité des clauses d'échéance anticipée

Habituellement, les contrats de financement ont un large éventail de causes d'échéance anticipée qui peuvent entraîner le paiement par le débiteur de la totalité de la dette en cas de non-respect d'une de ces obligations. Deux problèmes surgissent : est-ce que les clauses d'échéance anticipée sont valables dans notre droit ? Et, dans l'affirmative, peuvent-elles faire référence à n'importe quel non-respect ?

En ce qui concerne la validité des clauses d'échéance anticipée dans les contrats de prêt, malgré l'existence d'un arrêt isolé de la Cour de Cassation qui fait référence à un cas spécifique et qui a introduit certains doutes, aujourd'hui il n'existe vraisemblablement aucune polémique à ce sujet et l'existence de ces clauses est acceptée.

Nonobstant, ce qui pose plus de problèmes est de déterminer si n'importe quel type de clause d'échéance anticipée est valable et exécutable face au non-respect du débiteur. Dans ce sens, il faut rappeler que les clauses d'échéance anticipée des contrats de financement ont fréquemment une

sinergias

Cláusulas de vencimiento anticipado en contratos de financiación. Muy utilizadas pero ¿siempre útiles?

Introducción

A la hora de asesorar a instituciones financieras, especialmente aquellas que son extranjeras, nos encontramos con unos contratos altamente estandarizados. Si bien esto supone cierta comodidad a la hora de entablar una relación crediticia, pues todas las condiciones suspensivas, causas de vencimiento anticipado y causas de resolución serán siempre más o menos idénticas, plantea ciertos problemas que sólo salen a la luz cuando dichos contratos deben pasar un juzgado o un Registro de la Propiedad.

Como es obvio, no son pocas las ocasiones que ambas partes han perdido el tiempo negociando arduamente cláusulas en los contratos que, llegado el momento de la verdad, es decir, cuando se deben ejecutar dichas cláusulas, nos encontramos con que ningún juzgado o Registro de la Propiedad las acepta o, cuanto menos, no les da la misma validez que en su día pactaron las partes.

Si bien el tema es ciertamente amplio, el presente comentario simplemente describirá la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado y los problemas que pueden surgir a la hora de inscribir las garantías hipotecarias que suelen incluirse en los contratos de financiación.

1. Validez de las cláusulas de vencimiento anticipado

Es habitual que los contratos de financiación contengan un largo elenco de causas de vencimiento anticipado que harán que el deudor deba abonar el total de la deuda en caso de incumplimiento de alguna de dichas obligaciones. Esto plantea dos problemas, ¿son válidas las cláusulas de vencimiento anticipado de los préstamos en nuestro derecho? Y en caso afirmativo, ¿pueden referirse a cualquier incumplimiento?

Con respecto a la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo, si bien pudo haber alguna sentencia aislada del Tribunal Supremo, en referencia a un caso específico, que introdujo algún tipo de dudas, hoy en día no parece existir ninguna polémica al respecto y la existencia de dichas cláusulas es aceptada.

No obstante, lo que sí plantea más problemas es si cualquier tipo de cláusula de vencimiento anticipado es válida y ejecutable ante un incumplimiento por parte del deudor. En este sentido, hay que recordar que las causas de vencimiento anticipado de los contratos de financiación suelen



liste presque interminable d'actions que le débiteur doit exécuter ou s'abstenir de faire. Cette liste inclut habituellement, non seulement le fait de présenter de façon régulière de l'information sur l'évolution de l'activité mais aussi le fait de s'abstenir d'obtenir d'autres endettements ultérieurs ou de ne pas le faire dans des meilleures conditions que celles accordées au premier créancier, limiter la mise à disposition de l'actif, établir l'utilisation qui sera faite de la trésorerie, empêcher la modification de l'activité du débiteur, etc...

De plus, étant donné les compétences octroyées aux entités financières dans les contrats de financement, dans lesquels le pouvoir de décision du débiteur est limité de façon importante en ce qui concerne des questions essentielles de son activité, il y a même eu des tentatives d'agir en tant qu'administrateur de fait (ex. le cas AIFOS). Il est vrai que l'arrêt du Tribunal de Commerce de Madrid n° 5, en date du 3 juin de 2014, a clarifié d'une certaine façon que, le rôle des entités financières qui simplement, surveillent et exigent le respect du contrat souscrit avec le débiteur en défense de leurs intérêts légitimes, ne doit pas se confondre avec la direction et le développement de l'activité de l'entreprise et ne doivent donc pas être considérées comme des administrateurs de fait.

Un autre problème serait de considérer que l'exercice abusif des conditions établies dans le contrat pourrait entraîner des dommages à la société ou à ses autres créanciers et si ces dommages sont indemnisables.

Dans tous les cas, en ce qui concerne la validité des clauses d'échéance anticipée, la jurisprudence a été claire en établissant que :

"[...] La jurisprudence plus récente a déclaré en accord avec l'art.1255 CC, la validité des clauses d'échéance anticipée dans les prêts lorsqu'il est démontré une cause juste et un clair et manifeste abandon des obligations essentielles comme le non-respect par le prestataire de l'obligation de paiement des quotes-parts d'amortissement du prêt". (Voir, SSTS 2599/2008; 8466/2009; 792/2009, 515/2011 et la jurisprudence qui y est indiquée).

En conséquence, si les clauses d'échéance anticipée ont bien été acceptées, leur efficacité est limitée à l'existence d'une « cause juste », définie comme un « clair et manifeste abandon des obligations essentielles ». Il est donc plus que probable que certaines clauses d'échéance anticipée ne soient pas acceptées dans la pratique si elles font référence à des questions qui peuvent être considérées comme accessoires ou non essentielles. En d'autres mots, tant que le débiteur fera face à son obligation principale, c'est-à-dire, le paiement du prêt ou crédit, et que d'autres circonstances réellement graves ne se soient pas avérées, il sera très difficile d'obtenir l'échéance anticipée du contrat même en cas de non-respect de certaines des obligations prévues dans le contrat.

La question indiquée par la jurisprudence sur la nécessité d'un abandon des obligations essentielles pour que l'échéance anticipée d'un contrat soit valable peut entraîner des problèmes pratiques. Il faut tenir compte que si un établissement financier prétend déclarer l'échéance anticipée pour le non-respect d'obligations accessoires, elle ne le fait pas de façon

ser un número casi interminable de acciones que el deudor debe ejecutar o abstenerse de hacer y que suelen incluir, no sólo aportar de manera regular información sobre el devenir de su negocio sino también abstenerse de obtener ulteriores endeudamientos o no hacerlo en mejores condiciones que las otorgadas al acreedor originario, limitar la disposición de sus activos, establecer el uso que se dará a la tesorería, impedir que se modifique la actividad del deudor, etc.

Es más, dadas las facultades otorgadas en los contratos de financiación a las entidades financieras, en los que se ve sustancialmente mermada la capacidad de decisión del deudor sobre cuestiones esenciales en su actividad, ha habido intentos de atribuirles la condición de administrador de hecho (ej. Caso AIFOS). Bien es cierto que la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid N° 5 de 3 de junio de 2014 ha venido a clarificar en cierta forma, que el papel de las entidades financieras que simplemente supervisan y exigen el cumplimiento de un contrato suscrito con el deudor en defensa de sus legítimos intereses, no debe confundirse con la dirección y desarrollo de la actividad empresarial y por tanto, no deben ser consideradas como administradores de hecho.

Otra cuestión sería si se puede considerar que el ejercicio abusivo de las establecidas en el contrato podría dar lugar a un daño a la sociedad o los demás acreedores de la misma y si dicho daño es indemnizable.

En todo caso, en lo que se refiere a la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, la jurisprudencia ha sido clara al establecer que:

"[...] La doctrina jurisprudencial más reciente ha declarado son base en el art. 1255 CC la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concurra justa causa- verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo". (Ver, por todas, SSTS 2599/2008; 8466/2009; 792/2009, 515/2011 y la jurisprudencia que en ellas se cita).

Por tanto, si bien se aceptan las cláusulas de vencimiento anticipado queda limitada su eficacia a que exista "justa causa", que se define como una "verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial". Así pues, es más que probable que algunas de las cláusulas de vencimiento anticipado no sean aceptadas en la práctica si conciernen a cuestiones que pueden ser consideradas como accesorias o no esenciales. En otras palabras, mientras el deudor siga haciendo frente su obligación principal, es decir, el repago del préstamo o crédito, y no se den otras circunstancias realmente graves, será muy difícil obtener el vencimiento anticipado del contrato en cuestión aunque se hayan incumplido determinadas obligaciones estipuladas en el mismo.

Esta cuestión que apunta la jurisprudencia sobre la necesidad de una dejación de obligaciones de carácter esencial para el válido vencimiento anticipado de un contrato, puede traer consigo problemas de tipo práctico. Hay que tener en cuenta que si una institución financiera pretende el vencimiento anticipado por el incumplimiento de lo que podrían ser obligaciones accesorias, no lo hace por mero capricho sino porque entiende



capricieuse mais parce qu'elle considère que ce non-respect est le prélude d'une situation de crise du débiteur qui fera très difficile le remboursement de la dette dans le futur.

Nonobstant, si bien dans le cas d'un prêt il pourrait être envisagé l'échéance anticipée et le début d'une procédure judiciaire pour obtenir le paiement des sommes dues sans aucun autre contretemps que les délais judiciaires, dans le cas d'un contrat de crédit, si le créancier considère que certaines obligations n'ont pas été respectées et empêche que le débiteur accède au crédit sur la base d'un non-respect des clauses d'échéance anticipée, il pourrait se trouver avec le fait que le débiteur argumente qu'il s'agit d'obligations accessoires ou non essentielles et demande une indemnité pour les dommages causés, si, par exemple, il arrive à démontrer que l'arrêt de la mise à disposition du crédit l'a mis dans une situation critique (par exemple, la cessation de certains paiements).

En conséquence, dans un tel cas, le créancier se trouve face à un dilemme très difficile à résoudre. Il devra, soit, continuer à accepter la mise à disposition d'une ligne de crédit à un débiteur qui ne respecte pas des obligations contractuelles, même si elles peuvent être considérées comme non essentielles (ce qui entraînera un conflit avec les normes de contrôle de risques interne de l'établissement financier), soit, couper le crédit en risquant la réclamation d'une indemnité.

2.- Un autre problème : les garanties hypothécaires

Il paraît évident qu'un des principaux problèmes dans n'importe quelle transaction de crédit se trouve dans les garanties octroyées par le débiteur puisque, normalement, son exécution sera la seule option de récupérer la dette en cas de non-paiement. Dans ce sens, le plus courant est de prévoir des garanties hypothécaires dans les contrats de financement, ce qui entraîne d'autres problèmes comme l'inscription au registre foncier des clauses d'échéance anticipée.

Au cours de ces dernières années, il y a eu une certaine polémique au sein des registres en ce qui concerne l'interprétation de la nouvelle rédaction de l'article 12 de la Loi Hypothécaire prévue par la Loi 41/2007, en date du 7 janvier. L'analyse d'un tel article et ses implications dépasse largement l'objet de ce travail, c'est pourquoi nous optons pour assumer ce qui paraît être le critère actuel des Registres et qui se résume dans la RDGRN en date du 21 octobre 2010 et du 11 janvier 2011.

"...[les] «clauses d'échéance anticipée et autres clauses financières» auxquelles fait référence le deuxième paragraphe de l'article 12 cité doivent être inscrites dans le Registre Foncier, si et seulement si le Greffier a qualifié favorablement les autres qui, parce qu'elles configurent le droit d'hypothèque, ont une transcendance réelle. La deuxième est que le reflet dans le registre de telles clauses s'effectuera nécessairement dans les termes prévus dans le contrat d'hypothèque, à moins que sa nullité ait été déclarée dans un arrêt ou soit contraire à une norme impérative ou d'interdiction rédigée dans des termes clairs et concrets, sans que le greffier puisse réa-

que dichos incumplimientos son la antesala de una situación de crisis del deudor que hará muy difícil el repago de la deuda en un futuro.

No obstante, si bien en el caso de un préstamo se podría pretender el vencimiento anticipado e iniciar actuaciones judiciales para obtener el repago de las cuantías debidas sin más inconveniente que la tardanza judicial, en el caso de un contrato de crédito, si el acreedor considera que se han incumplido determinadas obligaciones y evita que el deudor acceda a la parte no dispuesta del crédito sobre la base de un incumplimiento de las cláusulas de vencimiento anticipado, se podría encontrar con que el deudor argumentase que las obligaciones incumplidas son de carácter accesorio o no esencial y solicitase una indemnización por los daños causados si, por ejemplo, pudiese probar que la falta de disposición del crédito le ha llevado a una situación gravosa (v.gr. cesación en determinados pagos).

Por tanto, ante un supuesto de este tipo, el acreedor se encuentra en una disyuntiva de muy difícil solución. Esto es, continuar aceptando la disposición de una línea de crédito por parte de un deudor que está incumpliendo obligaciones contractuales, aunque pueden llegar a considerarse de carácter no esencial (lo que normalmente chocará con las normas internas de control de riesgos de la institución financiera) o cortar el crédito arriesgándose a una reclamación indemnizatoria.

2. Otro problema añadido: las garantías hipotecarias

Es obvio que uno de los principales problemas en cualquier transacción crediticia se centra en las garantías que se otorgan por parte del deudor dado que, normalmente, su ejecución será la única opción de recuperar la deuda ante un impago. En este sentido, lo más habitual en los contratos de financiación es que existan garantías hipotecarias, lo cual plantea otro tipo de problemas como es la inscripción en el registro de la propiedad de las cláusulas de vencimiento anticipado.

Durante estos últimos años ha existido cierta polémica registral sobre la interpretación de la nueva redacción del artículo 12 de la Ley Hipotecaria introducida por la Ley 41/2007 de 7 de enero. Dado que excede con mucho el propósito del presente trabajo el análisis de dicho artículo y las implicaciones que tiene, optaremos por asumir lo que parece ser el criterio actual de los Registros que se resume en las RDGRN de fecha 21 de octubre de 2010 y 11 de enero de 2011.

"...[las] «cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras» a las que se refiere el párrafo segundo del citado artículo 12 han de inscribirse en el Registro de la Propiedad, siempre y cuando el Registrador haya calificado favorablemente aquellas otras que, por configurar el contenido del derecho de hipoteca, tienen trascendencia real. La segunda es que el reflejo registral de tales cláusulas necesariamente se efectuará en los términos que resulten de la escritura de formalización de la hipoteca, a menos que su nulidad hubiera sido declarada mediante sentencia o fueran contrarias a una norma imperativa o prohibitiva redactada en términos claros y concretos, sin que el Registrador pueda realizar cualquier



liser aucune évaluation des circonstances dans lesquelles a eu lieu un tel fait.”

Plus récemment, les RDGRN en date du 3 octobre 2014, très exhaustives dans l'analyse des clauses d'échéance anticipée, la possibilité d'inscription ainsi que l'invalidité d'un grand nombre d'entre elles (nous conseillons vivement leur lecture), ont confirmé ce qui précède.

Pour finir, et concernant l'objet concret du présent dossier, il est nécessaire de tenir compte de l'opposition face à des tiers des clauses d'échéances anticipée et, en conséquence, la possibilité de promouvoir l'exécution hypothécaire en se basant sur ces clauses. Pour cela, dans le cas où ces clauses auraient un vice de nullité (de même que si on prétend considérer comme opposables les clauses purement personnelles ou en cas de non-respect des conditions essentielles d'inscription), son inscription non seulement enfreindrait les principes fondamentaux du système d'enregistrement espagnol en autorisant l'accès au registre d'un type de clauses sans aucune efficacité face à des tiers (même entre les parties, en cas de nullité) mais, de plus, elle serait contraire à ce qui a été prévu par l'article 9 de la Loi Hypothécaire et, plus spécifiquement, à l'article 130 réformé de la même Loi. Tel que précisé par la doctrine du droit hypothécaire, pour savoir si un pacte a ou n'a pas une transcendance réelle, il faut considérer s'il conditionne ou ne conditionne pas l'action hypothécaire. Dans la mesure où l'accord d'échéance anticipée permet l'exercice de l'action hypothécaire il a une transcendance réelle.

Ceci entraînera un autre problème en ce qui concerne la qualification par le greffier et le manque d'inscription de certaines clauses d'échéance anticipée qui en découlerait. Dans ce sens, il existe un grand nombre de causes d'échéance anticipée très habituelles dans la pratique mais dont l'inscription est très incertaine ou impossible.

A titre d'exemple, et la liste pourrait être beaucoup plus longue, il est envisagé d'interdire d'inscrire :

• **L'obligation de ne pas louer ou disposer de la propriété** (voir RDGRN en date du 1^{er} octobre 2010, STS en date du 16 décembre 2009 et RDRGN en date du 16 août 2011). Dans ce sens, la RDGRN en date du 1^{er} octobre 2010 prévoit que :

“En ce qui concerne les clauses du contrat dans lesquelles il est interdit auprès du débiteur de vendre la propriété, la grever et la louer, et la prévision d'échéance anticipée dans ces cas, il faut confirmer la note du greffier.

En effet, ces pactes enfreignent des normes impératives comme les articles 27 (« les interdictions de disposer qui auront comme origine des actes ou contrats non compris dans l'article précédent, n'auront pas d'accès au Registre ») et 107 n° 3 de la Loi Hypothécaire (« Pourront aussi être hypothéqués : n° 3 Les biens hypothéqués précédemment même s'ils avaient un pacte de ne pas les hypothéqués une autre fois »).

Ces mêmes critères ont été confirmés par la Cour de Cassation (Sala primera) dans son arrêt en date du 16 décembre 2009. Plus concrètement :

a) En ce qui concerne les limitations de la faculté de disposer de l'hypothéqué (interdiction de vendre ou de disposer de n'importe quelle façon

tipo de actividad valorativa de las circunstancias en las que se desenvuelva el supuesto de hecho.”

Más recientemente, las RDGRN 3 de octubre de 2014, que sin duda son exhaustivas en el análisis de las cláusulas de vencimiento anticipado, la posibilidad de inscripción así como la invalidez de un gran número de ellas (se recomienda vivamente su lectura), han venido a confirmar lo anterior.

Por último, y en relación con el objeto concreto del presente expediente, resulta necesario tener en cuenta la oponibilidad frente a terceros de las cláusulas de vencimiento anticipado y, en consecuencia, la posibilidad de promover la ejecución hipotecaria con base en dichas cláusulas. Por ello, en caso de que tales cláusulas adoleciesen de un vicio de nulidad (lo mismo que si se pretendiese dotar de tal oponibilidad a las cláusulas meramente personales, o se incumplieran los requisitos esenciales de inscripción), su inscripción no sólo vulneraría los principios rectores del sistema registral español, al permitirse el acceso al Registro de un tipo de cláusulas carentes de eficacia alguna frente a terceros (en caso de nulidad, tampoco entre partes), sino que, además, resultaría contraria a lo establecido en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria y, muy en especial, al reformado artículo 130 del mismo cuerpo legal. Como ha destacado la doctrina hipotecarista, para saber si un pacto tiene o no transcendencia real, hay que atender a si condiciona o no de algún modo la acción hipotecaria. En la medida en que el pacto de vencimiento anticipado habilite el ejercicio de la acción hipotecaria tiene transcendencia real.

Esto supone que existirá un problema añadido cuando es la calificación del registrador y la consiguiente falta de inscripción de algunas cláusulas de vencimiento anticipado. En este sentido, existe un gran número de causas de vencimiento anticipado que son habituales en la práctica pero cuya inscripción es más que dudosa o imposible.

A modo de ejemplo, y el listado podría ser mucho más largo, se plantea determina la imposibilidad de inscribir:

• **La obligación de no arrendar o disponer de la finca** (ver. RDGRN 1 de octubre de 2010 y STS de 16 de diciembre de 2009 y RDRGN 16 de agosto de 2011). En este sentido, la RDGRN 1 de octubre de 2010 establece que:

“En cuanto a las cláusulas de la escritura en las que se prohíbe al deudor vender la finca, gravarla y arrendarla, y la previsión del vencimiento anticipado en estos casos, procede confirmar la nota del Registrador.

En efecto, estos pactos infringen normas imperativas como los artículos 27 («Las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos de los no comprendidos en el artículo anterior, no tendrán acceso al Registro...») y 107 n.º 3 de la Ley Hipotecaria («Podrán también hipotecarse: ... n.º 3 Los bienes anteriormente hipotecados, aunque lo estén con el pacto de no volverlos a hipotecar»).

Estos mismos criterios los ha confirmado el Tribunal Supremo (Sala primera) en su Sentencia de 16 de Diciembre de 2009. En concreto:

a) En cuanto a las limitaciones de la facultad dispositiva del hipotecante (prohibición de vender o disponer de cualquier otro modo salvo previo



sauf accord par écrit préalable du créancier), cet arrêt (vid. Treizième Fondement juridique) indique que « Dans notre système juridique il ne peut pas être établie, sauf lorsqu'il s'agit d'affaires juridiques à titre gratuit et même comme ça limitées dans le temps, des prohibitions conventionnelles d'aliénation des biens. Il en est différemment pour les obligations de ne pas disposer, qui n'ont pas de transcendance réelle et uniquement un contenu obligatoire, lesquelles, en fonction des circonstances, peuvent être acceptées et produire certains effets (obligatoires) », et considère que « on ne peut pas conditionner l'hypothèque avec une prohibition d'aliénation ».

• **L'échéance anticipée due à n'importe quel non-respect de ses obligations face au créancier par le débiteur** (RDGNR en date du 1^{er} octobre 2010). Sur ce point la résolution est très claire :

"9. En ce qui concerne la prévision indiquée dans la Clause Financière 2° sur la possibilité d'exiger le remboursement pour non-respect de n'importe quel obligation prévue dans le contrat (« n'importe quel non-respect de ses obligations du débiteur par rapport au créancier »), il faudra confirmer aussi la qualification du registre et, tel qu'indiqué dans l'arrêt de la Cour de Cassation en date du 16 décembre 2009 (vid. Vingtième Fondement Juridique), « il paraît disproportionné de considérer comme une cause de résiliation n'importe quel non-respect, puisqu'elle ne devrait être envisagée que lorsqu'il s'agit du non-respect d'une obligation pertinente et dans aucun cas accessoire ». La Cour rappelle la jurisprudence plus récente dans cette matière (vid. Arrêts du 9 mars 2001, 4 juillet et 12 décembre 2008) laquelle « admet uniquement la validité des clauses d'échéance anticipée lorsqu'il existe une cause juste qui relève d'un vrai et manifeste abandon des obligations essentielles, mais non pas lorsqu'il s'agit d'obligations accessoires ou des non-respect sans importance ». La Cour conclut que « le fait d'interpréter la clause autrement laisserait la résolution du contrat pratiquement à la seule volonté de l'Etablissement Financier, avec une situation de déséquilibre pour l'emprunteur, usager du service. »

• **Pour non-inscription, non-inscription dans un délai déterminé ou dénégation partielle** (STS du 16 décembre 2006). En ce sens, cet arrêt établit que « il ne faut pas responsabiliser exclusivement l'emprunteur du fait que l'hypothèque prévue ne puisse pas être constituée, même pour des raisons étrangères à lui-même, et ne prend pas en considération le fait que l'obligation d'effectuer les vérifications pertinentes avant de souscrire le prêt correspond à l'Etablissement Financier ».

• **L'échéance anticipée dans le cas d'une procédure associée à une saisie ou dans le cas d'un changement matériel adverse** (RDGRN du 8 juin 2011). A ce sujet, la Résolution établit que : « La clause 21.1.6 fait référence à l'initiation de n'importe quelle procédure associée à une saisie ou exécution des biens. Mais, comme indiqué dans l'Arrêt cité de la Cour de Cassation en date du 16 décembre 2009 dans son onzième fondement, « ceci signifie attribuer à l'établissement financier une faculté discrétionnaire de résiliation du contrat pour échéance anticipée disproportionnée, d'autant plus qu'il n'est même pas prévu une

consentimiento por escrito del acreditante), la citada Sentencia (vid. fundamento jurídico decimotercero) señala que «En nuestro ordenamiento jurídico no cabe establecer, salvo cuando se trata de negocios jurídicos a título gratuito y aún así limitadas en el tiempo, prohibiciones convencionales de enajenar los bienes. Otra cosa son las obligaciones de no disponer, que no tienen trascendencia real, y solo contenido meramente obligacional, que, según las circunstancias, pueden ser aceptadas y producir determinados efectos (obligacionales)», por lo que entiende que «no cabe condicionar a un hipotecante con una prohibición de enajenar».

• **El vencimiento anticipado ante cualquier incumplimiento del acreditado ante sus obligaciones frente al acreditante** (RDGRN de 1 de octubre de 2010). En este punto la citada resolución es muy clara:

"9. En cuanto a la previsión contenida en el la Cláusula Financiera 2° sobre posibilidad de exigir el reembolso por incumplimiento de cualquier obligación contenida en la escritura («cualquier incumplimiento del acreditado de sus obligaciones frente a la acreditante»), ha de confirmarse igualmente la calificación registral, por cuanto, como indica la reiterada Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Diciembre de 2009 (vid. fundamento jurídico vigésimo), «resulta desproporcionado atribuir carácter resolutorio a cualquier incumplimiento, pues solo cabe cuando se trata del incumplimiento de una obligación de especial relevancia y en ningún caso accesoria». Recuerda el Tribunal la doctrina jurisprudencial más reciente en la materia (vid. Sentencias de 9 de marzo de 2001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2008), que «sólo admite la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado cuando concurra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias, o incumplimientos irrelevantes». Concluyendo el Tribunal que «de entender de otro modo la cláusula, prácticamente se dejaría la resolución del contrato a la discrecionalidad de la Entidad Financiera, con manifiesto desequilibrio para el prestatario, usuario del servicio»."

• **Por no inscripción, no inscripción en plazo determinado o denegación parcial** (STS de 16 de diciembre de 2009). En este sentido, establece la citada sentencia, que: "no cabe hacer recaer exclusivamente sobre el prestatario la circunstancia de que la hipoteca prevista no se pueda constituir, incluso por motivos ajenos al mismo, y no tiene en cuenta que es de la Entidad Financiera la carga o diligencia de hacer las comprobaciones pertinentes en el Registro antes de suscribir el préstamo".

• **El vencimiento anticipado en caso de procedimiento que lleve aparejado un embargo o en caso de cambio material adverso** (RDGRN 8 de junio de 2011).a este respecto, al citada Resolución establece: "La cláusula 21.1.6 se refiere a la «iniciación» de cualquier procedimiento que lleve aparejado embargo o ejecución de los bienes. Ahora bien, como ha puesto de manifiesto la Sentencia citada del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 en su Fundamento undécimo, «ello supone atribuir a la entidad financiera una facultad discrecional de resolución del contrato por vencimiento anticipado desproporcionada, tanto más que ni siquiera se prevé la



possibilité pour l'emprunteur de constitution de nouvelles garanties. En conséquence, il ne s'agit pas d'exclure le fait que l'Etablissement Financier maintienne des garanties adéquates, mais d'éviter que n'importe quelle incidence négative dans le patrimoine de l'emprunteur, effective ou éventuelle, puisse servir d'excuse au professionnel pour exercer la faculté de résiliation contractuelle. Pour cela, la clause telle qu'elle est rédigée produit un déséquilibre contractuel et est illicite car elle est abusive. »

Hormis le fait que le pacte est étranger au crédit garanti et son effectivité ne diminue pas la garantie réelle et la préférence de l'hypothèque et, de ce point de vue, est contraire à ce qui a été prévu dans les articles 131 et 133 de la Loi Hypothécaire.

Pour les mêmes motifs indiqués, l'inscription du point 9 de la clause 21.1 relative au « changement matériel adverse » doit être rejetée. »

3.- Conclusion

Après ce que nous avons vu jusqu'à maintenant, il faut se demander si les clauses d'échéance anticipée que nous devons négocier arduement dans les contrats de financement servent à quelque chose.

A priori, il paraît que beaucoup de ces clauses n'ont pas de sens dans la pratique mais, réellement, nous devons comprendre que ces clauses ont été introduites dans les contrats non pas par un excès d'enthousiasme ni par négligence en utilisant des contrats standards, mais parce qu'il peut arriver que les parties aient convenu que ce type de faits étaient suffisants pour provoquer l'échéance anticipée d'un contrat.

Il est vrai que si certaines clauses peuvent s'avérer un peu exagérées, il faut considérer que nombre d'entre elles servent à anticiper une situation de crise économique du débiteur (saisie des biens, chute de certains ratios, l'excès d'endettement) qui ferait plus difficile la récupération du crédit ou, du moins, très peu conseillée le fait de continuer à lui donner des fonds (v. gr. montants non disponibles d'un crédit).

En conséquence, il faut admettre que si à l'heure de négocier ces contrats toutes les parties sont conscientes du fait les clauses d'échéance anticipée ne vont pas toujours avoir la validité souhaitée, ces clauses reflètent bien les conditions sous lesquelles le créancier est prêt à accorder un crédit au débiteur.

posibilidad para el prestatario de constitución de nuevas garantías. Por consiguiente, no se trata de excluir que la Entidad Financiera mantenga las garantías adecuadas, sino de evitar que cualquier incidencia negativa en el patrimonio del prestatario, efectiva o eventual, pueda servir de excusa al profesional –predisponerte– para ejercitar la facultad resolutoria contractual. Por ello, la cláusula tal y como está redactada produce un manifiesto desequilibrio contractual, y resulta ilícita por abusiva.»

Aparte de que tal pacto es ajeno al crédito garantizado y su efectividad no disminuye la garantía real y la preferencia de la hipoteca y, desde este punto de vista es contrario a lo dispuesto en los artículos los artículos 131 y 133 de la Ley Hipotecaria.

Por los mismos motivos indicados debe rechazarse la inscripción del apartado 9 de la cláusula 21.1 relativa al «cambio material adverso»."

3. Conclusión

Después de lo visto hasta ahora cabe preguntarse ¿sirven para algo todas las cláusulas de vencimiento anticipado que solemos negociar de forma tan cansina en los contratos de financiación?

A priori, parece que muchas de ellas carecen de sentido en la práctica pero realmente, cuando se han introducido ese tipo de cláusulas en los contratos debemos entender que se hace, no por un exceso de entusiasmo, ni por dejadez al utilizar contratos estandarizados sino que también puede ser que las partes hayan convenido que ese tipo de hechos son suficientes para provocar el vencimiento anticipado de un contrato. Es cierto que, si bien algunas de las causas pueden resultar un tanto exageradas, hay que tener en cuenta que muchas de ellas sirven para anticipar una situación de crisis económica del acreditado (embargo de bienes, caída de determinados ratios, el exceso de endeudamiento) que hará más difícil la recuperación del crédito o, al menos, muy poco aconsejable el continuar dando fondos al mismo (v.gr. cuantías no dispuestas de un crédito).

Por lo tanto, si bien hay que admitir que a la hora de negociar dichos contratos todas las partes sabemos que no siempre las cláusulas de vencimiento anticipado van a tener la vigencia deseada, sí reflejan las condiciones bajo las cuales el acreedor está dispuesto a dar crédito al deudor.

"La Chambre Franco-Espagnole de Commerce et d'Industrie - "La Chambre " - et les auteurs des " Cahiers Juridiques " publiés avec ce bulletin, ont cherché à ce que toutes les informations qui y figurent soient conformes aux dispositions juridiques existant à la date de clôture de ce bulletin. Ils ne peuvent pas garantir que ça sera le cas ou que les opinions ou les interprétations qui sont reprises dans les " Cahiers Juridiques " soient nécessairement appropriés ou susceptibles d'être évaluées d'une manière différente ou interprétées autrement par des tiers ou par les parties concernées par cette analyse et/ou interprétation.

Les " Cahiers Juridiques " sont diffusés à titre informatif exclusivement. Ainsi, ni " La Chambre " ni les auteurs des " Cahiers Juridiques " assument aucune responsabilité quant aux contenus, aux opinions et interprétations figurant dans ceux-ci. Ils ne se responsabilisent pas pour les dommages et intérêts qu'ils pourraient causer à ceux qui font usage de cette information et/ou cessent (s'abstiennent) d'agir ou agissent suite à une information contenue dans cette publication. " La Chambre " rappelle à ses lecteurs l'intérêt de se faire assister par un conseil légal de qualité et indépendant toujours adapté à leurs besoins."

"La Cámara Franco-Española de Comercio e Industria – "La Chambre" – y los autores de los "Cuadernillos Jurídicos" publicados con esta Revista, han procurado que todas las informaciones contenidas en los mismos se ajustan a las disposiciones legales existentes en la fecha de cierre de la edición, pero no pueden garantizar que tal sea el supuesto ni que las opiniones o interpretaciones que se vierten en los "Cuadernillos Jurídicos" sean necesariamente adecuadas o susceptibles de ser analizadas de manera distinta o interpretadas de otro modo por terceros o por quien compete dicho análisis y/o interpretación.

Los "Cuadernillos Jurídicos" se divulgan a efectos exclusivamente informativos. Así, ni "La Chambre" ni los autores de los "Cuadernillos Jurídicos" asumen responsabilidad alguna por los contenidos de los mismos, ni las opiniones e interpretaciones que en ellos aparecen, ni asumen por tanto responsabilidad alguna por pérdidas y/u otros perjuicios, cualesquiera que sean, que pudieran ocasionarse a quienes hagan uso de estas informaciones y/o actúen o dejen de actuar al amparo o como consecuencia de alguna información contenida en esta publicación. "La Chambre" recuerda a sus lectores la necesidad de obtener un asesoramiento legal de calidad e independiente en cada caso, adaptado a sus necesidades."



Principales mesures des Lois de Finances pour 2015 intéressant les investisseurs étrangers

Principales medidas adoptadas por la ley
presupuestaria para 2015 pudiendo
interesar a los inversores extranjeros.

CUADERNILLOS JURÍDICOS

Texto: Comité Jurídico de la Cámara Franco-Española
Tfno. 91 307 21 00 - www.lachambre.es

Principales mesures des Lois de Finances pour 2015 intéressant les investisseurs étrangers

Par **Jessie Gaston**
Avocat à la Cour, Associé
Dentons Paris

Le cru 2015 des Lois de finances françaises se voulait très modeste de mesures favorables à l'investissement, au vu de l'absence de baisse du déficit structurel de la France au cours de l'année 2014 et du peu de marge de manœuvre dont elle disposait de ce fait.

A la sortie, le collectif budgétaire qui a été voté est malgré tout riche en dispositifs favorisant la sécurité juridique et l'investissement étranger en France.

Ces dispositions font notamment suite à un certain nombre de décisions de justice ayant sanctionné la réglementation fiscale française en 2014 (Cour de justice de l'Union européenne, Conseil d'Etat), ainsi qu'à une volonté politique désormais affirmée de relancer certains secteurs de l'économie comme l'immobilier.

Après 5 années d'une politique budgétaire jugée instable et incohérente, un certain nombre de dispositifs, très contestés au moment de leur vote, ont ainsi dû être amendés pour les rendre plus attractifs ou compatibles avec le droit communautaire.

Nous vous présentons ci-après les principales mesures :

1. L'intégration fiscale horizontale (article 63 LFR)

En application des principes de territorialité de l'Impôt sur les sociétés français (« IS ») et de l'intégration fiscale, l'intégration fiscale (CGI art. 223 A s.) était verticale et circonscrite aux sociétés mères et filiales établies en France.

Sauf exceptions rares, une société ne peut se constituer tête d'un groupe intégré que si son capital n'est pas détenu, directement ou indirectement, à 95 % au moins, par une autre personne morale soumise à l'IS.

Dès 2008, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) (arrêt « Société Papillon ») avait obligé les Etats membres à autoriser la prise en compte, dans le périmètre de l'intégration fiscale, des filiales détenues par une société mère via des sociétés intermédiaires établies dans l'UE ou l'EEE. La loi de finances rectificative pour 2009 a codifié cette possibilité.

Le 12 juin 2014, la CJUE a rendu une décision relative au régime d'intégration fiscale néerlandais, censurant une disposition qui interdisait de constituer un groupe fiscal composé uniquement de sociétés sœurs, détenues (directement ou indirectement) par une société mère établie dans un autre Etat membre de l'Union européenne.

A la suite de cet arrêt (dans un contexte réglementaire néerlandais tout à fait similaire à celui de la France), l'administration fiscale française a décidé d'anticiper la sanction planant sur son propre régime, en permettant désormais la création d'une intégration fiscale dite « horizontale », c'est-à-dire entre sociétés sœurs françaises, filiales d'une société établie dans un Etat membre de l'Union européenne, en Islande, au Liechtenstein ou en Norvège.

Cette mesure s'applique aux exercices clos à compter du 31 décembre 2014.

L'entité mère non résidente (EMNR) ne sera pas l'entité qui centralise la collecte et le paiement de l'impôt du groupe : ce sera l'une de ses filiales détenue à 95 % au moins, qui sera seule redevable de l'IS français (le choix de la filiale est libre). La consolidation des impôts du groupe ne concerne que l'impôt des sociétés implantées en France.

sinergias

Principales medidas adoptadas por la Ley Presupuestaria para 2015 pudiendo interesar a los inversores extranjeros.

Por **Jessie Gaston**
Abogado, socio
Dentons Paris

La esencia de las Leyes presupuestarias francesas para 2015 parecía que iba a ser modesta en medidas favorables a la inversión, teniendo en cuenta la ausencia de mejora en el déficit estructural de Francia a lo largo del año 2014 y del poco margen de maniobra del que disponía por este hecho.

Al final, el conjunto presupuestario votado es, pese a todo, rico en dispositivos que favorecen la seguridad jurídica y la inversión extranjera en Francia.

Estas disposiciones han sido adoptadas tras un cierto número de decisiones judiciales que habían sancionado la reglamentación tributaria francesa en el 2014 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Consejo de Estado) y por la voluntad política de relanzar ciertos sectores de la economía como el sector inmobiliario. Después de 5 años con una política presupuestaria juzgada inestable e incoherente, ciertos dispositivos, muy criticados en el momento de ser votados, han tenido que ser enmendados para hacerlos más atractivos o compatibles con el derecho comunitario.

Les presentamos a continuación las principales medidas adoptadas:

1. La integración fiscal horizontal (artículo 63 LFR)

Teniendo en cuenta los principios de territorialidad del impuesto sobre sociedades francés ("IS") y del régimen de consolidación fiscal. La integración fiscal (CGI art. 223 A s.) era vertical y circunscrita a las sociedades matrices y a las filiales establecidas en Francia.

Salvo alguna rara excepción, una sociedad solo se puede constituir como cabeza de un grupo consolidado si su capital está detenido, directamente o indirectamente, como mínimo a 95% por una persona moral sujeta al IS.

Desde el año 2008, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (sentencia "Société Papillon") había obligado a los Estados Miembros a tener en cuenta, dentro del perímetro de consolidación fiscal, de las filiales detenidas por la matriz vía sociedades intermediarias establecidas en la UE o en el EEE. La ley de finanzas rectificativa par 2009 codificó esta posibilidad.

El 12 de junio de 2014, el TJUE emitió una decisión relativa al régimen de consolidación fiscal holandés, censurando una disposición que prohibía constituir un grupo fiscal compuesto únicamente de sociedades hermanas, detenidas (directamente o indirectamente) por una matriz establecida en otro Estado miembro de la Unión Europea.

Tras esta sentencia (en un contexto reglamentario holandés similar al de Francia), la administración tributaria francesa decidió anticiparse a la sanción que planeaba sobre su propio régimen, permitiendo la creación de una consolidación fiscal "horizontal", es decir entre sociedades hermanas francesas, filiales a su vez de una sociedad establecida en otro Estado miembro de la Unión Europea, Islandia, Liechtenstein o Noruega.

Esta medida se aplica a los ejercicios cerrados a partir del 31 de diciembre de 2014.

Le capital de l'EMNR ne doit pas être détenu directement ou indirectement à 95 % au moins par une autre société IS en France.

Exceptions :

- si la détention indirecte à +95% se fait par l'intermédiaire d'une détention directe < 95% par une autre société
- si la détention indirecte à +95% se fait par l'intermédiaire d'une société non soumise à l'IS ou à un impôt étranger équivalent.

Si une filiale remplit à la fois les conditions pour se constituer société mère d'un groupe classique ou d'un « groupe horizontal », elle peut exercer l'une ou l'autre de ces options, y compris lorsqu'elle est dépourvue de sociétés sœurs. Un nouveau groupe horizontal peut être constitué sans interruption de l'application du régime au groupe classique précédent.

Des retraitements seront nécessaires pour la détermination du résultat d'ensemble, de manière similaire à ceux qui doivent être effectués pour les opérations réalisées avec les sociétés intermédiaires des groupes « Papillon ».

Exemples :

Dans ce premier, le groupe aura le choix entre un groupe « classique » et un groupe « horizontal », ce qui peut lui permettre de neutraliser certaines opérations faites avec la société mère européenne (les transactions intra-groupe, intérêts de sous-capitalisation, etc.). (Ver gráfico 1)

Dans ce deuxième exemple, nous voyons que le groupe peut être composé de sœurs et de cousines, qui auparavant ne pouvaient pas consolider leur charge d'impôts français entre elles : (Ver gráfico 2)

2. Rachat de titres (article 88 LFR 2014)

Jusqu'à récemment, la fiscalité applicable aux gains perçus par un actionnaire résultant du « rachat par une société de ses propres titres en vue d'une réduction de capital non-motivée par des pertes » générerait 3 types de gains :

- Un revenu non fiscalisé correspondant au remboursement des apports
- une plus ou moins-value, le cas échéant pour la différence entre la valeur de l'apport et le prix d'acquisition historique des titres :
- et (en général, principalement) un revenu distribué (dividende) pour la différence entre le prix de rachat des titres par la société émettrice et leur prix ou valeur d'acquisition.

Ce régime général trouvait lieu de s'appliquer sauf dans certains cas prévus par le Code de commerce (rachats en vue de l'attribution aux salariés, rachats suivant un refus d'agrément, etc.). Dans ces cas précis, l'intégralité du gain perçu par l'actionnaire cédant était imposable comme une plus ou moins-value.

Selon la nature de l'actionnaire cédant (personne physique ou morale) et de la durée de détention des titres (court terme ou long terme), l'imposition des plus-values est généralement plus favorable que celle des dividendes.

A la suite de sa décision du 20 juin 2014 (décision 2014-404 QPC), le Conseil Constitutionnel a jugé, sur le fondement du « Principe d'égalité devant la loi », que le régime fiscal « hybride » ci-avant décrit était discriminatoire. Ce régime fis-

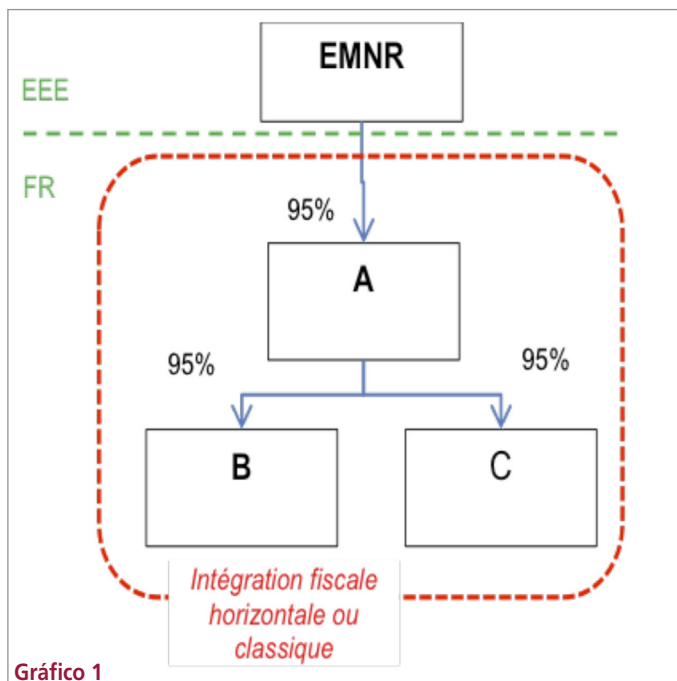


Gráfico 1

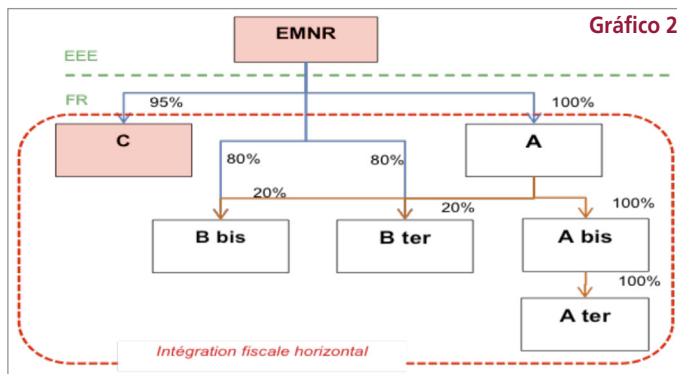


Gráfico 2

La entidad madre no residente (EMNR) no será la entidad que centralice la colecta y el pago del impuesto del grupo: lo será una de sus filiales detenida como mínimo al 95%, que será la única obligada al pago del IS francés (la elección de la filial es libre). La consolidación de los impuestos del grupo concierne únicamente al impuesto de las sociedades implantadas en Francia.

El capital de la EMNR no puede estar retenido directamente o indirectamente al 95% como mínimo por otra sociedad IS en Francia.

Excepciones:

- si la detención indirecta a +95% se hace con la intermediación de una detención directa < 95% por otra sociedad
- si la detención indirecta a +95% se hace con la intermediación de una sociedad no sujeta al IS o a un impuesto extranjero equivalente.

Si una filial cumple a la vez las condiciones para constituirse como matriz de un grupo clásico o de un "grupo horizontal", podrá ejercer una u otra de las opciones, incluso cuando no tenga sociedades hermanas.

Un nuevo grupo horizontal puede ser constituido sin la interrupción de la aplicación del régimen al grupo clásico precedente.

Habrà que efectuar las correcciones necesarias para determinar el resultado de conjunto, de manera similar a las que se

tiene que efectuar para las operaciones realizadas con las sociedades intermediarias de los grupos "Papillon".

Ejemplo:

En este primer ejemplo, el grupo tendrá que elegir entre un grupo "clásico" o un grupo "horizontal", lo que le permitirá neutralizar ciertas operaciones hechas con la matriz europea (las transacciones intragrupo, los intereses por subcapitalización). (Ver gráfico 1)

En este segundo ejemplo, vemos que el grupo puede estar compuesto de hermanas y primas, que antes no podían consolidar su carga de impuestos franceses entre ellas: (Ver gráfico 2)

2. Compra de títulos (artículo 88 LFR 2014)

Hasta hace poco, la fiscalidad aplicable a las ganancias percibidas por un accionista resultantes de "la compra por una sociedad de sus propios títulos para efectuar una reducción de capital no motivada por pérdidas" generaba 3 tipos de ganancias:

- Una renta que no tributa correspondiente al reembolso de las aportaciones,
- una plus o minusvalía, por la diferencia entre el valor de la aportación y el precio de adquisición histórico de los títulos,
- y (en general, principalmente), una renta distribuida (dividendo) por la diferencia entre el precio de compra de los títulos por la sociedad emisora y el precio o valor de adquisición.

Este régimen se aplicaba de manera general salvo en algunos casos previstos por el Código de Comercio (compra para una atribución a los empleados, compra como consecuencia de un rechazo de acuerdo, etc.). En estos casos, la integrali-



cal a ainsi été considéré comme anticonstitutionnel et devait être abrogé à compter du 1er janvier 2015 et remplacé par un régime unique de taxation sous la catégorie des « plus-values » à défaut de nouvelles mesures législatives correctives avant cette date.

Le législateur a ainsi voté, pour les rachats à compter du 1er janvier 2015, la généralisation de la taxation selon le régime des plus-values, que l'actionnaire cédant soit une personne physique ou morale, française ou étrangère et quel que soit le but du rachat de titres. Cette nouvelle règle se révèle le plus souvent favorable aux actionnaires non-résidents.

Ainsi, par exemple, imaginons le cas d'un rachat de titres en vue d'une annulation non motivée par des pertes portant sur 2000 actions d'une société française, auprès de son actionnaire américain (personne morale soumise à l'impôt sur les sociétés espagnol).

L'actionnaire américain a souscrit au capital de sa filiale lors de la constitution de la société (en 1980) et détient 50% des titres de la société française.

Prix d'acquisition des actions en 1980: 2€ (valeur nominale)

Prix de rachat des actions en 2015: 100 €/ action

Avant QPC / LFR 2014 :

Revenu brut perçu par la société espagnole :

$$100 \times 2000 = 200\,000 \text{ €}$$

Remboursement d'apports exonéré :

$$2 \text{ €} \times 2000 = 4000 \text{ €}$$

Revenu imposé comme dividende :

$$(100 \text{ €} - 2 \text{ €}) \times 2000 \text{ actions} = 196\,000 \text{ €}$$

Retenue à la source sur dividendes (convention Franco-américaine) :

$$5\% \times 196\,000 \text{ €} = 9800 \text{ €}$$

Taxe spéciale sur les distributions de dividendes en France :

$$3\% \times 196\,000 \text{ €} = 5\,880 \text{ €}$$

Coût fiscal total de l'opération : 15 680 €

Ces dividendes faisaient l'objet d'une RAS lorsqu'ils étaient payés à un non-résident

Après QPC / LFR 2014 :

Revenu brut perçu par la société espagnole :

$$100 \times 2000 = 200\,000 \text{ €}$$

Remboursement d'apports exonéré :

$$2 \text{ €} \times 2000 = 4000 \text{ €}$$

Revenu imposé comme plus-value (imposable aux Etats Unis) :

$$(100 \text{ €} - 2 \text{ €}) \times 2000 \text{ actions} = 196\,000 \text{ €}$$

Retenue à la source sur dividendes (convention Franco-américaine) : 0%

Taxe spéciale sur les distributions de dividendes en France : 0 €

Coût fiscal total de l'opération : 0 €

3. Plus-values immobilières des non-résidents (article 60 LFR 2014)

Jusqu'à présent, en application de l'article 244 bis A du CGI, les plus-values sur biens immeubles situés en France réalisées à titre occasionnel par des personnes physiques, directement ou indirectement, étaient imposables selon un taux d'imposition qui varie selon leur lieu de résidence :

d) en principe à 33,1/3 %

e) ce taux est réduit à 19 % pour les résidents de l'Espace économique européen (l'Union européenne, l'Islande, la Norvège et le Liechtenstein)

f) ce taux est porté à 75 % lorsque le cédant est domicilié dans un Etat ou territoire non coopératif (ETNC)

Par ailleurs, depuis le 1er janvier 2012, le législateur a assujéti les personnes physiques fiscalement domiciliées hors de France aux prélèvements sociaux (au taux global de 15,5 %) sur leurs revenus immobiliers (revenus fonciers et plus-values immobilières) de source française.

Le Conseil d'Etat a récemment jugé (CE 20-10-2014 n° 367234) que le taux d'imposition différencié d'une plus-value de cession d'un immeuble situé en France par une SCI, selon que les associés personnes physiques résident ou non dans

dad de la ganancia percibida por el accionista que cedía los títulos tributaba como una plusvalía o como una minusvalía.

Según la naturaleza del accionista que cede sus títulos (persona física o moral) y de la duración de la detención de los títulos (corto plazo o largo plazo), el régimen de tributación de las plusvalías es generalmente más favorable que la de los dividendos

Tras su decisión del 20 de junio de 2014 (decisión 2014-404 QPC), el Consejo Constitucional a juzgado, siguiendo el fundamento del "Principio de igualdad ante la ley", que el régimen fiscal "hibrido" antes descrito era discriminatorio. Este régimen fiscal ha sido, por lo tanto, considerado como anticonstitucional y debía ser revocado a partir del 1 de enero de 2015 y reemplazado por un régimen único de imposición en la categoría de las "plusvalías" mientras no hubiesen medidas legislativas correctivas antes de esa fecha.

El legislador ha votado por lo tanto, en lo que concierne a las compras a partir del 1 de enero de 2015, la generalización de la imposición siguiendo el régimen de las plusvalías, independientemente de que el accionista que vende sea una persona física o moral, francesa o extranjera y sea cual sea el objetivo de la compra de los títulos. Esta nueva regla se revela casi siempre favorable para los accionistas no residentes.

Así, por ejemplo, imaginemos el caso de una compra de títulos en vista de una anulación no motivada por las pérdidas de 2000 acciones de una sociedad francesa a si accionista americano (persona moral sujeta al impuesto sobre las sociedades español).

El accionista americano se suscribió al capital de su filial en el momento de la constitución de la sociedad (en 1980) y detiene el 50% de los títulos de la sociedad francesa.

Precio de adquisición de las acciones en 1980: 2€ (valor nominal)

Precio de la compra de las acciones en el 2015: 100 €/ acción

Antes de QPC / LFR 2014:

Renta bruta percibida por la sociedad española:

$$100 \times 2000 = 200\,000 \text{ €}$$

Reembolso de la aportación exenta:

$$2 \text{ €} \times 2000 = 4000 \text{ €}$$

Renta que tributa como dividendo:

$$(100 \text{ €} - 2 \text{ €}) \times 2000 \text{ acciones} = 196\,000 \text{ €}$$

Retención sobre los dividendos (convenio Franco-Americano):

$$5\% \times 196\,000 \text{ €} = 9800 \text{ €}$$

Impuesto especial sobre la distribución de dividendos en Francia:

$$3\% \times 196\,000 \text{ €} = 5\,880 \text{ €}$$

Coste fiscal total de la operación : 15 680 €

Después de QPC / LFR 2014:

Renta bruta percibida por la sociedad española:

$$100 \times 2000 = 200\,000 \text{ €}$$

Reembolso de la aportación exenta:

$$2 \text{ €} \times 2000 = 4000 \text{ €}$$

Renta que tributa como plusvalía (tributa en los Estado Unidos):

$$(100 \text{ €} - 2 \text{ €}) \times 2000 \text{ acciones} = 196\,000 \text{ €}$$

Retención sobre los dividendos (Convenio Franco-Americano): 0%

Impuesto especial sobre la distribución de dividendos en Francia: 0 €

Coste fiscal total de la operación : 0 €

3. Plusvalías inmobiliarias de los no-residentes (artículo 60 LFR 2014)

Hasta ahora, según el artículo 244 bis A del CGI, las plusvalías sobre bienes inmuebles situados en Francia realizadas a título ocasional por personas físicas directamente o indirectamente, tributaban según un tipo impositivo que variaba según el lugar de residencia:

d) En principio al 33,1/3 %

e) Este tipo se reducía al 9 % para los residentes en el Espacio Económico Europeo (la Unión Europea, Islandia, Noruega y Liechtenstein)

l'EEE, constitue une restriction illicite au principe européen de « Libre circulation de capitaux ».

Tirant toutes les conséquences de cette jurisprudence, pour les cessions intervenant à compter du 1er janvier 2015, le législateur a voté la taxation de ces plus-values à un taux unique de 19% pour les personnes physiques, les associés personnes physiques de sociétés, groupements ou organismes relevant du régime des sociétés de personnes et les porteurs personnes physiques de parts de « Fonds de placement immobilier ».

Pour les résidents des ETNC, le taux du prélèvement devait rester fixé à 75 %. Toutefois, le Conseil constitutionnel a censuré cette disposition car elle aurait fait peser sur les contribuables une charge excessive au regard de leur capacité contributive (de 90,5 % en rajoutant les prélèvements sociaux au taux de 75%) (Décision 2014-708 DC du 29-12-2014).

Le taux général de 19% devrait donc s'appliquer aussi aux résidents d'ETNC jusqu'à ce que le législateur corrige le dispositif, ce qui peut intervenir ces tous prochains mois.

Enfin, concernant les prélèvements de 15,5%, cette imposition tant décriée par les praticiens et les investisseurs fait actuellement l'objet d'un examen au niveau communautaire. Ainsi, il est à espérer que les prélèvements de 15,5% devraient cesser d'être applicables aux non-résidents aux termes d'une décision de la CJUE attendue prochainement, faisant suite à une question préjudicielle posée par le Conseil d'Etat et à une procédure d'infraction intentée contre la France par la Commission Européenne.

Voici un exemple de l'imposition ainsi attendue :

Soit une cession de titres de SCI dont le bien unique est un appartement à Paris, dont l'associé cédant est une personne physique résidente du Qatar :

- Prix de cession des parts sociales : 2 000 000€
- Prix d'acquisition des parts : 1 000 000 €
- Plus-value imposable : 2 000 000 – 1 000 000 = 1 000 000 €

Imposition avant LFR 2014 :

1 000 000 x (33,33% + 15,5% de prélèvements sociaux)
= 488 333 €, soit un **gain net de 511 667 €**

Imposition après LFR 2014 et décision CJUE attendue prochainement :

1 000 000 x 19% = 190 000 €, **soit un gain net de 810 000 €**

Un certain nombre de décisions fiscales doivent être prises par les entreprises et les particuliers dans les tous prochains mois afin de pouvoir bénéficier de ces dispositions dès l'année 2014.

Des réclamations peuvent aussi être introduites dans un certain nombre de cas, à l'aune de ces mesures et des décisions de justice les ayant motivées, dans le but de récupérer des impôts qui auraient été collectés en violation de ces règles par la France.

Jessie Gaston

"La Chambre Franco-Espagnole de Commerce et d'Industrie - "La Chambre" - et les auteurs des "Cahiers Juridiques" publiés avec ce bulletin, ont cherché à ce que toutes les informations qui y figurent soient conformes aux dispositions juridiques existant à la date de clôture de ce bulletin. Ils ne peuvent pas garantir que ça sera le cas ou que les opinions ou les interprétations qui sont reprises dans les "Cahiers Juridiques" soient nécessairement appropriés ou susceptibles d'être évaluées d'une manière différente ou interprétées autrement par des tiers ou par les parties concernées par cette analyse et/ou interprétation.

Les "Cahiers Juridiques" sont diffusés à titre informatif exclusivement. Ainsi, ni "La Chambre" ni les auteurs des "Cahiers Juridiques" assument aucune responsabilité quant aux contenus, aux opinions et interprétations figurant dans ceux-ci. Ils ne se responsabilisent pas pour les dommages et intérêts qu'ils pourraient causer à ceux qui font usage de cette information et/ou cessent (s'abstiennent) d'agir ou agissent suite à une information contenue dans cette publication. "La Chambre" rappelle à ses lecteurs l'intérêt de se faire assister par un conseil légal de qualité et indépendant toujours adapté à leurs besoins."

f) Este tipo llegaba al 75 % cuando el cedente estaba domiciliado en un Estado o territorio no cooperativo (ETNC)

Por otro lado, desde el 1 de enero de 2012, el legislador ha sometido a las personas físicas fiscalmente domiciliadas fuera de Francia a las cotizaciones sociales (al tipo global del 15,5%) sobre las rentas inmobiliarias (rentas inmobiliarias y plusvalías inmobiliarias) de origen francés.

El Consejo de Estado ha juzgado recientemente (CE 20-10-2014 nº 367234) que el tipo de imposición diferenciado sobre la plusvalía en la cesión de un inmueble situado en Francia por una SCI, según que los socios personas físicas residan o no el EEE, constituye una restricción ilícita al principio europeo de "Libre circulación de capitales".

Como consecuencia de esta jurisprudencia, para las cesiones que tengan lugar a partir del 1 de enero de 2015, el legislador ha votado la tributación de las plusvalías a un tipo único del 19% para las personas físicas, los socios personas físicas de sociedades, agrupamiento u organismos sujetos al régimen de sociedades de personas y los detentores personas físicas de participaciones en "Fondos inmobiliarios".

Para los residentes de ETNC, el tipo de retención deberá de seguir fijado al 75%. Sin embargo, el Consejo Constitucional ha censurado esta disposición porque haría pesar sobre los contribuyentes una carga excesiva de cara a su capacidad contributiva (de 90,5 % añadiendo las cotizaciones sociales al tipo del 75%) (Decisión 2014-708 DC del 29-12-2014).

El tipo general del 19% debería aplicarse también a los residentes de los ETNC hasta el momento en el que el legislador corrija el dispositivo, lo que podría suceder en los próximos meses.

Para terminar, en lo que concierne las cotizaciones del 15,5%, esta imposición tan criticada por los asesores e inversores es objeto actualmente de un examen a nivel comunitario. Así pues, cabe esperar que las cotizaciones del 15,5 % deberían de dejar de ser aplicadas a los no residentes tras una decisión del TJUE que se espera próximamente. Todo ello tras una cuestión prejudicial presentada por el Consejo de Estado y a un procedimiento de infracción levantado contra Francia por la Comisión Europea.

Ejemplo de la tributación que se espera aplicar:

En el caso de una cesión de títulos de SCI en la que el único bien es un apartamento situado en París, en la que el socio que cede es una persona física residente en Qatar:

- Precio de cesión de las participaciones sociales : 2 000 000€
- Precio de adquisición de las participaciones : 1 000 000 €
- Plusvalía imponible : 2 000 000 – 1 000 000 = 1 000 000 €

Tributación antes de LFR 2014:

1 000 000 x (33,33% + 15,5% de cotizaciones sociales)
= 488 333 €, es decir una **ganancia neta de 511 667 €**

Tributación después de LFR 2014 y de la decisión del TJUE que se espera próximamente:

1 000 000 x 19% = 190 000 €, es decir una **ganancia neta de 810 000 €**

Un cierto número de decisiones fiscales deberán de ser tomadas por las empresas y los particulares en los próximos meses con el fin de poder beneficiarse de estas disposiciones a partir del 2014.

Se podrán presentar reclamaciones en ciertos casos, en función de estas medidas y de las decisiones de justicias que las han motivado, con el objetivo de recuperar los impuestos devengados en violación de estas reglas por parte de Francia.

Jessie Gaston

"La Cámara Franco-Española de Comercio e Industria - "La Chambre" - y los autores de los "Cuadernillos Jurídicos" publicados con esta Revista, han procurado que todas las informaciones contenidas en los mismos se ajustan a las disposiciones legales existentes en la fecha de cierre de la edición, pero no pueden garantizar que tal sea el supuesto ni que las opiniones o interpretaciones que se vierten en los "Cuadernillos Jurídicos" sean necesariamente adecuadas o susceptibles de ser analizadas de manera distinta o interpretadas de otro modo por terceros o por quien compete dicho análisis y/o interpretación.

Los "Cuadernillos Jurídicos" se divulgan a efectos exclusivamente informativos. Así, ni "La Chambre" ni los autores de los "Cuadernillos Jurídicos" asumen responsabilidad alguna por los contenidos de los mismos, ni las opiniones e interpretaciones que en ellos aparecen, ni asumen por tanto responsabilidad alguna por pérdidas y/o otros perjuicios, cualesquiera que sean, que pudieran ocasionarse a quienes hagan uso de estas informaciones y/o actúen o dejen de actuar al amparo o como consecuencia de alguna información contenida en esta publicación. "La Chambre" recuerda a sus lectores la necesidad de obtener un asesoramiento legal de calidad e independiente en cada caso, adaptado a sus necesidades."

Après la récente invalidation du système
Sphère de Sécurité, les autorités
européennes sont près d'adopter un
accord cadre pour réglementer le transfert
de données personnelles EU-EEUU

Tras la reciente invalidación del sistema de
Puerto Seguro, las autoridades europeas
están cerca de alcanzar un acuerdo marco
para regular el intercambio de datos
personales entre la UE y EEUU

CUADERNILLOS JURÍDICOS

Texto: Comité Jurídico de la Cámara Franco-Española
Tfno. 91 307 21 00 - www.lachambre.es

Après la récente invalidation du système Sphère de Sécurité, les autorités européennes sont près d'adopter un accord cadre pour réglementer le transfert de données personnelles EU-EEUU.

Le 6 octobre dernier, la Cour de Justice de l'Union Européenne (« CJUE »), **arrêt C-362/14 (cas Shrems), déclare invalide la Décision de la Commission 2000/520/CE** établissant le niveau adéquat de protection des garanties pour les transferts internationaux de données aux EEUU proposées par l'accord *Safe Harbour* (Sphère de Sécurité). A l'origine d'une telle résolution se trouve Shrems, un jeune étudiant autrichien qui **dénonça** Facebook auprès de l'autorité de contrôle irlandaise estimant que, après les révélations effectuées en 2013 par Edward Snowden sur les services d'intelligence des Etats-Unis, le transfert de ses données personnelles à des serveurs situés aux EEUU ne garantissait pas la protection de l'information.

La plainte ayant été rejetée par l'autorité irlandaise de protection des données –cette dernière ayant considéré que les entreprises des Etats-Unis adhérentes au régime Sphère de Sécurité garantissaient un niveau de protection des données adéquat- un Tribunal irlandais pose une question préjudicielle auprès de la CJUE.

Dans son arrêt, la CJUE estime que l'existence de la Décision mentionnée ci-dessus ne peut pas limiter les facultés des autorités nationales de contrôle pour analyser si un transfert de données à un pays tiers remplit les exigences établies par la Directive 95/46/CE, relative à la protection des personnes physiques en ce qui concerne le traitement des données personnelles et la libre circulation de ces données. De même, la CJUE considère que cette Décision –et, en conséquence, le régime Sphère de Sécurité- porte atteinte au droit fondamental de confidentialité des citoyens européens puisqu'il a été démontré que les autorités des Etats-Unis pouvaient accéder de façon généralisée aux données personnelles transférées depuis les Etats membres vers les EEUU, en dépassant ce qui est strictement nécessaire pour garantir la sécurité nationale. Pour tout cela, la CJUE déclare invalide la Décision.

Face à de telles circonstances, la réaction immédiate de notre autorité nationale de protection des données, l'AEPD, a été de s'adresser par écrit aux responsables qui auraient notifié des transferts internationaux vers les EEUU sous le système Sphère de Sécurité, en leur demandant de régulariser leur situation au plus tard le 29 janvier 2016. Les demandes devant comporter les éléments suivants :

1. Communication au responsable sur l'existence dans le Registre Général de Protection de Données (« RGPD ») de

sinergias

Tras la reciente invalidación del sistema de Puerto Seguro, las autoridades europeas están cerca de alcanzar un acuerdo marco para regular el intercambio de datos personales entre la UE y EEUU.

El pasado 6 de octubre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE"), asunto C-362/14 (caso Shrems), declaró inválida la Decisión de la Comisión 2000/520/CE que establece el nivel adecuado de protección de las garantías para las transferencias internacionales de datos a EEUU ofrecidas por el acuerdo de *Safe Harbour* (Puerto Seguro). El origen de tal resolución se encuentra en Shrems, un joven estudiante austriaco, quien denunció a Facebook ante la autoridad de control irlandesa al considerar que a la luz de las revelaciones efectuadas en 2013 por Edward Snowden sobre los servicios de inteligencia estadounidenses, la transferencia de sus datos personales a servidores ubicados en EEUU no garantizaba la protección de la información.

Ante la desestimación de la denuncia por la correspondiente autoridad irlandesa de protección de datos -al considerar ésta que las empresas estadounidenses adheridas al régimen de Puerto Seguro sí garantizan un nivel de protección de datos adecuado- fue un Tribunal irlandés quien trasladó una cuestión prejudicial al TJUE.

El TJUE concluye que la existencia de la mencionada Decisión no puede limitar las facultades de las autoridades nacionales de control para analizar si una transferencia de datos a un país tercero cumple con las exigencias establecidas por la Directiva 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Asimismo, el TJUE considera que dicha Decisión -y, en consecuencia, el régimen de Puerto Seguro- lesiona el derecho fundamental a la privacidad de los ciudadanos europeos puesto que ha quedado demostrado que las autoridades estadounidenses podían acceder de forma generalizada a datos personales transferidos desde los Estados miembros a EEUU, excediéndose de lo estrictamente necesario para proteger la seguridad nacional. Por todo ello el TJUE declara inválida la Decisión.

Ante tales circunstancias, la reacción inmediata de nuestra autoridad nacional de protección de datos, la AEPD, consistió en dirigirse por escrito a los responsables que hubieran notificado transferencias internacionales a EEUU amparadas en el sistema de Puerto Seguro, instándoles a regularizar su situación no más tarde del 29 de enero de 2016 mediante requerimientos con el siguiente contenido:



fichiers dans lesquels figurent déclarés les transferts à des entités des Etats-Unis adhérees aux principes de Sphère de Sécurité.

2. L'impossibilité de recourir au système Sphère de Sécurité comme base légale pour effectuer les transferts après l'arrêt de la CJUE.
3. Demande au responsable pour qu'il informe au RGPD sur la continuité des transferts et, le cas échéant, sur l'adéquation aux normes de protection de données.

En conséquence, tout responsable voulant encore effectuer des transferts internationaux vers les EEUU devrait:

- (i) demander l'autorisation de la Directrice de la AEPD en menant à bien les démarches correspondantes (ce qui inclut la formalisation des Clauses Contractuelles Type auparavant adoptées par les Décisions de la Commission Européenne 2001/497/CE, 2004/915/CE et 2010/87/UE); ou
- (ii) modifier les fichiers du RGPD dans le cas où une des exceptions à l'autorisation prévues par les règles de protection de données serait applicable (par ex. avoir obtenu le consentement des personnes affectées).

Entretemps, la Commission Européenne et le Gouvernement des EEUU ont maintenu différentes négociations avec l'objectif d'atteindre un accord et approuver un nouveau système d'auto-certification qui respecte les critères établis par la CJUE dans l'arrêt référencé. Ce système a été cristallisé dans l'accord atteint le 2 février dernier, le dénommé Bouclier de Protection de Données UE – EEUU (*Privacy Shield*) lequel prétend protéger les droits fondamentaux des citoyens européens et apporter une sécurité juridique aux entreprises dont les affaires impliquent un transfert international de données personnelles d'Europe vers EEUU.

Comme résultat, le 29 février dernier, la Commission Européenne publia l'ensemble des documents intégrant le Bouclier de Protection de Données UE - EEUU.

La Commission Européenne sera celle qui devra confirmer le niveau adéquat de protection des entreprises situées aux Etats Unis qui adhèrent au système Bouclier de Protection de Données alors que le Département de Commerce Extérieur des EEUU effectuera un suivi périodique pour confirmer que les entreprises adhérees remplissent leurs obligations. Le but est d'éviter que certaines entreprises profitent des avantages du Bouclier de Protection de Données sans en respecter les principes (les dénommés *free-riders*).

Ces mécanismes de contrôle et d'exécution, avec l'engagement d'une plus grande coopération entre les autorités des Etats-Unis et européennes, représentent les principales différences avec le système antérieur de Sphère de Sécurité. Dans ce sens, il est prévu que les Etats-Unis adoptent des garanties et des compromis pour éviter que leurs autorités publiques (par ex. services nationaux d'intelligence) aient un accès généralisé à des données de caractère personnel ou à la création d'un mécanisme de médiation (*Ombudsperson*) auprès du-

1. Comunicación al responsable sobre la existencia en el Registro General de Protección Datos ("RGPD") de ficheros en los que constan declaradas transferencias a entidades estadounidenses adheridas a los principios de Puerto Seguro.
2. Imposibilidad de ampararse en el sistema de Puerto Seguro como base legal para efectuar las citadas transferencias tras la Sentencia del TJUE.
3. Requerimiento al responsable para que informe al RGPD sobre la continuidad de las transferencias y, en su caso, sobre su adecuación a la normativa de protección de datos.

De acuerdo con lo anterior, todo responsable que esté interesado en continuar con las transferencias internacionales a EEUU debería:

- (i) solicitar la autorización de la Directora de la AEPD llevando a cabo los trámites correspondientes (lo que incluye la formalización de las Cláusulas Contractuales Tipo antes adoptadas por las Decisiones de la Comisión Europea 2001/497/CE, 2004/915/CE y 2010/87/UE); o
- (ii) modificar los ficheros que constan en el RGPD en caso de resultar de aplicación alguna de las excepciones a la mencionada autorización previstas en la normativa de protección de datos (p. ej. haber obtenido el consentimiento de los afectados).

Mientras tanto, la Comisión Europea y el Gobierno de EEUU han mantenido distintas negociaciones al objeto de alcanzar un acuerdo y aprobar un nuevo sistema de autocertificación que cumpla con los criterios establecidos por el TJUE en la sentencia de referencia. Dicho sistema parece haber cristalizado en el acuerdo alcanzado el pasado 2 de febrero, el denominado Escudo de Privacidad UE - EEUU (*Privacy Shield*) que pretende proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos y aportar seguridad jurídica a las empresas cuyos negocios impliquen una transferencia internacional de datos personales de Europa a EEUU.

Como resultado, el pasado 29 de febrero la Comisión Europea publicó los documentos integrantes del Escudo de Privacidad UE - EEUU.

La Comisión Europea será quien confirme el nivel adecuado de protección de aquellas empresas estadounidenses que se adhieran al sistema de Escudo de Privacidad, mientras que el Departamento de Comercio de EEUU llevará a cabo un seguimiento periódico a fin de confirmar que las empresas adheridas cumplen sus obligaciones. Se pretende así evitar que determinadas empresas aprovechen las ventajas del Escudo de Privacidad sin cumplir sus principios (los denominados *free-riders*).

Estos mecanismos de control y cumplimiento, junto con el compromiso de una mayor cooperación entre las autoridades estadounidenses y europeas, representan las principales diferencias respecto del anterior sistema de Puerto Seguro. En este sentido, se prevé la adopción de garantías y com-

quel les citoyens puissent adresser leur plaintes ou demandes d'information relatives à des possibles accès à leurs données personnelles par les services d'intelligence mentionnés.

L'ébauche de Décision se trouve en phase d'approbation dans l'attente de l'accord des autorités de protection de données européennes (le dénommé Groupe de Travail de l'Article 29) et des représentants des Etats membres, tandis que les EEUU travaillent dans l'implémentation des systèmes de contrôle indiqués.

Il faut tenir compte du fait qu'il existe de nombreuses entreprises espagnoles qui effectuent des transferts internationaux vers les EEUU, ou bien à une entreprise de leur groupe dans le cas des multinationales, ou bien à des tiers fournisseurs de services (par ex. services de hosting, services de courrier électronique corporatif, etc.). Il est espéré, donc, que, une fois approuvé définitivement, le Bouclier de Protection de Données apportera de plus grandes garanties aux entreprises espagnoles concernées.

promisos por EEUU para evitar que sus autoridades públicas (p. ej. servicios nacionales de inteligencia) tengan un acceso generalizado a datos de carácter personal o la creación de un mecanismo de mediación (*Ombudsperson*) al que los ciudadanos europeos puedan dirigir sus denuncias o solicitudes de información relativas a posibles accesos a sus datos personales por los mencionados servicios de inteligencia.

El borrador de Decisión se encuentra en fase de aprobación a la espera de dictamen por parte de las autoridades de protección de datos europeas (el denominado *Grupo de Trabajo del Artículo 29*) y representantes de los Estados miembros, mientras EEUU trabaja en la implementación de los mencionados mecanismos de control.

Hay que tener muy presente que no son pocas las empresas españolas que efectúan transferencias internacionales a EEUU, ya sea a empresas de su grupo en el caso de multinacionales, como a terceros proveedores de servicios (p. ej. servicios de hosting, servicios de correo electrónico corporativo, etc.). Es de suponer, en fin, que, una vez aprobado definitivamente, el Escudo de Privacidad aportará mayores garantías a las empresas españolas afectadas.

"La Chambre Franco-Espagnole de Commerce et d'Industrie - "La Chambre" - et les auteurs des "Cahiers Juridiques" publiés avec ce bulletin, ont cherché à ce que toutes les informations qui y figurent soient conformes aux dispositions juridiques existant à la date de clôture de ce bulletin. Ils ne peuvent pas garantir que ça sera le cas ou que les opinions ou les interprétations qui sont reprises dans les "Cahiers Juridiques" soient nécessairement appropriés ou susceptibles d'être évaluées d'une manière différente ou interprétées autrement par des tiers ou par les parties concernées par cette analyse et/ou interprétation.

Les "Cahiers Juridiques" sont diffusés à titre informatif exclusivement, Ainsi, ni "La Chambre" ni les auteurs des "Cahiers Juridiques" assument aucune responsabilité quant aux contenus, aux opinions et interprétations figurant dans ceux-ci. Ils ne se responsabilisent pas pour les dommages et intérêts qu'ils pourraient causer à ceux qui font usage de cette information et/ou cessent (s'abstiennent) d'agir ou agissent suite à une information contenue dans cette publication. "La Chambre" rappelle à ses lecteurs l'intérêt de se faire assister par un conseil légal de qualité et indépendant toujours adapté à leurs besoins."

"La Cámara Franco-Española de Comercio e Industria - "La Chambre" - y los autores de los "Cuadernillos Jurídicos" publicados con esta Revista, han procurado que todas las informaciones contenidas en los mismos se ajustan a las disposiciones legales existentes en la fecha de cierre de la edición, pero no pueden garantizar que tal sea el supuesto ni que las opiniones o interpretaciones que se vierten en los "Cuadernillos Jurídicos" sean necesariamente adecuadas o susceptibles de ser analizadas de manera distinta o interpretadas de otro modo por terceros o por quien compete dicho análisis y/o interpretación.

Los "Cuadernillos Jurídicos" se divulgan a efectos exclusivamente informativos. Así, ni "La Chambre" ni los autores de los "Cuadernillos Jurídicos" asumen responsabilidad alguna por los contenidos de los mismos, ni las opiniones e interpretaciones que en ellos aparecen, ni asumen por tanto responsabilidad alguna por pérdidas y/u otros perjuicios, cualesquiera que sean, que pudieran ocasionarse a quienes hagan uso de estas informaciones y/o actúen o dejen de actuar al amparo o como consecuencia de alguna información contenida en esta publicación. "La Chambre" recuerda a sus lectores la necesidad de obtener un asesoramiento legal de calidad e independiente en cada caso, adaptado a sus necesidades."



Systemes extrajudiciaires de résolution de conflits: médiation, conciliation et arbitrage

Sistemas extraprocesales de resolución de
conflictos: mediación, conciliación y
arbitraje

CUADERNILLOS JURÍDICOS

Texto: Comité Jurídico de la Cámara Franco-Española
Tfno. 91 307 21 00 - www.lachambre.es

Systèmes extrajudiciaires de résolution de conflits: médiation, conciliation et arbitrage

Pourquoi? La première chose que nous devons nous demander c'est : Pourquoi sont apparus ces systèmes extrajudiciaires de résolution de conflits ? Peut-être... par un manque de confiance dans la justice ? Il est vrai que, au cours des dernières années, la confiance dans les Institutions, et plus concrètement en ce qui concerne la justice, n'arrive même pas « juste à la moyenne ». Les raisons... lente, coûteuse, ou peut-être parce que chaque arrêt résout les affaires d'une façon différente : il y a des vainqueurs et des vaincus, ce qui, des fois, n'est pas complètement satisfaisant.

C'est sur cette idée de confiance que tous ces systèmes extrajudiciaires de résolution de conflits trouvent leur base : médiation, conciliation et arbitrage, une façon alternative de faire face aux conflits, de les regarder face à face puisque se sont les parties qui résolvent leurs différends avec l'aide d'un tiers neutre, objectif et impartial, de façon confidentielle et, surtout, volontaire.

Par la suite, nous procéderons à faire une analyse de ces systèmes hors du cadre judiciaire de résolution de conflits :

1. LA MEDIATION:

La médiation est un processus de résolution de conflits dans lequel les deux parties confrontées font appel « volontairement » à une tierce personne « impartiale » : le médiateur, pour parvenir à un accord satisfaisant. C'est un processus extrajudiciaire ou différent des voies légales ou conventionnelles de résolution des disputes. Il est créatif parce qu'il cherche des solutions qui satisfassent les besoins des parties, et implique ne pas se restreindre à ce que dit la Loi. De plus, la solution n'est pas imposée par un tiers, comme dans le cas des juges ou des arbitres, mais elle est créée par les parties (Rozenblum, 1998).

Une caractéristique de la médiation est qu'il s'agit d'une négociation coopérative, dans la mesure où elle promeut une solution dans laquelle les parties impliquées gagnent ou obtiennent un bénéfice, et pas seulement une d'entre elles. C'est pour cela qu'elle est considérée comme une voie non adverse puisqu'elle évite la position antagonique gagnant-perdant.

Modalités de médiation:

Modalité éducative: l'objectif de la médiation des adeptes de ce modèle d'intervention est de faciliter aux clients de l'information objective sur des thèmes légaux, éducatifs, psychologiques, de négociation, etc. pour que les parties puissent arriver à la médiation avec la connaissance d'une information que les deux veulent avoir de façon simultanée, négocient leurs propres accords.

sinergias

Sistemas extraprocerales de resolución de conflictos: mediación, conciliación y arbitraje

¿Por qué? Lo primero que debemos preguntarnos es ¿Por qué surgen estos sistemas extraprocerales de resolución de conflictos? Tal vez... ¿por una falta de confianza en la Justicia? Lo cierto es que en los últimos años la confianza en las Instituciones, y concretamente, en lo que a la Justicia se refiere, no alcanza ni el "aprobado por los pelos". Las razones...lenta, costosa, o quizás porque cada sentencia resuelve un asunto de una manera diferente: hay vencedores y vencidos, y eso, a veces, no es del total agrado.

Y esa confianza es la idea en la que encuentran su base estos sistemas extraprocerales de resolución de conflictos: mediación, conciliación y arbitraje, otra forma alternativa de enfrentarse a los conflictos, de mirarlos a la cara, ya que son las propias partes las que resuelven sus diferencias con ayuda de un tercero neutral, objetivo e imparcial, de manera confidencial y sobre todo, voluntaria.

A continuación, procederemos a hacer un análisis sobre estos sistemas fuera del ámbito judicial de resolución de conflictos:

1. LA MEDIACION:

La mediación es un proceso de resolución de conflictos en el que las dos partes enfrentadas recurren "voluntariamente" a una tercera persona "imparcial": el mediador, para llegar a un acuerdo satisfactorio. Es un proceso extrajudicial o diferente a los canales legales o convencionales de resolución de disputas, es creativo, porque mueve la búsqueda de soluciones que satisfagan las necesidades de las partes, e implica no restringirse a lo que dice la Ley. Además, la solución no es impuesta por terceras personas, como en el caso de los jueces o árbitros, sino que es creada por las partes (Rozenblum, 1998).

Una característica de la mediación es que es una negociación cooperativa, en la medida que promueve una solución en la que las partes implicadas ganan u obtienen un beneficio, y no solo una de ellas. Por eso, se la considera una vía no adversaria, porque evita la postura antagonica de ganador-perdedor.

Modalidades de mediación:

— **Modalidad educativa:** el objetivo de la mediación de los seguidores de este modelo de intervención es el de facilitar a los clientes información objetiva sobre temas legales, educativos, psicológicos, de negociación, etc. para que las partes acudan a la mediación, con el bagaje que les aporta una información que los dos quieren simultáneamente, negocien sus propios acuerdos.

Modalité rationnelle-analytique: dans ce modèle, le processus médiateur, très pausé et basé sur des protocoles de négociation assistée, conduit les clients du point auquel se trouve leur négociation jusqu'au point final de formalisation d'un accord satisfaisant. Le même modèle est appliqué tant à des questions de garde d'enfants qu'à des négociations sur la distribution de biens ou l'utilisation du domicile conjugal.

Modalité thérapeutique: le point de vue émotionnel n'est pas ignoré lors des séances de médiation, les émotions et les sentiments (positifs, négatifs, complexes...) sont abordés comme une partie de l'intervention médiatrice avec l'objectif qu'ils ne soient pas un obstacle pour arriver aux accords ou, simplement, comme une partie intégrante du processus médiateur.

Modalité normativo-évaluative: le rôle du médiateur dans ce modèle est clairement directif. Le médiateur est conscient du fait que son contrôle sur le processus influence clairement le contenu de la médiation. Les médiateurs qui utilisent ce modèle se sentent légitimés pour le suivre puisqu'ils pensent que ce n'est qu'avec ce rôle ils peuvent aider à trouver le meilleur bénéfice pour leurs clients.

Caractéristiques et objectifs de la médiation:

1. L'objectif principal du médiateur est **d'examiner** toute la **production** des parties (explications, déclarations, défis, questions...) pour reconnaître et surligner les opportunités de transformation qu'elles contiennent.
2. Chacun des apports des parties est **analysé en tant que tel** pour découvrir les espaces ou les deux parties peuvent acquérir un potentiel personnel et la capacité de comprendre la perspective de l'autre partie.
3. Les médiateurs aident les parties à **clarifier** tous les choix possibles et les encouragent à délibérer. Toutes les décisions des parties sont traitées comme basiques, tant celles qui font référence à la façon de mener le processus de médiation que celles qui font référence à des sujets d'identité personnelle ou à leurs relations.
4. Essayer **d'éviter le glissement** des parties vers des propositions résolutive prématurées, des accords finaux qui tranchent la question sans être arrivés au fond de celle-ci. Dans aucun cas, le médiateur se permet d'opiner, d'évaluer ou de proposer, il essaie plutôt de ralentir le processus pour s'assurer de que toutes les options, tous les avis et souhaits des parties en rapport avec le sujet traité ont bien fait surface.
5. Le médiateur **encourage** les parties à considérer le point de vue de l'autre partie. Le médiateur est attentif pour profiter de n'importe quelle opportunité que les parties font apparaître pour analyser leur histoire en commun, pour pouvoir apprendre de celle-ci et essayer de comprendre le point de vue de toutes les personnes impliquées.

— **Modalidad racional-analítica:** en este modelo, el proceso mediador, muy pausado y basado en protocolos de negociación asistida, va conduciendo a los clientes desde el primer punto en que se encuentra su negociación hasta el punto final de plasmación de un acuerdo satisfactorio. El mismo modelo es aplicado tanto a temas de custodia de hijos como a negociaciones sobre la distribución de bienes o la utilización de la vivienda conyugal.

— **Modalidad terapéutica:** el tema emocional no es pasado por alto a lo largo de las sesiones de mediación, sino que se abordan las emociones y los sentimientos (positivos, negativos, complejos...) como parte de la intervención mediadora, con el objetivo de que no sean un obstáculo para llegar a acuerdos o, simplemente, como parte integrante del proceso mediador.

— **Modalidad normativo-evaluativa:** el rol del mediador en este modelo es claramente directivo. El mediador es consciente de que su control del proceso está influyendo claramente en el contenido de la mediación. Los mediadores que utilizan este modelo se sienten legitimados para seguirlo, porque creen que solo con este rol pueden ayudar a que se logre el mejor beneficio de sus clientes.

Características y objetivos de la mediación:

1. El foco principal de la atención del mediador es el de **examinar** toda la **producción** de las partes (explicaciones, declaraciones, retos, preguntas...) para reconocer y destacar las oportunidades de transformación que contienen.
2. Cada una de las aportaciones de los mediados es **analizada por sí misma** para descubrir espacios en los cuales ambas partes pueden adquirir potencial personal y capacidad de comprender la perspectiva del contrario.
3. Los mediadores ayudan a los mediados a **clarificar** todas las posibles elecciones y les animan a deliberar. Todas las decisiones de las partes son tratadas como básicas, tanto las que se refieren a la forma de llevar a cabo el proceso de mediación como las que hacen referencia a temas de identidad personal o a sus relaciones.
4. Se intenta **evitar el deslizamiento** de las partes hacia propuestas resolutive prematuras, pactos finales que pueden zanjar el tema sin que hayan podido llegar al fondo del mismo. En ningún caso, el mediador se permite opinar, valorar o proponer, más bien intenta ralentizar el proceso para asegurarse de que han salido a la superficie todas las opciones, todas las opiniones y deseos de las partes con relación al tema tratado.
5. El mediador **anima** a las partes a tomar en consideración el punto de vista de su oponente. El mediador está atento para aprovechar todas las oportunidades que las partes hacen aparecer para analizar su historia en común, para poder aprender de ella e intentar comprender el punto de vista de todos los implicados en la misma.



Levesque (1998) nous donne les attitudes, les stratégies et les techniques dans la médiation:

ATTITUDES	STRATEGIES ET TECHNIQUES
Réceptivité	Ecoute active
Empathie	Refléter
Respect	Collecte d'information
Chaleur	Apport d'information
Objectivité	Utilisation d'un langage neutre
Compression	Décider le rythme de l'entretien
Acceptation et support émotionnel	Utilisation de l'humour
Authenticité	Prévision des difficultés
Flexibilité	Accent sur les similitudes
Créativité	Favoriser la prise de décision
Réalisme	

D'une certaine façon, la médiation prétend surmonter les visions unilatérales du conflit que les parties en ont, pour trouver une issue originale, nouvelle et que chaque partie s'approprie. A partir d'une vision moins individualiste et plus communautaire (peut-être moins occidentale et plus proche à la culture asiatique et africaine).

Nous transposons par la suite comment varie la perception sociale du conflit comme l'explique Augsburger (1992):

CONFLIT COOPÉRATIF	CONFLIT COMPÉTITIF
Le centre du conflit se dirige vers les objectifs souhaités, aux besoins positifs et est plus facilement dirigé à la coopération.	Les conflits suscités par la peur, stimulés par des aversions et alimenté par des sentiments négatifs, deviendront facilement compétitifs.
Lorsque les émotions sont moins intenses et il y a plus de recul personnel vis-à-vis du conflit, il sera plus facile de résoudre les sujets de façon coopérative.	Si les émotions sont plus intenses et on tient depuis le début à obtenir un résultat concret, le conflit sera plus facilement compétitif.
Le conflit qui est traité comme un sujet déconnecté de l'auto estime peut devenir plus facilement coopérative.	Les conflits liés de façon étroite à l'auto-estime. Dans lesquels le respect dépend de ce qu'on gagne, seront facilement compétitifs.
Définir les conflits de façon ajustée et neutre, en spécifiant des sujets concrets, favorise la coopération.	Définir les conflits comme des questions de principe et avec une application très générique accroît la compétition.

2. LA CONCILIATION

La conciliation se trouve aussi parmi les systèmes alternatifs extrajudiciaires de résolution de conflits.

Tout comme la médiation, la conciliation est un processus volontaire, flexible, confidentiel et basé dans l'intérêt des parties. Celles-ci essaieront de solutionner leur conflit par la voie

Levesque (1998) nos aporta las actitudes, las estrategias y las técnicas en la mediación:

ACTITUDES	ESTRATEGIAS Y TÉCNICAS
Receptividad	Escucha activa
Empatía	Reflejar
Respeto	Recogida de información
Calor humano	Aportación de información
Objetividad	Utilización de un lenguaje neutro
Comprensión	Decidir el ritmo de la entrevista
Aceptación y soporte emocional	Utilización del humor
Autenticidad	Previsión de dificultades
Flexibilidad	Acento sobre las similitudes
Creatividad	Favorecer la toma de decisiones
Realismo	

De alguna forma, la mediación pretende superar las visiones unilaterales del conflicto que las partes tienen, para que nazca una salida original, nueva, que todos sientan como propia. Desde una visión menos individualista y más comunitaria (tal vez menos occidental y más cercana a la cultura asiática o africana).

La percepción social del conflicto varía de la forma que nos explica Augsburger (1992) y que reflejamos a continuación:

CONFLICTO COOPERATIVO	CONFLICTO COMPETITIVO
El foco del conflicto se dirige a los objetivos deseados, a las necesidades positivas y es más fácilmente dirigido a la cooperación	Los conflictos instigados por miedos, estimulados por aversiones y alimentados por sentimientos negativos, fácilmente se convertirán en competitivos.
Cuanto menos intensas sean las emociones y mayor distancia personal del conflicto, más fácil será resolver los temas de forma cooperativa	Cuanto más intensas sean las emociones y más se esté inicialmente ligado a obtener un resultado concreto, el conflicto más fácilmente será competitivo.
El conflicto que es tratado como un tema desconectado del autoestima puede convertirse más fácilmente en cooperativo.	Los conflictos estrechamente ligados al propio autoestima, en los cuales el propio respeto dependa de que se gane, serán fácilmente competitivos.
Definir los conflictos de forma ajustada y neutral, con especificación de temas concretos, favorece la cooperación.	Definir los conflictos como cuestiones de principio y con una aplicación muy genérica aumenta la competición.

2. LA CONCILIACION

La conciliación también se encuentra enmarcada dentro de los sistemas alternativos extrajudiciales de resolución de conflictos.

Como la mediación, la conciliación es un proceso voluntario, flexible, confidencial y basado en el interés de las partes. Las partes intenta-

amiable avec l'assistance d'un conciliateur, qui agit comme un tiers neutre.

La principale différence entre les deux procédures de conciliation et de médiation est que, à un certain moment de la conciliation, les parties demanderont au conciliateur une proposition d'accord non contraignant. Le médiateur, au contraire, dans la plupart des cas et comme principe, s'abstiendra de réaliser une telle proposition.

La conciliation est une procédure volontaire, dans laquelle les parties impliquées sont libres de trouver un accord et d'essayer de résoudre leur dispute par cette voie. Le processus est flexible et permet aux parties de définir le temps, la structure et le contenu des procédures de conciliation. Ces procédures sont rarement rendues publiques. Elles sont basées sur l'intérêt des parties, dans la mesure où le conciliateur lorsqu'il proposera un accord, tiendra compte non seulement des positions juridiques des parties mais aussi leurs intérêts commerciaux, financiers et/ou personnels.

De même que pour les procédures de médiation, les parties décideront finalement si elles acceptent ou pas l'accord.

Principaux bénéfiques:

- **La Conciliation assure l'autonomie des parties.** Les parties peuvent choisir le moment, la langue, le lieu, la structure et le contenu des procédures de conciliation.
- **La Conciliation assure que la décision finale sera prise par un expert.** Les parties sont libres de choisir leur conciliateur. Un conciliateur ne doit pas avoir une formation professionnelle spécifique. Les parties peuvent baser leur sélection dans des critères comme : l'expérience, les connaissances professionnelles et/ou personnelles, la disponibilité, la langue et les habilités culturelles. Un conciliateur doit être impartial et indépendant.
- **La Conciliation est efficiente en termes de temps et de coûts.** Du fait de la nature informelle et flexible des procédures de conciliation, elles peuvent être conduites de façon efficiente en ce qui concerne le temps et le coût.
- **La Conciliation assure la confidentialité.** Les parties accordent habituellement la confidentialité. En conséquence, les controverses peuvent être résolues discrètement et les secrets des entreprises demeurent confidentiels.

La conciliation base son fondement dans la volonté des parties de dialoguer, aussi distantes puissent être leurs positions.

Les personnes qui décident de faire appel à la conciliation, doivent le faire de façon ouverte et être prêtes au dialogue comme condition indispensable pour trouver des solutions mutuellement satisfaisantes. La conciliation prétend, en définitive, envisager des aspects communs sur la base desquels construire un accord satisfaisant pour les deux parties.

Il faut remarquer que les mots médiation et conciliation sont utilisés souvent indistinctement, c'est-à-dire, qu'elles ont le même sens : médiation.

rán solucionar su conflicto por vías amigables con la asistencia de un conciliador, quien actúa como tercero neutral.

La principal diferencia entre los procedimientos de conciliación y mediación es que, llegado cierto punto en la conciliación, el conciliador será requerido por las partes para entregar una propuesta de acuerdo no vinculante. El mediador, por el contrario, en la mayoría de los casos y como principio, se abstendrá de realizar dicha propuesta.

La conciliación es un procedimiento voluntario, donde las partes involucradas son libres para acordar e intentar resolver su disputa por esta vía. El proceso es flexible, permitiendo a las partes definir el tiempo, estructura y contenido de los procedimientos de conciliación. Estos procedimientos son raramente públicos. Son basados en el interés de las partes, en cuanto a que el conciliador al proponer un acuerdo tomará en consideración no sólo las posiciones jurídicas de las partes, sino también sus intereses comerciales, financieros y/o personales.

Al igual que en los procedimientos de mediación, las partes decidirán finalmente si aceptan o no el acuerdo.

Beneficios principales:

- **La Conciliación asegura la autonomía de las partes.** Las partes pueden elegir el momento, idioma, lugar, estructura y contenido de los procedimientos de conciliación.
- **La Conciliación asegura que quién tomará la resolución final sea un experto.** Las partes son libres de elegir su conciliador. Un conciliador no tiene que tener una formación profesional específica. Las partes pueden basar su selección en criterios como: experiencia, conocimientos profesionales y/o personales, disponibilidad, idioma y habilidades culturales. Un conciliador debe ser imparcial e independiente.
- **La Conciliación es eficiente en términos de tiempo y costes.** Debido a la naturaleza informal y flexible de los procedimientos de conciliación, ellos pueden ser conducidos de forma eficiente en cuanto a tiempo y costos.
- **La Conciliación asegura confidencialidad.** Las partes usualmente acuerdan confidencialidad. Por tanto, las controversias pueden ser resueltas discretamente y los secretos empresariales permanecerán confidenciales.

La conciliación basa su fundamento en la voluntad de las partes de dialogar, por muy distantes que sean sus respectivas posturas.

Las personas que decidan acudir a la conciliación, deben hacerlo de modo abierto y dispuestos al diálogo como paso previo imprescindible para alcanzar soluciones mutuamente satisfactorias. La conciliación pretende, en definitiva, plantear aspectos comunes sobre los que pueda construirse un acuerdo que satisfaga a ambas partes.

Es notable que las palabras mediación y conciliación se emplean a menudo indistintamente, es decir, tienen el mismo significado: mediación.



Il faut aussi remarquer que des lois récentes dans différentes parties du monde interdisent que les parties impliquées établissent une distinction juridique entre ces deux figures, et ceci du fait que, dans certaines occasions, des accords négociés ont été invalidés sous prétexte que le processus qui avait commencé comme une médiation avait dérivé en conciliation.

3. L'ARBITRAGE

L'Arbitrage est une procédure alternative de résolution de disputes dans laquelle les parties décident, de façon volontaire, qu'une controverse déterminée (basée uniquement des droits de libre disposition) soit réglée définitivement par un tiers, appelé *Arbitre*, moyennant une décision qui engage les deux parties, appelée *Laudo*.

La législation de base en matière d'Arbitrage est la *Loi 60/2001, en date du 23 décembre, sur l'Arbitrage*, en vigueur, laquelle prévoit le champ d'application, la portée, les sujets et les effets qu'a une telle institution dans le système juridique espagnol.

L'arbitrage peut être de *droit ou d'équité*. La distinction se base fondamentalement dans le fait que les parties décident que leur controverse soit résolue ou bien selon la Loi (*Arbitrage de Droit*) ou bien selon le savoir et l'avis loyaux de l'arbitre (*Arbitrage d'Équité*). C'est-à-dire, dans ce dernier cas, l'Arbitre n'est pas obligé de baser sa décision (*Laudo*) sur les dispositions légales en vigueur mais plutôt sur des principes de justice et équités applicables au cas concret.

Il existe, principalement, deux (2) types d'arbitrage : *Institutionnel* (au sein d'une institution, généralement avec ses propres règles et avec une liste fermée d'arbitres) ou *Ad Hoc* (c'est les parties qui choisissent les Arbitres, les règles, la langue et le législateur qui régira la procédure arbitrale).

En conséquence, l'Arbitrage défini, en vertu de l'Arrêt du Tribunal Constitutionnel en date du 4 octobre 1993, comme un « **équivalent juridictionnel** par lequel les parties peuvent obtenir les mêmes objectifs qu'avec la juridiction civile, c'est-à-dire, l'obtention d'une décision sur le conflit avec tous les effets de la chose jugée » est une méthode alternative de résolution de disputes dans laquelle les parties, d'un commun accord, délèguent à un tiers indépendant et étranger à la litis (l'Arbitre) la résolution d'une controverse apparue entre elles.

Le *Laudo* dicté par l'Arbitre a le rang de chose jugée et ses effets sont contraignants et doivent être obligatoirement respectés par les parties. Ceci veut dire fondamentalement que, en cas de non-respect du *Laudo*, on pourra demander directement l'exécution judiciaire de celui-ci.

En conséquence, les avantages de l'arbitrage face à la procédure judiciaire correspondante sont énormes et se basent fondamentalement dans la confidentialité, la rapidité, la proximité, la spécialisation et l'indépendance des Arbitres face aux parties (en ce qui concerne la procédure en soi) et à ses effets juridiques, puisque, comme vu précédemment, le *Laudo* arbitral jouit des mêmes garanties que n'importe quel arrêt judiciaire puisque les

También es notable que leyes recientes en distintas partes del mundo vienen prohibiendo que las partes implicadas establezcan una distinción jurídica entre ambas figuras y ello porque ha habido ocasiones en las que se han invalidado acuerdos negociados bajo excusa que el proceso que inicialmente se comenzó como mediación derivó en conciliación.

3. EL ARBITRAJE

El Arbitraje es un procedimiento alternativo de resolución de disputas en el cual las partes deciden, de forma voluntaria, que una determinada controversia (basada únicamente sobre derechos de libre disposición) sea dirimida definitivamente por un tercero, llamado *Árbitro*, mediante la emisión de una decisión vinculante para ambas, llamada *Laudo*.

La legislación básica en materia de Arbitraje es la vigente *Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje* que regula el ámbito de aplicación, el alcance, los sujetos y los efectos que alcanza dicha institución en el sistema jurídico español.

El arbitraje puede ser de *derecho o equidad*. Su distinción se basa fundamentalmente en el hecho que las partes deciden que su controversia sea resuelta bien según la Ley (*Arbitraje de Derecho*) o bien según el leal saber y entender del *Árbitro* (*Arbitraje de Equidad*). Es decir, en este último caso, el *Árbitro* no tiene la obligación de fundamentar su decisión (*Laudo*) sobre la base de disposiciones legales vigentes sino más bien basándose sobre principios de justicia y equidad aplicables al caso concreto.

Existen principalmente dos (2) tipos de arbitraje: *Institucional* (que se lleva a cabo en una institución generalmente con sus propias reglas y con una lista cerrada de árbitros) o *Ad Hoc* (donde son las partes aquellas que escogen los *Árbitros*, las reglas, el idioma y la legislación que regirá el procedimiento arbitral).

El Arbitraje por tanto, definido en virtud de la reconocida Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 4 de octubre de 1993 como un "**equivalente jurisdiccional** mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada" es un método alternativo de resolución de disputas en el cual las partes, de común acuerdo, remiten a un tercero independiente y extraño a la *litis* (el *Árbitro*) la resolución de una determinada controversia surgida entre ellas.

El *Laudo* dictado por el *Árbitro* tiene rango de cosa juzgada y sus efectos son vinculantes y de obligado cumplimiento para las partes. Esto quiere decir fundamentalmente que, en caso de incumplimiento del *Laudo*, se podrá solicitar directamente, por vía ejecutiva, el cumplimiento judicial del mismo.

Por tanto, las ventajas que ofrece el arbitraje frente a su correspondiente procedimiento judicial son enormes y se basan fundamentalmente en la confidencialidad, la rapidez, la cercanía, la especialización y la independencia de los *Árbitros* frente a las partes (por lo que se refiere al procedimiento en sí) y a sus efectos jurídicos, ya que, como hemos visto anteriormente, el



deux résolutions peuvent être exécutées directement en cas de non-respect.

Arrivés à ce point, après l'analyse faite des différents systèmes extrajudiciaires de résolution de conflits, nous devons comprendre que la façon traditionnelle d'affronter les conflits commence à être dépassée par la propre réalité sociale, laquelle, après tout, est celle qui compte le plus.

Cette réalité indique qu'il faut une autre réponse, une autre issue, qui aille au-delà du litige de gagner ou de perdre, du gagnant et du perdant. Il est nécessaire que ce soit les parties qui solutionnent leurs problèmes, qu'elles arrivent à trouver la vertu de l'accord avec leurs propres approches et volontés.

Il n'y a pas une autre façon de comprendre la médiation qui ne soit le point de vue de l'Administration de la Justice, puisque la médiation est une autre façon de faire justice.

Laudo arbitral goza de las mismas garantías que una cualquiera Sentencia judicial, ya que ambas resoluciones pueden ser directamente ejecutadas en caso de incumplimiento.

Y es que, llegados a este punto, tras el análisis efectuado de los distintos sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos, debemos entender que la forma tradicional de enfrentarnos a los conflictos está siendo superada por la propia realidad social, que a fin de cuentas, es la que prima.

Esta realidad es que hace falta otra respuesta, otra salida, que vaya más allá del litigio del ganar y del perder, del vencedor y del vencido. Es necesario que sean las propias partes las que solucionen sus problemas, las que consigan alcanzar la virtud del acuerdo, con sus propios planteamientos y voluntades.

No hay otra forma de entender la mediación que no sea desde la Administración de Justicia, porque la mediación es otra forma de hacer justicia.

D. Carlos González-Cascos - ARPA

"La Chambre Franco-Espagnole de Commerce et d'Industrie - "La Chambre" - et les auteurs des "Cahiers Juridiques" publiés avec ce bulletin, ont cherché à ce que toutes les informations qui y figurent soient conformes aux dispositions juridiques existant à la date de clôture de ce bulletin. Ils ne peuvent pas garantir que ça sera le cas ou que les opinions ou les interprétations qui sont reprises dans les "Cahiers Juridiques" soient nécessairement appropriés ou susceptibles d'être évaluées d'une manière différente ou interprétées autrement par des tiers ou par les parties concernées par cette analyse et/ou interprétation.

Les "Cahiers Juridiques" sont diffusés à titre informatif exclusivement, Ainsi, ni "La Chambre" ni les auteurs des "Cahiers Juridiques" assument aucune responsabilité quant aux contenus, aux opinions et interprétations figurant dans ceux-ci. Ils ne se responsabilisent pas pour les dommages et intérêts qu'ils pourraient causer à ceux qui font usage de cette information et/ou cessent (s'abstiennent) d'agir ou agissent suite à une information contenue dans cette publication. "La Chambre" rappelle à ses lecteurs l'intérêt de se faire assister par un conseil légal de qualité et indépendant toujours adapté à leurs besoins."

"La Cámara Franco-Española de Comercio e Industria - "La Chambre" - y los autores de los "Cuadernillos Jurídicos" publicados con esta Revista, han procurado que todas las informaciones contenidas en los mismos se ajustan a las disposiciones legales existentes en la fecha de cierre de la edición, pero no pueden garantizar que tal sea el supuesto ni que las opiniones o interpretaciones que se vierten en los "Cuadernillos Jurídicos" sean necesariamente adecuadas o susceptibles de ser analizadas de manera distinta o interpretadas de otro modo por terceros o por quien compete dicho análisis y/o interpretación.

Los "Cuadernillos Jurídicos" se divulgan a efectos exclusivamente informativos. Así, ni "La Chambre" ni los autores de los "Cuadernillos Jurídicos" asumen responsabilidad alguna por los contenidos de los mismos, ni las opiniones e interpretaciones que en ellos aparecen, ni asumen por tanto responsabilidad alguna por pérdidas y/u otros perjuicios, cualesquiera que sean, que pudieran ocasionarse a quienes hagan uso de estas informaciones y/o actúen o dejen de actuar al amparo o como consecuencia de alguna información contenida en esta publicación. "La Chambre" recuerda a sus lectores la necesidad de obtener un asesoramiento legal de calidad e independiente en cada caso, adaptado a sus necesidades."

La vision des tribunaux espagnols
concernant le bonus des salariés qui
quittent les entreprises

La visión de los tribunales españoles en
relación con el abono del bonus a los
empleados que abandonan las empresas

CUADERNILLOS JURÍDICOS

Texto: Comité Jurídico de la Cámara Franco-Española
Tfno. 91 307 21 00 - www.lachambre.es

La vision des tribunaux espagnols concernant le bonus des salariés qui quittent les entreprises

La crise économique qui a touché l'Espagne au cours des dernières années a provoqué, dans de nombreux cas que multitude d'entreprises donnent un plus grand poids au bonus ou au salaire variable au détriment du salaire fixe. Et ceci, parce que la concession de ces avantages, liés à l'obtention de d'objectifs déterminés, garanti qu'ils ne soient perçus que si l'entreprise a obtenu de bons résultats, en motivant le travailleurs à les atteindre.

Dans un premier temps, il faut faire référence de façon succincte aux règles qui régissent le bonus ou variable. Dans ce sens, le Real Decreto 2/2015 en date du 23 octobre, qui approuve le texte consolidé du Statut des Travailleurs (ci-après « ET ») établit dans son article 26.1 que « est considéré comme salaire l'intégralité des perceptions économiques des salariés, en argent ou en espèce, reçues pour la prestation professionnelle du travail pour compte de tiers, et ceci, pour la rétribution du travail effectif, quel que soit le mode de rémunération, ou les périodes de repos computables comme du travail ».

En vertu de cet article, il est évident que le bonus ou rémunération variable est considéré comme du salaire, si sa fonction est de « rémunérer le travail », contrairement à d'autres éléments tels les indemnités, les frais, les coûts, les prestations de la Sécurité Sociale, etc.

D'autre part, le point 3 de l'article 26 établit que « la structure du salaire sera déterminée par le biais de la négociation collective ou, à défaut, du contrat individuel. Il devra inclure le salaire de base, comme rémunération fixée par unité de temps ou de travail et, le cas échéant, des compléments salariaux fixés en fonction des circonstances relatives aux conditions personnelles du salarié, au travail accompli ou à la situation et aux résultats de l'entreprise, calculés conformément aux critères établis. Le caractère consolidable ou non de ces compléments salariaux, sera également pacté, les compléments associés au poste de travail ou à la situation et aux résultats de l'entreprise n'ayant pas le caractère de consolidable, sauf accord contraire ».

C'est à dire, que l'ET donne la liberté aux parties de déterminer la structure salariale, en pouvant fixer des compléments salariaux comme le bonus ou le salaire variable.

En vertu de tout cela, on peut conclure avec fermeté que : (i) le bonus fait partie du salaire et (ii) les parties peuvent le négocier librement. C'est-à-dire que, sauf le cas où la convention collective le prévoit autrement, le bonus est un complément à un certain caractère discrétionnaire de la part de l'entreprise (bien que pas

sinergias

La visión de los tribunales españoles en relación con el abono del bonus a los empleados que abandonan las empresas

La crisis económica que ha afectado a España en los últimos años ha ocasionado en muchos casos que multitud de empresas cedan un mayor peso al bonus o salario variable en detrimento del salario fijo. Ello es así por cuanto el otorgamiento de dichos incentivos, vinculados al logro de determinados objetivos, garantiza que éstos solo se perciban en caso de que la empresa obtenga buenos resultados, incentivándose a los trabajadores a alcanzar los mismos.

En primer lugar, cabe hacer referencia de manera breve a la regulación del bonus o variable. En este sentido, el Real Decreto 2/2015 de 23 de octubre por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (en adelante "ET") establece en su artículo 26.1 que "se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo".

En virtud de lo anterior, es evidente que el bonus o remuneración variable tiene la consideración de salario, toda vez que su función es "retribuir el trabajo", en contraposición a otras figuras como son las indemnizaciones, suplidos, gastos, prestaciones de la Seguridad Social etc.

Por otro lado, el apartado 3 del citado artículo 26 establece que "mediante la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual, se determinará la estructura del salario, que deberá comprender el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra y, en su caso, complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten. Igualmente se pactará el carácter consolidable o no de dichos complementos salariales, no teniendo el carácter de consolidables, salvo acuerdo en contrario, los que estén vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa".

Es decir, el ET da libertad a las partes para determinar la estructura salarial, pudiéndose fijar complementos salariales, como puede ser el bonus o variable.

En virtud de lo todo lo anterior, puede concluirse con rotundidad que: (i) el bonus es salario y (ii) las partes tienen libertad para pactarlo. Es decir, salvo que venga previsto en el convenio colectivo, el bonus es un complemento sujeto a cierta discrecionalidad de la



absolu) puisque sa concession n'a pas un caractère obligatoire mais volontaire.

Une fois que le concept et la nature du bonus ont été éclaircis, nous pouvons nous centrer sur ce qu'il en est du versement du bonus lorsqu'un employé quitte la société. Plusieurs alternatives apparaissent : le bonus doit-il être payé ? Si c'est le cas, faut-il le payer intégralement ou proportionnellement ? La façon de mettre fin au contrat de travail, la fixation et l'obtention des objectifs, ont-ils une influence sur le paiement du bonus ? Finalement, il faudrait se demander également si le bonus doit être inclus dans l'indemnité pour licenciement.

Dans un premier temps, et, comme il ne pourrait pas être autrement, en lignes générales, le non accomplissement des objectifs fixés par l'employeur détermine la perte du droit au bonus. Plusieurs tribunaux se sont prononcés dans ce sens, comme le Tribunal Superior de Justicia de Madrid dans un arrêt en date du 29 octobre 2002. Toutefois, il convient d'établir une série de nuances :

La Cour de Cassation, dans son arrêt du 2 décembre 2015, a établi que le fait de conditionner le paiement d'un bonus déjà généré à la permanence du salarié dans l'entreprise jusqu'au moment du paiement effectif est une disposition nulle, puisque le résultat serait que l'accomplissement de l'obligation serait laissée à l'arbitraire d'une des parties. De même, la Cour de Cassation a établi dans un arrêt du 15 février 2006, qu'il est inadmissible le fait de ne pas payer le bonus lorsque l'obligation de permanence n'a pas été respectée du fait de la volonté unilatérale de la société (par exemple, dans le cas d'un licenciement abusif).

Cependant, nos tribunaux ont bien accepté le non-paiement de la rémunération variable lorsque la condition de permanence n'était pas remplie par le salarié comme dans les cas de démission voire même de congé de convenance personnelle (arrêt du Tribunal Superior de Justicia de Madrid en date du 18 février 2013) ou dans les cas où le non-paiement du bonus a été causé par l'attitude du salarié qui aurait causé son licenciement disciplinaire et justifié (arrêt du Tribunal Superior de Justicia de Madrid en date du 12 septembre 2007).

Mais, que se passe-t-il si le bonus n'a pas une condition de permanence et le salarié quitte l'entreprise de son propre gré ? Dans ce sens, il faut faire référence à l'arrêt de la Cour de Cassation en date du 5 mai 2009, dans lequel il a été établi que, dans le cas où le bonus n'est pas conditionné à la permanence du salarié jusqu'à la date d'échéance des objectifs et ce dernier, sans avoir rempli l'intégralité des objectifs, quitte l'entreprise volontairement ou suite à un licenciement justifié, il pourra percevoir le bonus au prorata des objectifs atteints.

D'un autre côté, on peut se demander ce qui se passe si les objectifs pour percevoir le salaire variable n'ont pas été fixés au préalable par l'entreprise ou s'ils sont trop vagues et génériques. A ce sujet, il faut faire référence au récent arrêt de l'Audiencia Nacional en date du 15 juin 2016 où la décision d'une entreprise de ne pas payer le bonus relatif à l'année 2015 à ses employés au motif que les objectifs n'avaient pas été atteints, a été déclarée nulle. L'arrêt établit que l'entreprise n'avait pas communiqué aux salariés les objectifs concrets à atteindre au cours de l'année 2015. L'arrêt précise que

entreprise (si bien que non absolue) pour autant que sa concession ne présente pas un caractère obligatoire mais volontaire.

Une fois clarifié le concept et la nature du bonus, nous pouvons nous demander ce qui se passe avec le boni lorsque un employé quitte l'entreprise, ce qui pose diverses questions : doit-il être payé le boni ? Si c'est le cas, doit-il être payé intégralement ou proportionnellement ?, influencera-t-il le type d'extinction, fixation et accomplissement des objectifs en ce qui concerne le paiement du boni ? Finalement, il y aurait également à se demander : le boni est-il inclus dans l'indemnité pour licenciement ?

En premier lieu, comme cela ne peut être que de cette manière, en termes généraux, le non accomplissement des objectifs fixés par l'entreprise détermine la perte du droit au boni. En ce sens, il a été prononcé, entre autres, par le Tribunal Superior de Justicia de Madrid en date du 29 octobre 2002. Néanmoins, à l'égard de ce qui précède, il convient de faire une série de précisions :

Le Tribunal Supremo, dans sa décision du 2 décembre 2015, établit que conditionner le paiement d'un boni déjà généré à la permanence de l'employé dans l'entreprise jusqu'au moment du paiement effectif est une disposition nulle, car le résultat serait que l'accomplissement de l'obligation serait laissé à l'arbitraire de l'une des parties. De même, le Tribunal Supremo, dans sa décision du 15 février 2006, établit que c'est inadmissible de ne pas payer le boni lorsque le non accomplissement de la condition de permanence est dû à la volonté unilatérale de l'entreprise (par exemple, licenciement impropre).

Nonobstant, nos tribunaux ont bien accepté le non-paiement de la rémunération variable si le requis de permanence est non accompli par la volonté du travailleur, comme, par exemple, en cas de démission ou même de démission volontaire (sentence du Tribunal Superior de Justicia de Madrid du 18 février 2013) ou en cas de que la perte de boni se doit à des comportements du travailleur qui entraînent un licenciement disciplinaire, tel et tel que l'établit le Tribunal Superior de Justicia de Madrid en date du 12 septembre 2007.

Pour ce qui est de ce qui se passe si le boni n'a pas une condition de permanence et le travailleur abandonne l'entreprise de sa propre volonté ? En ce sens, il faut faire référence à la sentence du Tribunal Supremo de date du 5 mai 2009, dans laquelle il a été établi que, dans le cas où le boni n'est pas conditionné à la permanence de l'employé jusqu'à la date d'échéance des objectifs et ce dernier, sans avoir accompli l'intégralité des objectifs, abandonne l'entreprise de sa propre volonté ou comme conséquence d'un licenciement déclaré, il correspondra au travailleur percevoir le boni conformément à la proportion des objectifs atteints.

D'un autre côté, on peut se demander ce qui se passe si les objectifs pour percevoir le salaire variable n'ont pas été fixés au préalable par l'entreprise ou s'ils sont trop vagues et génériques. A ce sujet, il faut faire référence à la récente sentence de l'Audiencia Nacional de date du 15 juin 2016, dans laquelle la décision d'une entreprise de ne pas payer le boni relatif à l'année 2015 à ses employés au motif que les objectifs n'avaient pas été atteints, a été déclarée nulle. La sentence établit que l'entreprise n'avait pas communiqué aux salariés les objectifs concrets à atteindre pour l'année 2015. La sentence précise que



les objectifs doivent être connus par les salariés de façon préalable au paiement du bonus, ou, ce qui revient au même, avant la période de temps pendant laquelle ils auraient dû être atteints. Dans ce sens, et dans la mesure où la fixation des objectifs au préalable n'a pas été prouvée, l'Audiencia Nacional considère que l'entreprise a effectué une modification substantielle des conditions de travail qui doit être considérée comme nulle puisque la procédure établie par la loi n'a pas été respectée.

La Cour de Cassation s'est prononcé dans le même sens dans un arrêt en date du 9 janvier 2015, dans lequel une entité financière réputée a été obligée à accorder le bonus malgré le fait de ne pas avoir fixé les objectifs et alors même que l'octroi d'un bonus n'avait pas été accordé par écrit. La Cour a considéré que cela ne voulait pas dire que le bonus n'ait été accordé d'un commun accord.

Ces deux arrêts ont en commun l'argument juridique principal selon lequel le bonus doit être accordé même si des objectifs n'ont pas été fixés : l'octroi de la rémunération variable ne peut pas être laissé au libre arbitre d'une des parties, dans ce cas, l'employeur.

Nous pouvons donc conclure que le paiement (total ou partiel) ou le non-paiement du bonus dépendra de nombreux facteurs tels que, entre autres, l'inclusion ou non d'une obligation de permanence, de la fixation au préalable des objectifs et de la réalisation totale ou partielle de ceux-ci, du type d'extinction du contrat (par volonté de l'entreprise ou du salarié).

Une fois que nous avons éclairci tous ces points, nous considérons important de faire référence à l'inclusion du bonus dans le calcul de l'indemnité pour licenciement puisque l'impact du bonus peut être significatif dans la quantité perçue par le salarié comme conséquence de l'extinction de son contrat de travail.

En premier lieu et tel qu'indiqué au début de ce texte, le bonus fait partie du salaire et, comme tel, doit être inclus dans le calcul de l'indemnité. La Cour de Cassation s'est prononcée dans ce sens, entre autres, dans un arrêt du 26 janvier 2011. Toutefois, il existe certaines exceptions :

(i) Si la non inclusion a été prévue de façon expresse. Cependant, cette affirmation ne peut pas être considérée sans appel et est certainement casuistique puisqu'elle va à l'encontre d'une jurisprudence consolidée qui établit que, toute perception salariale perçue par le salarié, y compris le bonus, doit être incluse dans le calcul de l'indemnité. Dans ce sens, nous pouvons faire référence, entre autres, à l'arrêt du tribunal Superior de Navarra en date du 22 janvier 2008.

(ii) S'il s'agit d'un bonus perçu à titre exceptionnel puisque dans l'indemnité doivent être prises en compte les modalités salariales fixes payées de façon stable. Dans ce sens, l'arrêt du Tribunal Superior de Justicia de Madrid en date du 11 mars 2003, dans lequel un bonus exceptionnel a été exclu du calcul de l'indemnité.

(iii) S'il s'agit d'un bonus payé sur plusieurs années (pluriannuel). Dans ce cas et sauf accord contraire, il faudra tenir en compte dans le calcul de l'indemnité uniquement la partie du bonus payée ou à payer au cours de l'année qui précède l'extinction du contrat de travail.

deben ser conocidos por los empleados de manera previa al devengo del bonus, o, lo que es lo mismo, al transcurso del período de tiempo donde debieron lograrse. En este sentido, y como no quedó acreditada la previa fijación de objetivos, la Audiencia Nacional considera que la empresa ha llevado a cabo una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que es nula por cuanto no se ha respetado el procedimiento establecido en la ley.

En este mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, de fecha 9 de enero de 2015, en la que se obliga a una conocida entidad financiera a otorgar el bonus pese a no haber fijado los objetivos toda vez que, ni siquiera se había pactado por escrito el otorgamiento de bonus, pese a lo cual el Tribunal afirma que eso no quiere decir que éste no se acordara de mutuo acuerdo.

Ambas sentencias tienen en común el argumento jurídico principal por el que el bonus se debe conceder pese a no haberse fijado objetivos: no se puede dejar el otorgamiento de la retribución variable al arbitrio de una de las partes, en este caso, el empresario.

En virtud de todo lo anterior, puede concluirse que el pago (total o parcial) o el impago del bonus dependerá de multitud de factores tales como, entre otros, la inclusión o no de una obligación de permanencia, de la fijación previa de los objetivos así como la consecución de los mismos o parte de ellos, del tipo de extinción (por voluntad de la empresa o del empleado).

Una vez aclarado lo anterior, creemos relevante hacer referencia a la inclusión del bonus en el cálculo de la indemnización por despido, toda vez que puede tener un impacto significativo en la cantidad que percibe el empleado como consecuencia de la extinción de su contrato.

En primer lugar, tal y como se ha puesto de manifiesto al inicio del presente texto, el bonus es salario y, como tal, deberá incluirse en el cálculo de la indemnización. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, entre otras resoluciones, en su Auto de fecha de 26 de enero de 2011. No obstante, existen algunas excepciones:

(i) Que se haya previsto expresamente su no inclusión. No obstante, esta afirmación no es inapelable toda vez que es ciertamente casuística, ya que, no en vano, se estaría contradiciendo la jurisprudencia consolidada que establece que en el cálculo indemnizatorio debe incluirse toda percepción salarial obtenida por el trabajador entre las que, como ya hemos visto, se incluye el bonus. En este sentido entre otras, destacamos la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de fecha 22 de enero de 2008.

(ii) Que se trate de un bonus percibido solo excepcionalmente, toda vez que en la indemnización deben incluirse partidas salariales fijas devengadas de modo estable. A este respecto cabe destacar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 11 de marzo de 2003, en la que se excluye del cómputo indemnizatorio un bonus excepcional.

(iii) Que se trate de un bonus devengado en varios años (pluriannual), en cuyo caso solo deberá incluirse a efectos indemnizatorios la porción del bonus devengada y pagadera durante el año previo a la extinción, salvo pacto en contrario.



Finalment, en ce qui concerne le montant qui doit être pris comme référence pour le calcul de l'indemnité de licenciement –le dénommé salaire régulateur- il faudra tenir compte du bonus ou rémunération variable payée pendant les douze mois qui précèdent l'extinction du contrat de travail même si la date de règlement de celui-ci est antérieure, tel qu'il a été établi par la Cour de Cassation dans plusieurs arrêts, entre autres celui rendu le 25 septembre 2008.

Finalmente, en relación con la cuantía que se debe tomar como referencia para el cálculo de la indemnización por despido -el denominado salario regulador- habrá de tenerse en cuenta el bonus o retribución variable abonada durante los doce meses previos a la extinción del contrato de trabajo aunque se haya devengado con anterioridad, tal y como establece el Tribunal Supremo en su sentencia, entre otras, de 25 de septiembre de 2008.

Juan Alonso Berberena

Departamento Derecho Laboral

DENTONS

"La Chambre Franco-Espagnole de Commerce et d'Industrie - "La Chambre" - et les auteurs des "Cahiers Juridiques" publiés avec ce bulletin, ont cherché à ce que toutes les informations qui y figurent soient conformes aux dispositions juridiques existant à la date de clôture de ce bulletin. Ils ne peuvent pas garantir que ça sera le cas ou que les opinions ou les interprétations qui sont reprises dans les "Cahiers Juridiques" soient nécessairement appropriés ou susceptibles d'être évaluées d'une manière différente ou interprétées autrement par des tiers ou par les parties concernées par cette analyse et/ou interprétation.

Les "Cahiers Juridiques" sont diffusés à titre informatif exclusivement, Ainsi, ni "La Chambre" ni les auteurs des "Cahiers Juridiques" assument aucune responsabilité quant aux contenus, aux opinions et interprétations figurant dans ceux-ci. Ils ne se responsabilisent pas pour les dommages et intérêts qu'ils pourraient causer à ceux qui font usage de cette information et/ou cessent (s'abstiennent) d'agir ou agissent suite à une information contenue dans cette publication. "La Chambre" rappelle à ses lecteurs l'intérêt de se faire assister par un conseil légal de qualité et indépendant toujours adapté à leurs besoins."

"La Cámara Franco-Española de Comercio e Industria – "La Chambre" – y los autores de los "Cuadernos Jurídicos" publicados con esta Revista, han procurado que todas las informaciones contenidas en los mismos se ajustan a las disposiciones legales existentes en la fecha de cierre de la edición, pero no pueden garantizar que tal sea el supuesto ni que las opiniones o interpretaciones que se vierten en los "Cuadernos Jurídicos" sean necesariamente adecuadas o susceptibles de ser analizadas de manera distinta o interpretadas de otro modo por terceros o por quien compete dicho análisis y/o interpretación.

Los "Cuadernos Jurídicos" se divulgan a efectos exclusivamente informativos. Así, ni "La Chambre" ni los autores de los "Cuadernos Jurídicos" asumen responsabilidad alguna por los contenidos de los mismos, ni las opiniones e interpretaciones que en ellos aparecen, ni asumen por tanto responsabilidad alguna por pérdidas y/u otros perjuicios, cualesquiera que sean, que pudieran ocasionarse a quienes hagan uso de estas informaciones y/o actúen o dejen de actuar al amparo o como consecuencia de alguna información contenida en esta publicación. "La Chambre" recuerda a sus lectores la necesidad de obtener un asesoramiento legal de calidad e independiente en cada caso, adaptado a sus necesidades."