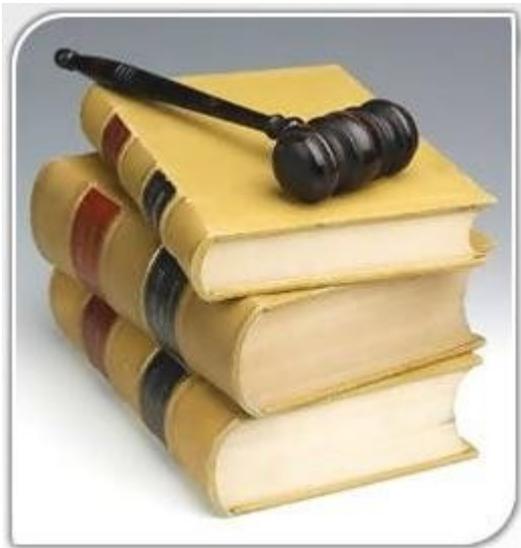


***Trabajo Fin de Grado.***

# ***Análisis multidisciplinar de la delincuencia socioeconómica.***



***Cristina Anguita Regueiro***  
***Tutor: Jose Antonio Ramos Vázquez.***  
***4º Derecho***  
***Enero 2013***

## Índice de contenido

1.SUPUESTO DE HECHO.....	3
2.POSIBILIDAD DE REGULARIZACIÓN CONTEMPLADA EN EL R.D.LEY.....	5
3.CONSECUENCIAS DE LA SIMULTANEIDAD DE REGULACIONES (PENAL Y TRIBUTARIA) EN ESTE ÁMBITO.....	10
4.RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS.....	13
5.LA PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO PENAL Y EN EL DERECHO TRIBUTARIO.....	18
6.DERECHO PENAL: DELITOS COMETIDOS EN EL SUPUESTO DE HECHO.....	21
Delito Hacienda Tributaria.....	23
Delito de blanqueo de capitales.....	24
Proyecto de Ley de 7 de diciembre de 2012.....	28
Delito continuado de falsedad en documento mercantil.....	29
Reforma que introduce la LO/2010 de 22 de junio en el Código Penal.....	31
7.POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA AMNISTÍA.....	33
8.EL SECRETO PROFESIONAL Y EL BLANQUEO DE CAPITALS.....	37
9.DERECHO PROCESAL PROCESAL: cuestiones que se plantean en caso de abrirse una investigación judicial en España.....	42
10.REPRESENTACIÓN DE LA SOCIEDAD.....	49
11.POSIBILIDAD DE CONVERTIR LA S.L. EN UNA S.A.....	51
12.DERECHO MERCANTIL: IMPUGNACIÓN ACUERDOS SOCIALES.....	54
13.BIBLIOGRAFÍA.....	58

## 1.SUPUESTO DE HECHO:

La sociedad SERVICIOS MÉDICOS S.L., con domicilio social en C/Real, 21, (A Coruña) se constituyó como tal sociedad limitada con fecha 1 de febrero de 2006 y fue inscrita en el Registro Mercantil de dicha ciudad con fecha 3 de febrero del mismo año.

En los estatutos de dicha sociedad se hizo constar como objeto social la prestación de servicios médicos en el ámbito de la UE, contando a esos efectos con establecimientos abiertos en A Coruña, Madrid y Lisboa.

La citada entidad cuenta desde su nacimiento con tres socios, D. Andrés Martínez, quien es titular del 51% de las participaciones en que se divide el capital social, D. Pedro Suárez, titular del 39% de las participaciones y D. Juan Pérez, quien cuenta con la titularidad del 10% de las participaciones sociales.

Por acuerdo de la Junta General de fecha 13 de octubre de 2006, se ha designado como administradora única de la Sociedad –con todas las competencias que le confiere la Ley de Sociedades de Capital- a D<sup>a</sup>. Ana López. Posteriormente, sería reelegida para el desempeño del cargo, y consta inscrita a día de hoy como tal administradora única en el Registro Mercantil de A Coruña.

Por otra parte, la sociedad ha designado a un responsable médico para cada una de sus clínicas: en A Coruña, D. Pablo Varela; en Madrid, D. Andrés Gutiérrez; y en Lisboa, D. Paulo Gonçalves. Dichos sujetos, médicos de profesión, conforman un comité científico con competencias a la hora de adoptar decisiones médicas.

Desde su misma fundación, y con la anuencia de todos sus socios, la mencionada Sociedad, por una parte, prestó una serie de servicios por los que cobró unos honorarios que no ha declarado, y, por otra, elaboró una serie de facturas por servicios médicos inexistentes.

En caso de haber declarado las cuantías, la Sociedad habría debido pagar a efectos del Impuesto sobre Sociedades, las siguientes cuotas tributarias:

Ejercicio 2006: 125.000 euros

Ejercicio 2007: 119.000 euros

Ejercicio 2008: 117.000 euros

Ejercicio 2009: 156.000 euros

Ejercicio 2010: 161.000 euros

Ejercicio 2011: 170.000 euros

Todas estas cantidades defraudadas se encuentran depositadas en una cuenta bancaria abierta en Gibraltar el 1 de febrero de 2006. Evidentemente, de ellas no tiene conocimiento el Fisco, aunque sí **todos** los integrantes de la trama defraudatoria, esto es, los socios, la administradora y los responsables al frente de cada una de esas clínicas.

El sistema de evasión de capitales funcionaba así: los encargados de cada clínica enviaban las cantidades no declaradas a A Coruña, donde la administradora, junto con los socios, asesorados

por el despacho de abogados Mato & Asociados (uno de cuyos miembros, el letrado Xaime Castro, fue quien sugirió la idea) acordaban enviar este dinero a la cuenta de Gibraltar.

De entre los servicios prestados por la citada entidad existe la particularidad de que en la clínica de Lisboa, desde enero de 2010, su actividad ha estado centrada casi exclusivamente en la práctica de abortos ilegales. En un principio, esta actividad sólo era conocida por el señor Gonçalves –en su calidad de responsable médico- y, lógicamente, por los miembros del personal sanitario adscrito a dicha clínica (sres. Amália Rodrigues, Anabela Miranda, Vítor Pinto y Gustavo Oliveira).

En septiembre de 2010, la administradora de la sociedad, sra. López, viajó a Lisboa y tomó conocimiento de las actividades abortivas que se llevaban a cabo allí. Comunicada esta circunstancia a los socios, los señores Pérez y Suárez mostraron sus reticencias al respecto, pero el señor Martínez, socio mayoritario, pidió asesoramiento al letrado sr. Castro y, tras haber sido informado por éste de las dificultades para investigar dicha situación ilícita, instó a los otros dos socios a aceptar dichas prácticas, que, además, redundaban en un notable aumento de los beneficios. El señor Pérez expresó nuevamente su negativa y, tras una negociación, se acordó informalmente que él no recibiría su parte de los beneficios de la sociedad lisboeta, a cambio de no denunciar las prácticas ilegales que en dicha clínica se llevaban a cabo.

No consta acreditado que los responsables de las clínicas de Madrid y A Coruña tuviesen conocimiento de las actividades llevadas a cabo en la clínica portuguesa.

Ante la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público, incluyendo la polémica “amnistía fiscal”, la Sociedad quiere valorar la posibilidad de acogerse a dicha posibilidad.

## **2.POSIBILIDAD DE REGULARIZACIÓN CONTEMPLADA EN EL R.D.LEY.**

Por lo que se refiere a la posibilidad de regularización, decir que con fecha 31 de marzo de 2012 se publicó el Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, en cuya Disposición Adicional Primera se incluye la titulada “Declaración tributaria especial”. Este Real Decreto ha sido completado por la Disposición final tercera del Real Decreto-ley 19/2012, de 25 de mayo, y por la Orden HAP/1182/2012, de 31 de mayo, mediante la que se desarrolla la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo.

En líneas generales, se puede decir que alguna de las modificaciones que introduce este Real Decreto-ley es para empezar, una limitación de la deducibilidad de los gastos financieros: tanto no deducibilidad de los gastos de la financiación intragrupo para la adquisición o realización de aportaciones de capital , como una limitación de la deducibilidad de otra deuda intragrupo.

Por un lado, el Real Decreto introduce una nueva categoría de gastos financieros no deducibles Así, en síntesis, no serán fiscalmente deducibles los gastos financieros derivados de deudas con entidades del grupo destinados (i) a la adquisición, a otras entidades del grupo, de participaciones en el capital o fondos propios de cualquier tipo de entidades, o (ii) a la realización de aportaciones en el capital o fondos propios de otras entidades del grupo.

No obstante, estos gastos sí serán deducibles en la medida en que el sujeto pueda acreditar la existencia de motivos económicos válidos para la realización de dichas operaciones.

Con referencia a la limitación mencionada, relativa a la deducibilidad de otra deuda intragrupo, la norma establece que con relevancia a los ejercicios de los períodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero del año 2012, los gastos financieros netos serán fiscalmente deducibles con el límite del 30 % del beneficio operativo del ejercicio.

Con carácter general, esta limitación en la deducibilidad de los Gastos Financieros Netos únicamente se aplicará en el seno del grupo mercantil, ya que esta medida no resultará de aplicación a las entidades que no formen parte de un grupo según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio. Esta medida tampoco será de aplicación en el caso de las entidades de crédito.

Otras de las medidas aprobadas con la norma son: la relativa a la eliminación del incentivo de libertad de amortización para grandes empresas, la aplicación de una exención parcial en la transmisión de participaciones de entidades no residentes, una limitación a la deducibilidad del fondo de comercio, la aplicación de un límite a la aplicación de las deducciones del Impuesto sobre Sociedades, la existencia de un pago fraccionado mínimo para grandes empresas, un gravamen específico sobre dividendos y rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español.

Como se señala en la Exposición de motivos, a consecuencia de la situación que atraviesa la economía española estos últimos años, se pretenden adoptar una serie de medidas con el fin de corregir lo antes posible los principales desequilibrios que se manifiestan en aquella.

El Gobierno aprobó una amnistía que permitirá la legalización del dinero negro y evadido a los defraudadores a cambio de pagar un 10% del importe al Estado.

Los tributos que incluye la Disposición Adicional Primera son el Impuesto sobre Sociedades, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el Impuesto sobre la Renta de no residentes, pero nada dice respecto de las consecuencias que la regularización puede conllevar en relación con el Impuesto sobre el Valor Añadido e impuestos cuya gestión y recaudación han sido cedidos a las Comunidades Autónomas, como el de Sucesiones y Donaciones, Transmisiones Patrimoniales o el recientemente rescatado Impuesto sobre el Patrimonio.

Así el Gobierno plantea que tanto las empresas como los ciudadanos que tengan dinero no declarado en España o en el extranjero, se lo comuniquen a Hacienda y, a cambio, sólo se les cobrará entre un 8% y un 10% ,según el caso, de esos impuestos; a partir de ahí, todo ese dinero será legal y no habrá sanciones, ni intereses de demora, ni recargos para el contribuyente.

Para acogerse a esta amnistía fiscal, lo primero que ha de tener en cuenta la sociedad SERVICIOS MÉDICOS es que el plazo para regularizar es hasta el 30 de noviembre del año 2012. Así Hacienda sacará un modelo especial para que se puedan declarar todos esos bienes y pagar ese 10 % en el caso de las personas, o un 8% en el caso de las sociedades como ocurre en los hechos.

Según las cuentas del Gobierno, se esperan recaudar 2.500 millones de Euros. Sin embargo, la realidad es que como señaló el Ministro de Hacienda, Cristóbal Montoro, a principios de diciembre del pasado año la recaudación fue menos de la mitad de los 2.500 millones presupuestados.

A juicio de Montoro, "ha valido la pena realmente hacer una operación así en un momento como el que vive España" porque "permite recaudar mucho más en un momento vital para financiar correctamente los servicios públicos y conseguir alcanzar el objetivo de déficit público".

El ministro defendió que este proceso permitirá que, a partir de ahora, un importante volumen de activos y bienes, que durante años permanecieron ocultos, afloren y pasen a tributar en próximos ejercicios. De esta manera, la declaración tributaria especial servirá para generar ingresos tributarios continuados en el futuro y supondrá una inyección de liquidez en la economía española.

Volviendo al supuesto de hecho, se debe tener claro que la sociedad SERVICIOS MÉDICOS en el caso de que Hacienda le estuviese investigando por esos motivos, al haber detectado dinero no declarado no sería posible acogerse a esta amnistía. Pues no resultará de aplicación lo establecido en esta disposición en relación con los impuestos y períodos impositivos respecto de los cuales la declaración e ingreso se hubiera producido *después de que se hubiera notificado por la Administración tributaria la iniciación de procedimientos de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas tributarias correspondiente a los mismos*. Lo cual entiendo que no se produce en el caso. No obstante, no tenemos constancia de que ello suceda en el caso.

Por lo que se refiere a las obligaciones que ha de cumplir la sociedad para acogerse a esta amnistía , tenemos que acudir a la disposición adicional primera de la norma que establece que los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Impuesto de Sociedades o Impuesto sobre la Renta de no Residentes que sean titulares de bienes o derechos que no se correspondan con las rentas declarados en dichos impuestos podrán presentar una declaración

tributaria especial con objeto de regularizar su situación tributaria siempre que hubieran sido titulares de tales bienes o derechos.

Partiendo de lo explicado podemos decir, que con esta disposición adicional primera lo que se pretende es que tenga un fin estrictamente tributario, y, por tanto, que no afectase, ni limitase ni exceptuase en modo alguno las obligaciones de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo establecidas por la Ley 10/2012, de 28 de abril. En este sentido, decir que está claro que la posible responsabilidad que tuviese la sociedad por el blanqueo de capital del dinero procedente de las actividades abortivas no se vería afectado. Pero en contraposición, ya no cometería el delito de blanqueo de capitales proveniente de la defraudación a la Hacienda Pública, en el caso de que se pudiese acoger a la regularización, porque ya no estaría cometiendo tal conducta típica y, por tanto, tampoco estaría cometiendo la conducta delictiva de blanqueo de capitales de ese dinero.

Estas personas y entidades, además, deberán presentar una declaración e ingresar la cuantía resultante de aplicar al importe o valor de adquisición de los bienes y derechos, a los que se refiere en su apartado uno la disposición adicional primera, el porcentaje del 10%. Cumpliendo esto la sociedad se garantiza la no exigibilidad de sanciones, intereses ni recargos. Unido a la declaración se deberá incorporar la información necesaria que permita identificar los citados bienes y derechos.

El importe declarado por el contribuyente, en este caso, la sociedad SERVICIOS MÉDICOS, tendrá la consideración de renta declarada a los efectos previstos en el artículo 39 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, y en el artículo 134 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo.

Será el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas el que apruebe el modelo de declaración, el lugar de presentación y el ingreso de la misma, así como cuantas otras medidas se consideren necesarias para el cumplimiento de esta disposición.

Por último, la citada disposición señala que, como ya me referí con anterioridad: *el plazo para la presentación de las declaraciones y su ingreso finalizará el 30 de noviembre de 2012.*

Cabría preguntarse si se trata o no de la extinción de la responsabilidad penal de un delito, en el caso que nos interesa referido a las cantidades no declaradas y al posible delito de blanqueo de capitales que podría haber cometido la sociedad, como ya analizaré más adelante, podemos referirnos a las palabras del vocal del poder judicial, Jose Manuel Gómez Benítez, que dijo que se están facilitando el blanqueo de capitales y eso debía ser un delito. Sin embargo también se dijo que "La amnistía fiscal en ningún caso modifica el código penal. No anula, por tanto, la existencia del delito de blanqueo de capitales que podrían cometer quienes se acojan a este procedimiento." Sin embargo, considero que eso no es así, tanto la Ley General Tributaria como el Código Penal no castigan como delito o como sanción en el caso de que el obligado tributario regularice su situación.

De ello vemos muestra en el apartado cuarto del artículo 305 del Código Penal relativo relativo al delito contra la Hacienda Pública en el que se indica lo siguiente:

*Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación tributaria, en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero de este artículo, antes de que se le haya notificado por la Administración tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización, o en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o cuando el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.*

*La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria.*

En concordancia con lo dicho en la Ley General Tributaria en el apartado segundo del artículo 180 se dice que :

*Si la Administración tributaria estimase que el obligado tributario, antes de que se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación, ha regularizado su situación tributaria mediante el completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, la regularización practicada le exoneraría de su responsabilidad penal, aunque la infracción en su día cometida pudiera ser constitutiva de delito contra la Hacienda Pública, y la Administración podrá continuar con el procedimiento administrativo sin pasar el tanto de culpa a la autoridad judicial ni al Ministerio Fiscal.*

*Asimismo, los efectos de la regularización prevista en el párrafo anterior, resultarán aplicables cuando se satisfagan deudas tributarias una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación.*

Así pues, señalar de nuevo que establece el legislador que la declaración especial que se regula en esta disposición adicional primera no constituirá título justificativo del origen de los fondos ni regularizará ni legitimará potenciales actividades ilícitas. Ello, conlleva que los sujetos obligados deberán seguir aplicando con máximo rigor y diligencia las previsiones contenidas en la Ley 10/2010, de 28 de abril relativas a la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

Con ello se dice en la mencionada disposición que *Los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Impuesto sobre Sociedades o Impuesto sobre la Renta de no Residentes que sean titulares de bienes o derechos que no se correspondan con las rentas declaradas en dichos impuestos, podrán presentar la declaración prevista en esta disposición con el objeto de regularizar su situación tributaria, siempre que hubieran sido titulares de tales bienes o derechos con anterioridad a la finalización del último período impositivo cuyo plazo de declaración hubiera finalizado antes de la entrada en vigor de esta disposición.*

Por el contrario sostengo que, tal y como estala Ley General Tributaria y la Ley penal española, está claro que esta regularización influirá en las posibles infracciones o delitos cometidos por la sociedad o por sus socios o por sus administradores, que dependerán de la regularización para

típica o no de algunos delitos, como ya explicaré en el apartado correspondiente relativo a los delitos cometidos en el supuesto de hecho.

### **3.CONSECUENCIAS DE LA SIMULTANEIDAD DE REGULACIONES (PENAL Y TRIBUTARIA) EN ESTE ÁMBITO.**

En el caso se producen tanto infracciones tributarias como delitos penales. La simultaneidad de las regulaciones penal y tributaria en este ámbito podrían provocar consecuencias no deseadas si el mismo sujeto se viese sancionado doblemente por la misma conducta. Por ello es necesario tener presente el principio “*ne bis in idem*”. Este principio que protege nuestro ordenamiento jurídico se establece el derecho que tiene el ciudadano a ser sancionado en más de una ocasión por el mismo hecho, y el paralelo mandato dirigido al Estado de no poder reiterar el ejercicio de su potestad sancionadora sobre el mismo hecho y sujeto con idéntico fundamento. Está claro, que este principio se manifiesta más habitualmente sobre la acumulación de sanciones de carácter administrativo y penal. En general, podemos decir, que este delito tiene como finalidad fundamental el evitar dicha duplicidad sancionadora.

Si acudimos a nuestra Carta Magna, no encontramos realmente una cláusula de reconocimiento expreso de dicho principio. Si bien es cierto que si acudimos a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, vemos que sí ha admitido la relevancia de este principio como una garantía del ciudadano en el marco del derecho a la legalidad sancionadora del artículo 25.1 de la Constitución española. En este sentido, podemos mencionar sentencias del Tribunal Constitucional tales como la 2/1981, de 30 de enero, la número 177/1999, de 11 de octubre o la número 2/2003, de 16 de enero.

Una breve referencia a la Sentencia 2/1981 que en su fundamento jurídico señala que *El principio general del derecho conocido por «non bis in idem» supone, en una de sus más conocidas manifestaciones que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.- que justificase el ejercicio del «ius puniendi» por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración.*

Por otro lado la Sentencia 177/1999 al referirse a dicho principio “bis in idem” recuerda la jurisprudencia de otras sentencias del Tribunal Constitucional como la anteriormente mencionada la STC 2/1981 , ha sido considerado como parte integrante del derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora (art. 25.1 CE). En el fundamento jurídico 4º de aquella sentencia se declaró que *«El principio general de derecho conocido por «non bis in idem» supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.- que justificase el ejercicio del «ius puniendi» por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración»*. Posteriormente, en la STC 159/1987 (fundamento jurídico 3º), se declaró que dicho principio impide que, a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta, pues *«semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisibles reiteración en el ejercicio del «ius puniendi» del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado (Sentencia 77/1983, de 3 de octubre [RTC 1983\77], fundamento jurídico cuarto)»*.

Por lo que se refiere al ámbito internacional, sí encontramos convenios en los que se reconoce expresamente el principio *ne bis in idem*. Especialmente en los convenios internacionales de derechos humanos, o también en los artículos 17.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1996, en el artículo 4 del Protocolo 7 del año 1984 del Convenio para la Protección de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas de 1950, y en el artículo 50 de la Carta de Niza.

Si nos adentramos en el ámbito del Derecho Tributario español, el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado exponiendo que se reconoce y se admite la existencia de la potestad sancionadora de las Administraciones; sin embargo, se debe entender que existen una serie de límites que condicionan el ejercicio de esta potestad. Uno de esos límites se trata del principio “*ne bis in idem*”, que como, ya he dicho está dirigido a evitar la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos.

Todo ello conlleva, que sea realmente necesario tener presente este principio en todo momento, y así lo haré, a la hora de analizar este caso.

Volviendo a los principios de la potestad sancionadora en el ámbito del Derecho Tributario, he de decir que aquella no únicamente tiene el límite del principio “*ne bis in idem*”. Entiende la doctrina y la jurisprudencia constitucional que esta potestad tiene que respetar otra serie de principios o reglas que le impiden un ejercicio libre y absoluto a esta potestad sancionadora. Incluso la Ley General Tributaria regula los principios de su potestad sancionadora en los artículos 178 y siguientes.

*Artículo 178. Principios de la potestad sancionadora. LGT*

*La potestad sancionadora en materia tributaria se ejercerá de acuerdo con los principios reguladores de la misma en materia administrativa con las especialidades establecidas en esta Ley.*

*En particular serán aplicables los principios de legalidad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad y no concurrencia. El principio de irretroactividad se aplicará con carácter general, teniendo en consideración lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 10 de esta Ley.*

En este sentido podemos mencionar el principio de legalidad o el principio de reserva de Ley, así como el respeto a los derechos de defensa reconocidos en la Constitución en su artículo 24. Pero realmente, lo que me interesa destacar en relación con el caso, es el deber de abstención administrativa en los casos, en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según las leyes penales. Ello conlleva que se deba suspender el procedimiento administrativo, en caso de que éste se haya iniciado, pasando el tanto de culpa a la jurisdicción competente y la necesidad de respetar la cosa juzgada de forma que lo declarado por sentencia constituye la verdad jurídica y no cabe un nuevo pronunciamiento administrativo sobre el tema, debiendo respetarse el planteamiento fáctico que los Tribunales hayan realizado, de manera que en caso de que hubiese de reiniciarse las actuaciones administrativas, las sanciones que pudieran corresponder, se aplicarían considerando los hechos probados en juicio.

En este sentido, el principio de no concurrencia de sanciones tributaria, se regula en la Ley General Tributaria en su artículo 180, en virtud del cual podemos decir que en el caso de que la Administración tributaria estimase que una infracción pudiera ser constitutiva de un delito contra la Hacienda Pública, lo que , como veremos , ocurre en el caso, dicha Administración tributaria pasará

el tanto de culpa a la jurisdicción competente, o remitirá el expediente al Ministerio Fiscal, y lo que es más importante *se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo, que quedará suspendido mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme, tenga lugar el sobreseimiento o el archivo de las actuaciones o se produzca la devolución del expediente por el Ministerio Fiscal.*

En el caso de que la autoridad judicial dicte sentencia condenatoria, no será posible la imposición de una sanción administrativa. Si, por el contrario, no se aprecia la existencia del delito por la autoridad judicial, la Administración tributaria *iniciará o continuará sus actuaciones de acuerdo con los hechos que los tribunales hubieran considerado probados, y se reanudará el cómputo del plazo de prescripción en el punto en el que estaba cuando se suspendió.* En tal caso, se entenderán por inexistentes las actuaciones administrativas realizadas durante el período de suspensión.

Se contempla en el supuesto, la posibilidad de que la sociedad se acoja al Real Decreto-Ley, anteriormente analizado, para así regularizar su situación tributaria. Ahora sólo mencionar que el artículo que estamos analizando número 180 de la Ley General Tributario en su apartado segundo que *Si la Administración tributaria estimase que el obligado tributario, antes de que se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación, ha regularizado su situación tributaria mediante el completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, la regularización practicada le exoneraría de su responsabilidad penal, aunque la infracción en su día cometida pudiera ser constitutiva de delito contra la Hacienda Pública, y la Administración podrá continuar con el procedimiento administrativo sin pasar el tanto de culpa a la autoridad judicial ni al Ministerio Fiscal.*

*Asimismo, los efectos de la regularización prevista en el párrafo anterior; resultarán aplicables cuando se satisfagan deudas tributarias una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación.*

A tenor de lo expuesto en el precepto podemos afirmar, pues, que si la sociedad SERVICIOS MÉDICOS se acoge a la amnistía fiscal, estaría regularizando su situación tributaria, y, por lo tanto, se le exoneraría de su responsabilidad penal incluso en el caso, de que esta infracción pudiese haber sido constitutiva de delito contra la Hacienda Pública en su día cometida.

#### 4. RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS:

Está en vigor desde el 23 de diciembre de 2010 la última reforma del Código Penal que fue realizada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Una de las novedades que se introducen en el Código Penal es la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas. Se rompe así con el principio *societas delinquere non potest* que se entiende como “la persona jurídica no puede delinquir”. Se establece ahora en el Código penal para las entidades con forma de personas jurídicas un tratamiento distinto al de las empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que carezcan de personalidad jurídica.

La responsabilidad de las personas jurídicas se prevé taxativamente para determinados delitos, a saber: Tráfico de órganos (art. 156 bis); trata de seres humanos (177 bis.7); prostitución, corrupción de menores y pornografía infantil (art. 189 bis); descubrimiento y revelación de secretos (art. 197.8); estafa (art. 251 bis); insolvencias punibles (art. 261 bis); daños informáticos (art. 262.4); delitos relativos a la propiedad intelectual, la propiedad industrial, el mercado y los consumidores (art. 288); blanqueo de capitales (302.2); contra la Hacienda pública y la Seguridad social (310 bis); contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis.4); urbanísticos (art. 319.4); contra el medio ambiente (arts. 327 y 328.6); contaminación con materiales o radiaciones ionizantes (art. 343.3); riesgos provocados por explosivos y otros agentes (art. 348.3); tráfico ilegal de drogas (art. 369 bis); falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (art. 399 bis.1); cohecho (art. 427.2); tráfico de influencias (art. 430); corrupción de funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales (art.445.2); financiación del terrorismo (art. 576 bis.3).

Anteriormente, en la redacción del Código Penal de 1995 los únicos responsables directos y personales por los delitos que fuesen atribuibles a los entes con personalidad jurídica, como pudiese ser una sociedad de responsabilidad limitada, eran sus administradores de hecho o de derecho o, incluso, las personas que actuaban en su nombre o representación legal o voluntaria. Fue con la reforma que ocasionó la LO 13/2005, de 25 de diciembre, la que introdujo que en caso de que se impusiese una multa al autor del delito se hacía corresponsable del pago de manera solidaria a la persona jurídica.

Así establece el apartado primero del artículo 31 del Código Penal que *El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.*

A tenor de lo expuesto en este artículos vemos que la Ley Orgánica 5/2010 sigue manteniendo la responsabilidad personal de los representantes que actúan en nombre de la persona jurídica, así la administradora de la Sociedad, Ana López, vemos que puede incurrir en responsabilidad por los correspondientes delitos cometidos en el caso que ya analizamos.

Por lo que se refiere a las personas jurídicas el artículo 31 bis en su apartado primero señala que:

*En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.*

*En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.*

La responsabilidad directa de las personas jurídicas juega en paralelo, de ello vemos muestra en el precepto, en el que se declaran dos supuestos de responsabilidad de la persona jurídica: en aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por sus representantes legales o de hecho; y en aquellos delitos que hayan podido realizar, en el ejercicio de actividades sociales por cuenta y en provecho de ellas, quienes, estando sometidos a la autoridad de los representantes legales y administradores de hecho o de derecho, por no haber ejercido el debido control sobre ellos.

Lo que se castiga o se reprocha a la persona jurídica, aquí a la sociedad, es el hecho de no haber evitado el delito como forma de participación en un delito de otro por omisión por lo menos con lo que llamaríamos dolo eventual, o en comisión por omisión por imprudencia grave al no haber ejercido el control adecuado a las circunstancias. Está claro que deberá tratarse de una imprudencia grave debido a que la modalidad leve en nuestro derecho sustantivo no da lugar a la calificación como delito, se trataría de faltas.

Una serie de entes quedan excluidos expresamente de la aplicación de las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, son las que aparecen en el artículo 31 bis del Código Penal, hablamos del caso de :el Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

Esta exclusión tiene una excepción en el caso de que se aprecie que se trata de una forma jurídica creada con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal, que concederá a los órganos jurisdiccionales la facultad de efectuar declaración de responsabilidad penal.

Estas penas para las personas jurídicas son evidentemente privativas de derechos, ya que una persona jurídica no tiene libertad y, por tanto, no se le puede imponer una pena privativa de libertad.

Es cierto que en realidad la persona jurídica es una ficción que se crea para poder dotar a los entes colectivos de derechos y deberes jurídicos, los cuales les permiten actuar y realizar operaciones en el ámbito social. Ello conlleva que la responsabilidad de las personas jurídicas estará siempre ligada a la acción u omisión realizada por las personas físicas. No obstante, ello no perjudicará en la responsabilidad de las personas físicas, tal y como señala el citado artículo 31 bis en su apartado quinto:

*La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas.*

Las penas aplicables a las personas jurídicas vienen recogidas en el artículo 33.7 del Código Penal, todas ellas tendrán la consideración de graves. Se dice en el artículo que:

*7. Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes:*

*a. Multa por cuotas o proporcional.*

*b. Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.*

*c. Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*

*d. Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*

*e. Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. 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 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.*

*La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.*

*La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.*

La primera que menciona el artículo es la pena de multa por cuotas o proporcional, lo que provoca la supresión del antiguo apartado del artículo 31 que ha quedado derogado. Decir, con respecto a esta pena de multa, por lo que se refiere a su liquidación puede realizarse a través de pago fraccionado durante un periodo de hasta cinco años siempre que se pruebe que la cuantía puede poner en peligro la supervivencia de la persona jurídica o los puestos de trabajo existentes o si así lo aconseja el interés general.

Además de la multa, las penas, por tanto, son : la disolución, la suspensión de actividades, la clausura de locales y establecimientos, la prohibición de realizar las actividades en cuyo ejercicio se cometió, favoreció o encubrió el delito, las inhabilitaciones administrativas, y la intervención judicial.

Por lo que se refiere a la determinación de la pena en delitos dolosos, será aplicable lo dispuesto en los artículos 66 y 66 bis. En el caso de los delitos imprudentes se dejará a los jueces y tribunales que decidan la pena a su prudente arbitrio sin que deban sujetarse a las reglas del artículo 66.1 del Código Penal.

En concordancia con lo establecido en el artículo 66 bis1, estas penas sólo se impondrán cuando sea necesario prevenir la continuidad de una actividad delictiva o sus efectos, de modo que estas penas no sólo exigen la prueba de un hecho delictivo concreto, sino, además, un juicio de peligrosidad sobre la persona jurídica, lo que tendremos en cuenta en la resolución de este caso.

Además decir que, estas penas se imponen de modo general y por un tiempo limitado, no pueden superar la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para la persona física en el concreto tipo penal, aunque alguna de ellas, como la disolución puede ser impuesta de modo definitivo.

En relación con la responsabilidad civil que se derive de la comisión del delitos, será de aplicación el artículo 116 del Código Penal, que en su apartado tercero señala que *La responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el artículo 110 de este Código de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos.* Por lo tanto será una responsabilidad solidaria, que comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales.

En esta caso añadir, que lo que se refiere a la prescripción de esta responsabilidad penal, se añadió en el artículo 130 , el cual dispone que:

*La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.*

*No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.*

Por último, decir que antes de la reforma como no existía la responsabilidad directa de las personas jurídicas se les aplicaban unas medidas accesorias. Tras la reforma estas medidas han pasado a ser las penas para las personas jurídicas constituidas legalmente en el artículo 33.7, por lo que desaparecen las consecuencias accesorias para las personas jurídicas, y quedan únicamente las consecuencias accesorias para las entidades o agrupaciones de personas que no tienen la forma legal de persona jurídica. La nueva redacción del artículo 129 regula unas consecuencias accesorias, de

contenido similar al de las penas del artículo 31 bis del Código, únicamente para los delitos y faltas cometidos: *en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código.*

## 5.LA PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO PENAL Y EN EL DERECHO TRIBUTARIO.

Al extenderse las actividades ilícitas durante varios años ello genera consecuencias en relación a la prescripción, a cambios en la normativa o a problemas de retroactividad.

En este caso, es especialmente relevante estudiar la prescripción tanto en el Derecho penal como en el Derecho Tributario. Sobre todo, por lo que se refiere al posible delito contra la Hacienda Pública que esté cometiendo la sociedad, y las posibles infracciones tributarias que se cometen desde 2006. Se trata de conductas que se producen en diferentes años, y habrá que ver si hay delitos o sanciones que han prescrito.

En el Derecho penal, al igual que sucede en el Derecho civil, la prescripción se produce por el transcurso de un tiempo determinado, el cual, impide al Estado poder valorar penalmente unos determinados hechos y atribuir responsabilidad por ellos. Constituye, por tanto, la extinción de la responsabilidad criminal por el transcurso del tiempo.

El artículo 131 del Código Penal, regula la prescripción de los delitos, también fue reformado con la LO 5/2012, que estableció unos plazos más prolongados cuánto más grave sea el delito cometido. Señala así el artículo:

### Artículo 131.

#### *1.Los delitos prescriben:*

- *A los 20 años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de 15 o más años.*
- *A los 15, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de 10 años, o prisión por más de 10 y menos de 15 años.*
- *A los 10, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de 10.*
- *A los cinco, los demás delitos, excepto los de injuria y calumnia, que prescriben al año.*

#### *2. Las faltas prescriben a los seis meses.*

*3. Cuando la pena señalada por la Ley fuere compuesta, se estará, para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción.*

*4.Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el [artículo 614](#), no prescribirán en ningún caso.*

*Tampoco prescribirán los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona.*

*5.En los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave.*

Por lo que se refiere a la prescripción en el Derecho Tributario, acudiremos como no puede ser de otra manera a la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Especialmente, referirme a los artículos 189 y 190, relativos a la extinción de la responsabilidad derivada de las infracciones y de las sanciones tributaria

En el apartado primero del artículo 189 la Ley declara que *La responsabilidad derivada de las infracciones tributarias se extinguirá por el fallecimiento del sujeto infractor y por el transcurso del plazo de prescripción para imponer las correspondientes sanciones.*

Aquí nos interesa la prescripción que establece la Ley para imponer sanciones tributarias, así dice a continuación el artículo que será de 4 años, y que comenzará a contarse desde el momento en que se cometieron las correspondientes infracciones.

Dicho plazo de 4 años se verá interrumpido:

*a. Por cualquier acción de la Administración tributaria, realizada con conocimiento formal del interesado, conducente a la imposición de la sanción tributaria.*

*Las acciones administrativas conducentes a la regularización de la situación tributaria del obligado interrumpirán el plazo de prescripción para imponer las sanciones tributarias que puedan derivarse de dicha regularización.*

*b. Por la interposición de reclamaciones o recursos de cualquier clase, por la remisión del tanto de culpa a la jurisdicción penal, así como por las actuaciones realizadas con conocimiento formal del obligado en el curso de dichos procedimientos.*

Por último, decir que la prescripción se aplicará de oficio por la Administración tributaria, sin necesidad de que la invoque le interesado.

En el siguiente artículo, el 190, la Ley General Tributaria, se refiere a la extinción de las sanciones tributarias. Con base a los hechos considero que no es de aplicación porque no se encuentra en ninguno de los supuestos, ya que *Las sanciones tributarias se extinguen por el pago o cumplimiento, por prescripción del derecho para exigir su pago, por compensación, por condonación y por el fallecimiento de todos los obligados a satisfacerlas.*

*2. Será de aplicación a las sanciones tributarias lo dispuesto en el capítulo IV del título II de esta Ley.*

*En particular, la prescripción del derecho para exigir el pago de las sanciones tributarias se regulará por las normas establecidas en la sección tercera del capítulo y título citados relativas a la prescripción del derecho de la Administración para exigir el pago de las deudas tributarias liquidadas y autoliquidadas.*

*3. La recaudación de las sanciones se regulará por las normas incluidas en el capítulo V del título III de esta Ley.*

*4. Las sanciones tributarias ingresadas indebidamente tendrán la consideración de ingresos indebidos a los efectos de esta Ley.*

**La LO 5/2010 ha introducido una disposición nueva en el artículo 310 bis CP en la que se procede a hacer extensiva la responsabilidad penal por estos delitos a las personas jurídicas que hayan realizado los comportamientos tipificados en el Título XIV.**

Es importante referirnos al tema de la prescripción del delito fiscal, dicha cuestión surge tras la modificación del artículo 64 de la LGT por la Ley 1/1998 de 26 de febrero, en conforme al cual, como ya he explicado, las infracciones tributarias prescribirán a los 4 años. Esta situación rivaliza con lo establecido en el artículo 131 del Código Penal, en virtud del cual, estas infracciones prescribirían a los 5 años. Ello conlleva a que es posible que se castigue como delito un hecho que

la Administración Tributaria ya no podría perseguir como infracción por haber prescrito. Así podemos referirnos a Sentencias pronunciadas por el Tribunal Supremo que entienden que las normas tributarias no pueden derogar disposiciones del Código Penal como la Sentencia de 6 de noviembre del 2000.

En la Sentencia se alega que *El recurso parte del planteamiento, correcto, de que el plazo legal de prescripción del delito fiscal, tanto con la regulación anterior como con la actualmente vigente, es de cinco años. Aun cuando no se plantee por la parte recurrente debe examinarse sucintamente la incidencia a efectos de prescripción, de la nueva redacción del art. 64 de la Ley General Tributaria efectuada por la [Ley 1/1998 de 26 de febrero \( RCL 1998, 545\)](#) , en cuanto establece un plazo de prescripción de cuatro años para la acción de la Hacienda Pública dirigida a exigir el pago de las deudas tributarias, pues al integrarse dicha norma tributaria en la norma penal parcialmente en blanco que tipifica el delito fiscal, resulta de aplicación retroactiva –y de oficio (art. 2.2º del Código Penal)– en lo que fuere favorable al reo.*

Más adelante en el fundamento jurídico séptimo alega el Tribunal Supremo que *dicha norma no modifica el plazo de prescripción del delito fiscal pues nada obsta a que el delito se someta legalmente a plazos de prescripción más largos que la infracción administrativa, en razón de su mayor gravedad. Por otra parte tampoco cabe estimar que la extinción de la obligación tributaria por prescripción pudiese determinar la atipicidad sobrevenida de la conducta delictiva, pues la tipicidad es un concepto que viene referido al momento en que se realizó la acción u omisión típica, y en dicho momento no cabe duda alguna de la concurrencia de la deuda tributaria y de su elusión en forma típica, por lo que se consumó la actuación delictiva sin que pueda incidir en la tipicidad, ya realizada, una eventual extinción posterior de la deuda tributaria.*

Por último, el Tribunal considera que tampoco cabría considerar la aplicación analógica de la excusa absolutoria de regulación tributaria, puesto que *la aplicación de una norma por analogía requiere que concurra identidad de razón (art. 4.1º del Código Civil) y es claro que las razones de utilidad que subyacen en la excusa absolutoria de regularización tributaria –el favorecimiento o promoción del pago voluntario– no concurren cuando la extinción del crédito tributario se produce por causas ajenas al contribuyente.*

En definitiva, la Sentencia 1688/2000 entiende que *el plazo de prescripción es de cinco años sin que ello quede afectado por lo dispuesto en el art. 64 de la Ley General Tributaria, que establece un plazo de prescripción de cuatro años para la acción de la Hacienda Pública; el plazo de prescripción en los supuestos de autoliquidación se inicia el día que concluye el período voluntario de declaración, interrumpiéndose el mismo el día que se presenta querrela contra personas identificadas; inexistencia: no habían transcurrido cinco años desde que concluyó el período voluntario de declaración y el día en que se interpuso la querrela contra personas determinadas.*

Tal tesis jurisprudencial es seguida por sentencias posteriores como la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre del 2001, la de 5 de noviembre de 2002 o la del 28 de noviembre del 2003. Tras la modificación introducida por la LO 5/2010 con la creación del apartado 5 del artículo 305, en el cual se dispone que la responsabilidad civil se extenderá incluso a la deuda tributaria que no se haya podido cobrar por prescripción, lo cual demuestra que el proceso penal no debe de verse afectado por las vicisitudes administrativas del crédito fiscal.

## **6.DERECHO PENAL: DELITOS COMETIDOS EN EL SUPUESTO DE HECHO.**

Tras haber analizado la prescripción podemos concluir que en el caso se producen como sabemos distintas infracciones o delitos en distintos periodos de tiempos, concretamente por lo que se refiere al posible delito cometido contra la Hacienda Pública en seis años distintos la sociedad realizó seis ejercicios distintos en los que no se declaró debidamente a la Hacienda Pública, como se cometen en periodos distintos y dependiendo de la cantidad defraudada nos encontramos ante un delito penado en el Código Penal o ante una infracción recogida en la Ley General Tributaria, a continuación se analiza separadamente los distintos ejercicios correspondientes a los 6 años en los que la sociedad infringía la Ley, así pues, dependiendo de la cantidad defraudada aplicaremos la Ley penal o la Ley Tributaria:

**Ejercicio 2006:** la sociedad SERVICIOS MÉDICOS S.L. Debería habería debido pagar a efectos del Impuesto de Sociedades 125.000 euros, excede de la cantidad de 120.000 euros y, por lo tanto, se trata de un delito tipificado en el artículo 305 CP. Como han transcurrido los 5 años de prescripción del Derecho penal establecido en el artículo 131 del Código Penal, se trata de un Delito que ya ha prescrito.

**Ejercicio 2007.** En este ejercicio la cantidad defraudada pro al Sociedad es de 119.000 euros. No excede, pro tanto, de los *ciento veinte mil euros*, y no *será castigado con la pena de prisión de de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía*, tal y como recoge la Ley penal en el caso de superar dicha cantidad. Se trata pues, de una infracción tributaria. Que en concordancia de los dispuesto en la Ley General Tributaria en su artículo 66 habría prescrito *El derecho de la Administración para exigir el pago de las deudas tributarias liquidadas y autoliquidadas* al haber transcurrido los 4 años.

**Ejercicio 2008:** En este año debido a las cuentas que tuvo la sociedad en este ejercicio social las cuotas no ingresadas alcanzan la cifra de 117.000 euros, siguiendo el razonamiento anterior, sabemos que no superan los 120.000 exigidos en el Código Penal y por tanto se trataría de una infracción tributaria. Para analizar la prescripción no nos puede llevar a error el hecho de que el ejercicio social es del año 2009, lo cual nos llevaría a decir que han transcurrido los 4 años de prescripción de la infracción tributaria. Sin embargo, en esta infracción tributaria la prescripción se cuenta desde que acaba el plazo de declaración. Y el plazo de la declaración acaba el 26 de julio del año 2009. De este modo, podemos afirmar que esta infracción tributaria no habría prescrito conforme a la normativa tributaria.

**Ejercicio 2009:** Las cantidades defraudadas en este periodo fueron de 156.000 euros, exceden, pues, los 120.000 euros, se comete así el delito tipificado en el artículo 305 del Código Penal. Y al producirse en el año 2009 no transcurren los 5 años de prescripción del delito penal y no ha prescrito el delito.

**Ejercicio 2010:** Defraudan en este ejercicio a Hacienda 161.000 euros, se comete como ya sabemos el delito del citado precepto 305 del al norma penal y no se encuentra prescrito al no haber transcurrido los 5 años que señala la Ley.

**Ejercicio 2011:** Las cuotas que no se pagaron a Hacienda y en caso de haber declarado las cuantías la sociedad debería haber ingresado a la Administración alcanzan los 170.000 euros, se produce el delito del artículo 305 del Código penal y, evidentemente, al tratarse del ejercicio correspondiente al año 2011 no ha prescrito dicho delito.

Como vemos, tras el análisis de los distintos periodos en los que se debería haber declarado a Hacienda, dependiendo de si la cantidad no ingresada a la Hacienda Pública, excede o no excede de los ciento veinte mil euros se debe acudir a la norma tributaria o a la Ley penal. En síntesis podemos subrayar lo siguiente:

Infracción tributaria: se cuenta desde que acaba el plazo de declaración.

Ejercicio 2006: 125.000 euros : Delito 305 CP. (Prescrito, art. 131 CP).

Ejercicio 2007: 119.000 euros. Infracción Tributaria. Art 66 LGT. Prescrito.

Ejercicio 2008: 117.000 euros. Infracción tributaria, no prescrito: el plazo de declaración acaba 26 julio 2009.

Ejercicio 2009: 156.000 euros. Delito 305 CP. No prescrito.

Ejercicio 2010: 161.000 euros. Delito 305 CP. No prescrito.

Ejercicio 2011: 170.000 euros. Delito 305 CP. No prescrito.

#### LA SOCIEDAD DEBE TRIBUTAR EN EL TERRITORIO ESPAÑOL:

La sociedad SERVICIOS MÉDICOS S.L. debe tributar en España. La regulación legal a la que debemos referirnos es la del impuesto de Sociedades, principalmente al RDlegislativo 4/2004 de 5 marzo que ha sufrido múltiples reformas, y al Reglamento que lo desarrolla, el RD 1777/2004.

La Sociedad limitada como persona jurídica, tal y como establece el artículo 7 del Real Decreto Legislativo 4/2004, será sujeto pasivo del impuesto cuando tengan su residencia en territorio español. Para que se entienda residente en territorio español a efectos del impuesto será de aplicación el siguiente artículo de la citada norma:

##### *Artículo 8. Residencia y domicilio fiscal.*

*1. Se considerarán residentes en territorio español las entidades en las que concurra alguno de los siguientes requisitos:*

*a. Que se hubieran constituido conforme a las leyes españolas.*

*b. Que tengan su domicilio social en territorio español.*

*c. Que tengan su sede de dirección efectiva en territorio español.*

*A estos efectos, se entenderá que una entidad tiene su sede de dirección efectiva en territorio español cuando en él radique la dirección y control del conjunto de sus actividades*

Por lo tanto estaríamos en un caso de una sociedad que es sujeto pasivo del Impuesto de Sociedades en España.

**Delito Hacienda Tributaria:** Castigamos 2009, 2010 y 2011. Son tres acciones distintas, tres delitos, cometidos por el administrador y los socios. Se trata de tres delitos independientes.

Tenemos que acudir al Título XIV del Código Penal, ya que es el que recoge las infracciones destinadas a penalizar el fraude fiscal. Fue introducida su rúbrica en el Código Penal por la LO 2/1985, modificando de esta manera la antigua redacción del artículo 319 que fue dada por la Ley de Medidas urgentes de Reforma Fiscal del año 1977, introduciéndose en nuestro ordenamiento jurídico el llamado “delito fiscal”.

En el artículo 305 del Código Penal se regula pues la defraudación tributaria. Los términos del precepto son los siguientes: *El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.*

La sociedad realiza una perturbación de la actividad recaudatoria del patrimonio estatal, cuyo presupuesto básico es cubrir necesidades públicas, por lo tanto, podemos decir que se está dañando el bien jurídico protegido en este delito, tal y como señala la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 6 de octubre de 2006<sup>1</sup>).

La sociedad está realizando una defraudación, la conducta típica en este delito, es decir, un comportamiento que no sólo produce una lesión en el patrimonio de la Hacienda Pública sino que está sustentado el engaño como dicen BAJO, MARTÍNEZ-BUJÁN o en una conducta de “deslealtad tributaria”, en palabras de PÉREZ ROJO. No bastará por tanto, un mero incumplimiento de las obligaciones tributarias sino, que al igual que en la estafa, es necesario una cierta puesta en escena que motive un error en el sujeto pasivo. Lo cual resulta evidente que sucede, en el relato de los hechos se nos dice que la empresa presta unos servicios por los que cobra unos honorarios que no ha declarado, y que, además, elabora una serie de facturas por servicios médicos inexistentes.

Por lo que se refiere al sujeto activo de este hecho delictivo, dos son las tendencias que se siguen, parte de la doctrina considera que sólo puede ser sujeto activo el que sea obligado tributario bien directamente o como sustituto del contribuyente, o el titular de la ventaja fiscal indebidamente disfrutada; y otra doctrina, que es la que voy a seguir, que parte de que el tipo penal no exige unas condiciones especiales, y ello conllevaría a que cualquiera que estuviese en condiciones de poder afectar al patrimonio de la Hacienda Pública podría ser considerado autor.

Ello me lleva a afirmar que son responsables penalmente del delito tipificado en el artículo 305 del Código Penal los socios: D. Andrés Martínez, D. Pedro Suárez y D. Juan Pérez, y, la administradora de la sociedad: Ana López.

Por lo que se refiere a la sociedad en este caso, decir que la LO 5/2010 que como sabemos, modificó el Código Penal, ha introducido una disposición nueva en el artículo 310 bis del Código,

---

1. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 952/2006 de 6 octubre: *También en el delito fiscal es indudable la existencia de un componente patrimonial, si consideramos que el bien jurídico protegido en el art. 305 es el patrimonio de la Hacienda Pública en su dimensión recaudatoria y perfectamente podría alcanzar la previsión del núm. 2 del art. 74.*

la cual hace extensiva la responsabilidad penal de estos delitos a las personas jurídicas que hayan realizado los comportamientos fijados en el Título que estamos analizando, el Título XIV.

Dicho artículo dice lo siguiente:

**Artículo 310 bis.**

*Cuando de acuerdo con lo establecido en el [artículo 31 bis](#) una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrán las siguientes penas:*

*a. Multa del doble al cuádruple de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años.*

*b. Multa de seis meses a un año, en los supuestos recogidos en el [artículo 310](#).*

*Atendidas las reglas establecidas en el [artículo 66 bis](#), los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del [artículo 33](#).*

Así pues, sería responsable penalmente también la sociedad SERVICIOS MÉDICOS, S.L.

Como sabemos, sólo se comete este delito si la cantidad defraudada a la Hacienda Pública supera una determinada cifra, concretamente, ciento veinte mil euros, lo que sucede en el ejercicio del año 2006, en el ejercicio del año 2009, en el ejercicio del año 2010 y en el ejercicio del año 2011. Como ya expliqué anteriormente, al analizar la prescripción, el delito cometido en 2006 habría prescrito porque ya han transcurrido más de 5 años. Los engaños que ocasionen perjuicios inferiores a esa cifra de 120.000 euros serán tratados como ilícitos administrativos a sancionar por esa misma vía, tal y como señala el Tribunal Supremo en la Sentencia de 25 de abril del 2002.

Pero por lo que se refiere a las cantidades defraudadas en 2009, 2020 y 2011, se trata de tres acciones distintas y , por tanto, de tres delitos distintos e independientes , los cuales, como ya dije , fueron cometidos tanto por los socios , como por la administradora, como por la sociedad.

## **Delito de blanqueo de capitales**

Siguiendo examinando las conductas delictivas que se cometen, es necesario analizar el Capítulo XIV del Título XIII del Código Penal que incorpora la receptación y el blanqueo de capitales, regulación que sustituye la anterior denominación que se refería a otras conducta que denominaba “afines”, al entender que guardaban una estrecha relación con aquélla. En especial me referiré al artículo 301 relativo al blanqueo de capitales. Tal precepto señala lo siguiente:

*El que adquiriera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la*

*medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.*

Se ha producido en el caso el delito descrito en el artículo 301 del Código Penal *poseyendo y utilizando* un dinero que tiene su *origen en una actividad delictiva*. Poseen el dinero que proviene de actividades ilícitas como son el delito contra la Hacienda Pública por las cantidades no declaradas y el dinero procedente de actividades abortivas, al que nos referiremos más adelante. Y cometen, por tanto, un delito de blanqueo de capitales del artículo 301 CP.

Por lo que se refiere al aspecto subjetivo de dicha conducta, podemos referirnos a la Sala 21 del Tribunal Supremo que en su Sentencia de 23 de diciembre de 2003 estima que es necesario el conocimiento de la antijuricidad precedente, aunque señala “no será preciso un conocimiento cabal y puntual”, del delito antecedente, lo cual quiere decir que puede ser acreditado a través de indicios de los que se deduzca la existencia del conocimiento de la ilícita procedencia.

En el caso, tanto los socios D. Andrés Martínez, D. Pedro Suárez y D. Juan Pérez, como la administradora de la sociedad: Ana López, son conscientes de la conducta de antijuricidad precedente, puesto que, entre otras cosas, son autores del delito de defraudación a la Hacienda Tributaria, así que son autores del delito de blanqueo de capitales junto con el letrado Xaime Castro miembro del despacho de abogados Mato & Asociados, que también será responsable de este delito debido a que realiza actos que ayudaron a ocultar el origen ilícito del dinero obtenido por las sociedad SERVICIOS MÉDICOS, S.L. (*realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos*).

Estos sujetos realizan la actividad tipificada como delito en el precepto mencionado ya que se dice *cometida por él*, aquí es donde entraría la conducta de los socios y la administradora, y añade después y, por los abogados, *o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción* además de que considero que con su actuación se intentaban eludir las consecuencias legales de los actos cometidos por la administradora y los socios.

El letrado, una vez que se ha excedido en sus funciones de defensa, forma parte de la trama criminal junto con los administradores de la sociedad por cuanto por sus conocimientos jurídicos colaboran en la evasión de capitales y, por tanto, en la comisión del delito de blanqueo de capitales que por este hecho delictivo serían coautores al igual que los responsables de la sociedad, por cuanto lo que están haciendo es llevar el dinero de la sociedad que tiene un origen ilícito a otro país para ocultarlo de la Agencia Tributaria y así eludir las obligaciones fiscales.

Decir que, por una parte se ha cometido el delito de blanqueo de capitales por la evasión fiscal a España a la Agencia Tributaria y, después, el delito de blanqueo de capitales por los abortos; en este segundo consideramos que el socio D. Juan Pérez no puede ser imputado.

Además, añadir, que el Pleno no jurisdiccional de 18 de junio de 2006 estableció que : “*el artículo 301 del Código Penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente*”.

Por lo tanto, queda claro, que habrá concurso con los correspondientes delitos por defraudación a la Hacienda Pública, y, si España fuese competente, con los delitos cometidos relativos al aborto.

Debemos averiguar de dónde proviene el dinero, en el caso de los abortos provenía de Portugal, lo enviaban primero a Coruña, no a Gibraltar. La conducta típica se produce desde el momento en que se *adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita*, por lo tanto, a diferencia de lo que ocurría con la regulación anterior, tras la reforma del Código Penal se entiende que, desde el momento en el que se posea y no se declara el dinero se está cometiendo el delito.

En el supuesto se establece un sistema de evasión de capitales que partiendo de los hechos funcionaba así: los encargados de cada clínica enviaban las cantidades no declaradas a A Coruña, donde la administradora, junto con los socios, asesorados por el despacho de abogados Mato & Asociados( unos de cuyos miembros, el letrado Xaime Castro, fue quien sugirió la idea) acordaban enviar este dinero a la cuenta de Gibraltar, donde la administración junto con los socios eran integrantes de la trama defraudatoria; por tanto, los encargados de cada clínica que no sabemos quienes son podrían ser también responsables del delito contra la Hacienda Pública y el de blanqueo de capitales. También están implicado en este delito los responsables del despacho Mato y asociados junto con los socios de la sociedad y la administradora. El letrado del despacho imputado es Xaime Castro.

D. Pablo Gonçalves, el responsable medico de la clínica de Lisboa, junto con los sres. Amália Rodrigues, Anabela Miranda, Vítor Pinto y Gustavo, miembros del personal sanitario adscrito a dicha clínica que eran conocedores de la actividad delictiva, han cometido un delito por realizar abortos ilegales en territorio portugués, no obstante, como diré más adelante, España no es competente ya que son ciudadanos, en principio, que parecen portugueses y no nacionales de España y se ha cometido en territorio extranjero. No se dan ninguno de los supuestos del artículo 23 LOPJ. por lo que no serían competentes los Tribunales españoles.

No voy a entrar a estudiar a fondo la legislación portuguesa sobre el tema, sin embargo, decir que en el Código Penal portugués el delito de aborto se encuentra tipificado en el artículo 140 en su apartado primero y segundo<sup>2</sup>.

En todo caso, la responsabilidad posterior de los socios, tanto estar de acuerdo con los abortos, como el socio señor Pérez, que no estaba de acuerdo, no sería constitutivo de un delito de encubrimiento castigado en España, por cuanto debería de juzgarse en el Estado portugués. Pero si responderían todos del delito de blanqueo de capitales por el dinero obtenido por las actividades

---

<sup>2</sup> *Dos crimes contra a vida intra-uterina*

*Artigo 140º*

*Aborto*

*1 - Quem, por qualquer meio e sem consentimento da mulher grávida, a fizer abortar é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.*

*2 - Quem, por qualquer meio e com consentimento da mulher grávida, a fizer abortar é punido com pena de prisão até 3 anos.*

*3 - A mulher grávida que der consentimento ao aborto praticado por terceiro, ou que, por facto próprio ou alheio, se fizer abortar, é punida com pena de prisão até 3 anos.*

abortivas ilegales en dicho país. Como ya he dicho, los tres socios, la administradora, la sociedad, y el abogado.

El señor Pérez, al no percibir los beneficios que provienen de las actividades abortivas, no considero que esté realizando la conducta tipificada en nuestro Código Penal en el artículo 301. Salvo que se acredite que este socio, si bien no cobró dinero sí pudo haberse beneficiado de él, de manera indirecta, como podía ser teniendo un despacho o utilizando unas instalaciones de la empresa que se hubiesen adquirido en parte con este dinero procedente de las actividades abortivas, o pudiera disfrutar de un coche de empresa que también pudiera venir de estas actividades, o de un viaje a alguna parte del mundo, en este sentido si se acredita que aunque materialmente no se repartiesen beneficios, sí disfrutó de ventajas, sería posible incriminarlo. No obstante, tal y como está el caso no se especifica ninguna, por lo que no podemos dar por probado que él se benefició y, por tanto, su conducta sería atípica. Por lo tanto, no se dan los supuestos establecidos de blanqueo de capitales, ya que no realiza la conducta típica en base a los datos que tenemos.

Por otra banda, tampoco habría encubrimiento, no auxilia para nada a los autores, tiene una actitud totalmente omisiva, no sería ninguno de los supuestos contemplados ni en el apartado uno, ni en el dos ni tres. Así reza el artículo:

Artículo 451.

*Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniere con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes:*

*1. Auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio.*

*2. Ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento.*

*3. Ayudando a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse a su busca o captura, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:*

*a. Que el hecho encubierto sea constitutivo de traición, homicidio del Rey, de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, de la Reina consorte o del consorte de la Reina, del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe heredero de la Corona, genocidio, delito de lesa humanidad, delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, rebelión, terrorismo, homicidio, piratería, trata de seres humanos o tráfico ilegal de órganos.*

*b. Que el favorecedor haya obrado con abuso de funciones públicas. En este caso se impondrá, además de la pena de privación de libertad, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años si el delito encubierto fuere menos grave, y la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años si aquél fuera grave.*

No obstante, si se diesen los requisitos para regular la situación tributaria del dinero evadido y no declarado ante las autoridades españolas y regularizar su situación, en ese caso ya no se cometería tal delito contra la Hacienda Pública, ya que si se hace en los términos establecidos en la

ley entonces ya no se perseguiría por estos delitos fiscales por haber regularizado la situación conforme a la normativa establece RD 12/2012 y, en esos mismos términos, tampoco habría delito de blanqueo de capitales y así se ha acordado por la Agencia Tributaria de no denunciar estos hechos como de delito de blanqueo porque ya no se habría cometido el precedente delito necesario, al haber regularizado la situación tributaria, pero estos hechos sólo afectarían a los delitos fiscales, no al blanqueo procedente de practicas abortivas, que sí se seguiría cometiendo y castigando. Necesario señalar y recordar que para poder aplicar la regularización requisito indispensable es que todavía no se hubiese iniciado el procedimiento penal o administrativo contra ellos. Pero en este caso, no hay indicios de que se haya iniciado tal procedimiento.

### **Proyecto de Ley de 7 de diciembre de 2012**

No obstante se prevén cambios en la normativa en relación analizada debido al 121/000017 Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y lucha contra el fraude fiscal en la Seguridad Social de 7 de septiembre de 2012.

En la Exposición de motivos se señala que el Código Penal tutela los valores y principios básicos de la convivencia social, y su contenido debe ser ajustado a los cambios y a las nuevas necesidades de la actual situación.

La reforma que se intenta plantear con este Proyecto de Ley Orgánica pretende mejorar la eficacia de los instrumentos de control de los ingresos y del gasto público. Se justifica alegándose que es necesaria en el ámbito penal una profunda revisión de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, regulados en el Título XIV del Código Penal.

Los objetivos de la reforma en el ámbito tributario son : *la creación de un tipo agravado que ofrezca respuesta a los fraudes de especial gravedad y que eleve la pena de prisión hasta una duración máxima de seis años, lo que a su vez determina que el plazo de prescripción de las infracciones más graves sea de diez años; posibilitar la persecución de las tramas organizadas de fraude fiscal mediante la facilitación de la denuncia inmediata una vez alcanzada la cantidad mínima de defraudación; incrementar las posibilidades de cobro de la deuda tributaria impagada evitando la paralización del procedimiento administrativo por el proceso penal; introducir mejoras técnicas en la regulación de las defraudaciones a la hacienda y a los presupuestos de la Unión Europea; evitar la denuncia ante los Juzgados de aquellos obligados tributarios que han regularizado, de forma completa y voluntaria, su situación tributaria. También se prevén mecanismos para rebajar la pena para aquellos imputados que, una vez iniciado el proceso penal, satisfagan la deuda tributaria o colaboren en la investigación judicial.*

En general, lo que más nos influye de este Proyecto de Ley Orgánica es que se pretende elevar las penas de prisión hasta una duración máxima de seis años, en algunos supuestos, lo cual determina que la prescripción que analizamos anteriormente de 5 años es elevada, ya que el plazo de prescripción de las infracciones más graves es de 10 años, se pretende así al aumentar el plazo de prescripción dificultar la impunidad de estas conductas graves pro el paso del tiempo.

Por lo otro lado la reforma, en lo que se refiere a los delitos contra la Seguridad Social, afectaría al tipo básico para reducir la cuantía a partir de la cual la infracción es constitutiva de delito y facilitar las regularizaciones.

Se efectúan mejoras técnicas en la tipificación de los delitos contra la Hacienda Pública especialmente en el artículo 305, *que tienen por objeto facilitar la persecución de estos delitos y corregir algunas deficiencias advertidas en su aplicación*. Se promueve la regularización de la situación tributaria, ya que ésta hace desaparecer el injusto derivado del inicial incumplimiento de la obligación tributaria.

Los supuestos en los que se agrava la pena se regulan en el nuevo artículo 305 bis y son los siguientes:

- a) *Que la cuantía de la cuota defraudada exceda de seiscientos mil euros.*
- b) *Que la defraudación se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal.*
- c) *Que la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, negocios o instrumentos fiduciarios o paraísos fiscales o territorios de nula tributación oculte o dificulte la determinación de la identidad del obligado tributario o del responsable del delito, la determinación de la cuantía defraudada o del patrimonio del obligado tributario o del responsable del delito.*

El proyecto de Ley introduciría también otras modificaciones en cuanto a delitos contra la Seguridad Social, como al reformar artículos como el 307 o el 308. Pero en el caso lo que considero más interesantes es la modificación del 305 y la introducción del 305 bis que podrían alterar la responsabilidad de la sociedad, o de los socios o de la administradora al ampliar el plazo de prescripción en determinados supuestos, que si se encontrase la sociedad y esta fuese la normativa vigente supondría la comisión de uno o dos delitos más contra la Hacienda Pública.

### **Delito continuado de falsedad en documento mercantil.**

En el caso considero que se ha cometido un delito de falsedad en documento mercantil por todos los socios: D. Andrés Martínez, D. Pedro Suárez y D. Julián Pérez, y por la administradora D<sup>a</sup>. Ana López.

Las falsedades documentales se regulan en el Capítulo II del Título XVIII del Código Penal que se refiere a variedad de soportes mediante los cuales se produce la conducta típica.

Se ha referido la Sala 2<sup>o</sup> del Tribunal Supremo a los requisitos que son precisos para definir y caracterizar la falsedad documental. Así es preciso primero la existencia del elemento objetivo o material, en el cual se produce una mutación de la verdad por alguno de los procedimientos o formas que enumera el artículo 390 del Código Penal.

Así reza el artículo:

[Artículo 390.](#)

*1. Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad:*

*1. Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.*

*2. Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.*

*3. Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.*

*4. Faltando a la verdad en la narración de los hechos.*

*2. Será castigado con las mismas penas a las señaladas en el apartado anterior el responsable de cualquier confesión religiosa que incurra en alguna de las conductas descritas en los números anteriores, respecto de actos y documentos que puedan producir efecto en el estado de las personas o en el orden civil.*

Además es necesario que la *mutatio veritatis* recaiga sobre elementos capitales o esenciales del documento y ésta tenga la entidad suficiente para poder afectar a las normales relaciones jurídicas. En este caso está claro que sucede ya que se elaboran una serie de gacturas por servicios médicos inexistentes, esta falsedad tiene la suficiente entidad.

Además, es necesario en la conducta típica el elemento subjetivo que requiere el conocimiento en el agente de que altera conscientemente la verdad por medio de una mutación o suposición documental<sup>3</sup>

Importante señalar que no es un delito de propia mano, es por ello que considero responsables tanto a los socios como a la administradora de la sociedad SERVICIOS MÉDICOS S.L., ya que para la comisión de este delito basta el concierto y reparto de papeles ejecutivos de modo que es autor tanto quien falsifica materialmente como quien se aprovecha de la acción teniendo dominio funcional sobre la falsificación, y todos ellos se aprovechan de la acción.

En relación a la falsedad cometida por particular se refiere el artículo siguiente:

[Artículo 392.](#)

*1. El particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del [artículo 390](#), será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.*

*2. Las mismas penas se impondrán al que, sin haber intervenido en la falsificación, traficare de cualquier modo con un documento de identidad falso. Se impondrá la pena de prisión de seis meses a un año y multa de tres a seis meses al que hiciere uso, a sabiendas, de un documento de identidad falso.*

*Esta disposición es aplicable aun cuando el documento de identidad falso aparezca como perteneciente a otro Estado de la Unión Europea o a un tercer Estado o haya sido falsificado o*

<sup>3</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de julio del 2010, del 22 de diciembre del año 2010 y del 24 de febrero del 2011.

*adquirido en otro Estado de la Unión Europea o en un tercer Estado si es utilizado o se trafica con él en España.*

Es la conducta producida en el supuesto ya que le sujeto activo del delito no tiene la condición de funcionario en el ejercicio de sus funciones.

Asimismo, como ya dije, se trata de un delito continuado tal y como viene regulado en el artículo 74 del Código Penal:

#### Artículo 74.

*1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.*

*2. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.*

*3. Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.*

En el artículo se refiere a la ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, lo que sucede en el supuesto, durante los distintos ejercicios que tuvo que presentar la sociedad SERVICIOS MÉDICOS S.L., en los distintos años se aprovechó idéntica ocasión para realizar la conducta típica de falsedad documental.

#### **Reforma que introduce la LO/2010 de 22 de junio en el Código Penal.**

No obstante, y a pesar de todo lo dicho, estos artículos: el de la responsabilidad de las personas jurídicas y el de blanqueo de capitales, se crearon en virtud de la LO 5/2010 de 22 de junio, que entró en vigor conforme a la Disposición Final Séptima de esta ley y a los 6 meses de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado. Por lo tanto, se aplicará a todos los hechos punibles que se cometan a partir de su vigencia. Por tanto, sólo se cometerían los delitos a partir de su entrada en vigor, porque conforme a esta Disposición final séptima y al artículo 2.1 del Código Penal no es aplicable a los hechos cometidos con anterioridad a la vigencia de esta ley. Sólo se castigaría lo cometido en el 2011, únicamente sería perseguible de blanqueo de capitales y de responsabilidad de las personas jurídicas el delito cometido contra la Hacienda Tributaria referente al año 2011, y a las personas físicas para el blanqueo de capitales de ese año.

Por cuanto que la regulación antigua que modificó el delito de blanqueo de capitales establecía que el *que adquiera, convierta o transmita bienes sabiendo que tiene su origen ilícito o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito*, por lo que la mera posesión o utilización del bien por sí misma ya no sería delictiva.

En cuanto al blanqueo procedente de las actividades abortivas desconociendo la fecha de los hechos sólo se podrán perseguir aquellas por blanqueo de capitales realizadas a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010.

## 7.POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA AMNISTÍA

La Asociación Española de Asesores Fiscales (Aedaf) cree que la amnistía fiscal promovida por el Gobierno podría ser inconstitucional por ser contraria al mandato contenido en el artículo 86 de la Constitución, tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional. Tal artículo referido a los Decretos-leyes establece lo siguiente:

### Artículo 86.

*1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título Primero, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al derecho electoral general.*

*2. Los Decretos-Leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario.*

*3. Durante el plazo establecido en el apartado anterior las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de Ley por el procedimiento de urgencia.*

Como ya sabemos nos encontramos en un *Estado social y democrático de Derecho* tal y como promulga nuestra Carta Magna en su artículo primero. Al ser la Constitución nuestra norma suprema, ya que en ella misma se dice en su artículo noveno que *Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*, y, además, que dicha norma suprema *garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.*

Así pues, no tendría sentido que una norma con rango de Ley, y mucho menos con rango inferior, se pueda promulgar infringiendo o contradiciendo nuestra norma suprema. En este sentido, la Sentencia de 29 de abril de 1981 del Tribunal Constitucional ha afirmado que su principal función es “la defensa de la Constitución, al afirmar su primacía y privar de todo efecto a las leyes contrarias a la misma, excluyendo del ordenamiento jurídico a las disconformes con la Constitución”.

A pesar de ello, dicho órgano tampoco posee el monopolio exclusivo en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad, puesto que los tribunales ordinarios tienen competencias sobre la derogación de las normas y en el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Ante esta situación, el Tribunal Constitucional sólo conoce en exclusiva del control abstracto de las normas, que se realiza mediante el recurso de inconstitucionalidad.

Al margen de lo dicho, considero que hay que tener en cuenta que el control de la constitucionalidad de las leyes subyace un conflicto político indudable que afecta no solamente a la teórica soberanía del Parlamento, sino especialmente a la relación de fuerzas políticas en el presente, puesto que la declaración de inconstitucionalidad supone un conflicto entre mayoría y minoría.

Es importante señalar, que el artículo 161.1<sup>4</sup> CE se refiere a “*leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley*”. En este caso se trata de una norma con rango de ley, y, por tanto, el Tribunal Constitucional será competente para conocer del recurso de inconstitucionalidad promovido contra el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo.

Referirnos a los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad regulados en el Título II del Capítulo I de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, en virtud de la cual podemos decir que dichos procedimiento son el instrumento a través del cual el Tribunal Constitucional garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia, así, la conformidad o disconformidad con dicha norma suprema que puedan tener las Leyes, las disposiciones o los actos.

En el apartado segundo artículo 27 de la citada Ley Orgánica 2/1979 se establece que serán susceptibles de declaración de inconstitucionalidad :

*a. Los Estatutos de Autonomía y las demás Leyes Orgánicas.*

*b. Las demás Leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de Ley. En el caso de los Decretos Legislativos, la competencia del Tribunal se entiende sin perjuicio de lo previsto en el número seis del [artículo 82 de la Constitución](#).*

*c. Los Tratados Internacionales.*

*d. Los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales.*

*e. Las Leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas, con la misma salvedad formulada en el apartado b respecto a los casos de delegación legislativa.*

*f. Los Reglamentos de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.*

Junto a ello se plantea la posibilidad de otros objetos de control de constitucionalidad como pudieran ser los reglamentos y la jurisprudencia. Pero en el caso lo que no interesa señalar es que el Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, que se encuentra en vigor es susceptible de ser declarado inconstitucional.

---

#### 4. Artículo 161. Constitución Española

*1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer.*

*a. Del recurso de inconstitucionalidad contra Leyes y disposiciones normativas con fuerza de Ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de Ley, interpretada por la jurisprudencia, afectara a esta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.*

*b. Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el [artículo 53.2, de esta Constitución](#), en los casos y formas que la Ley establezca.*

*c. De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de estas entre si.*

*d. De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las Leyes orgánicas.*

*2. El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses.*

En lo que se refiere a este caso es de actualidad que el PSOE presentó un recurso de inconstitucionalidad contra la amnistía fiscal dictada por el Gobierno que, como ya expliqué, en líneas generales permite la regularización de la situación fiscal mediante el pago de un 10% de los bienes descubiertos voluntariamente en el caso de que las rentas sean superiores a 100.000 euros. Asimismo, el Partido Socialista presentó un recurso contencioso-administrativo para solicitar la suspensión cautelar de la amnistía fiscal.

Decir que tanto la posibilidad de acogerse a la amnistía como el posterior recurso presentado por el PSOE ha generado una viva polémica acerca de si en realidad es conveniente regularizar o no los bienes ocultos y todas las posibles consecuencias futuras que ello conllevaría.

El principal problema podría llegar en el momento en el que el Tribunal Constitucional admitiese a trámite el recurso y, sobre todo, si acepta la inconstitucionalidad de la amnistía fiscal. Cabe cuestionarse qué pasaría si la regularización no hubiese existido, si se estimase el recurso de inconstitucionalidad planteado ante el Tribunal Constitucional, sería la hipótesis en el que la sociedad hubiese regularizado su situación tributaria pero más adelante el Tribunal Constitucional establece que el R.D.12/2012 es inconstitucional.

Ante esta situación, considero relevante analizar los efectos que pueden provocar las sentencias de declaración de inconstitucionalidad. Hay quien afirma que la declaración de inconstitucionalidad de una norma deriva necesariamente la declaración de nulidad de la misma. Sin embargo, es necesario, en este caso, al igual que ocurre en el Derecho comparado, hacer referencia a la posibilidad de separar la declaración de inconstitucionalidad de la de nulidad, para con ello poder prevenir situaciones de vacío legislativo, una situación que no está legalmente prevista, y mucho menos con plazo temporal determinado. A pesar de ello acudiendo a la jurisprudencia hay una sentencia, concretamente la Sentencia del Tribunal Constitucional 195/1998 en la que el Tribunal estableció que la declaración de inconstitucionalidad de esa Ley no debía llevar aparejada la inmediata declaración de nulidad, cuyos efectos quedaría diferidos en el momento en el que la Comunidad Autónoma aprobase la correspondiente disposición por la cual las Marismas de Santoña fuesen declaradas espacio natural protegido bajo alguna de las figuras previstas legalmente.

Se puede afirmar, por tanto, que si el recurso triunfase las consecuencias legales serían las que se contemplasen en la propia normativa derogatoria. En general, entiendo podría suponer que dejase de ser de aplicación a partir del momento de su entrada en vigor.

De este modo, podemos referirnos a otras sentencias que vino a reiterarse en la idea de que no siempre es necesaria la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad, como las Sentencias del Tribunal Constitucional 237/2007, 96/1986 y 235/1999. Especialmente me interesa nombrar una, se trata de la Sentencia del Tribunal Constitucional número 237/2007, sobre determinados preceptos de la Ley de Extranjería. Así señala a lo largo de la sentencia en donde expone que *“la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual de alguna de éste, sino en su omisión”*.

En este caso concreto considero que como se ha visto, el Tribunal es probable que rechazase la declaración de nulidad como consecuencia necesaria de la declaración de inconstitucionalidad que se trata de una situación como las que vimos en las que se produciría un vacío normativo no deseable. Ya que si el recurso presentado por el Partido Socialista, el día 25 de junio de 2012, prosperase podríamos entrar en una situación en la cual gran parte de la gente y sociedades que

hubiesen regularizado su situación tributaria a causa de las ventajas que ello les proporcionaba como lo es ese 10%, se podría encontrar en una situación poco aconsejable en la que estuviesen llenos de liquidaciones complementarias, intereses y sanciones, sin contar, que es lo que nos interesa en el supuesto, que el delito fiscal volvería a aplicarse en toda su extensión.

No obstante, a pesar de lo dicho, un tema realmente relevante y que debemos tener en cuenta es que el Tribunal suele tardar años en pronunciarse, incluso cuatro o cinco años. Así que ello conllevaría que en la práctica la mayor parte de las declaraciones presentadas para regularizar bienes ocultos ya estarían prescritas, si transcurriesen cuatro años, a contar desde el 30 de noviembre.

Además, decir, que ha habido otros casos similares de recursos de inconstitucionalidad que se plantearon contra normas tributarias y llegaron a triunfar. Y, en general, se solía interpretar, por razones de seguridad jurídica que una declaración no es firme en el momento en el que el ciudadano presenta la auto-liquidación; sino que lo sería cuando ya hubiese transcurrido el periodo de prescripción fiscal. El inconveniente y el mayor problema ante el que nos encontramos es que no hay, en la actualidad, una ley que regule esta realidad y, ello conlleva, que nada se puede dar por sentado.

En este caso, considero que si se declara inconstitucional al Real Decreto-Ley 12/2012, no supondría necesariamente la declaración de nulidad de la misma. En todo caso, que se dejase de aplicar desde la declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, para no entrar en una situación indeseable e irregular para aquellas personas tanto físicas como jurídicas que acogándose a la amnistía hubiesen regularizado su situación y se encontrasen de repente tras haber aplicado la normativa vigente en que se encuentran con grandes cantidades de dinero no declaradas lo que podría suponer que, de repente se les acusase de la comisión de infracciones o delitos, con sanciones, penas de multa o hasta de cárcel. Ello proporcionaría una gran inseguridad jurídica al ciudadano y no sería una situación deseable.

## **8.EL SECRETO PROFESIONAL Y EL BLANQUEO DE CAPITALS:**

Tanto la Directiva 2005/60/CE como la ley española 10/2010, por lo que se refiere al secreto profesional que nos encontramos analizando, introducen un regulación que considero equilibrada. Por un lado, si el abogado se encuentra realizando funciones de defensa, se puede decir que lo que está en juego es la tutela judicial efectiva consagrada en la Constitución en su artículo 24, por lo tanto es evidente que debe respetarse este derecho intocable. Aquí el correspondiente abogado estará defendiendo tanto el derecho individual y particular de su cliente, como un interés de carácter supraindividual, que sería la garantía de que cualquier ciudadano tiene derecho siempre a un juicio justo.

Por otro lado, cuando el abogado actúa en una simple gestión de negocios de su cliente, no se tiene por qué encontrar en el caso del secreto profesional que serviría a un bien jurídico de calidad superior, sino que puede tratarse de una gestión proyectada en labores de defensa en algún proceso pendiente o en expectativa de iniciarse, se trataría de una defensa o asesoramiento legítimo, pero de carácter privado. Ya no nos encontraríamos en esa dimensión de interés público, así que, en este caso este asesoramiento debería ceder ante un interés que se considera superior, nos referimos al interés superior del Estado en la Prevención del Blanqueo de Capitales.

Centrando la cuestión en la normativa relativa al Blanqueo de Capitales, en España a lo largo de la última década ha aumentado impulsada por las Directivas 2001/97/CE y 2005/60/CE, lo que ha provocado aumentar considerablemente las obligaciones de control y de denuncia de los profesionales sobre sus propios clientes. Todo ello va relacionado con la confianza que va unida a estas relaciones y con el correlativo deber de secreto profesional.

Las nuevas obligaciones, o por lo menos más acentuadas, de los profesionales del derecho de identificación, de búsqueda del titular real, de comprobación, de negociación de fondos o de seguimiento del negocio, que deben asumir conlleva la entrada de un novedoso escenario que provocar problemas de desconfianza.

Por lo que se refiere a la abogacía, es evidente la confrontación que existe entre el colectivo y las obligaciones antiblanqueo, debido, especialmente, a la Segunda Directiva 2001/97/CE que incluye a este colectivo como sujetos obligados. Al introducir estas novedades, se deben estudiar los distintos derechos en juego ante los que nos encontramos. Ciertamente es, que si concebimos una sociedad como libre, el derecho de defensa está unido al de asistencia jurídica prestado por un abogado que sea independiente y que se encuentre liberado de cualquier obligación de vigilancia hacia su propio cliente.

Por un lado encontramos el derecho de defensa, que podemos decir que comprende tanto la defensa en juicio como el asesoramiento jurídico, tal y como se señala en el artículo 6 del Estatuto de la Abogacía. Unido a ello podemos referirnos a la confidencialidad que en principio es incompatible con las obligaciones de control al cliente e información por parte del profesional de la abogacía al SEPBLAC (El Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias), lo cual es el centro de la regulación creada por las Directivas de la Unión Europea y la Ley española 10/2010.

En la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 542.3 se contempla el secreto profesional y así se dice que:

*Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos.*

No obstante, y a pesar de lo dicho a veces los abogados también actúan fuera del ámbito del derecho de defensa, al utilizar sus conocimientos jurídicos por ejemplo para la gestión de negocios de los clientes, el manejo de sus fondos, la realización en nombre de los clientes de operaciones mercantiles o en operaciones inmobiliarias.

No parece razonable que dicha condición de abogado con el correspondiente deber profesional pueda ser usada como mecanismo para el refugio o para el lavado de fondos que provengan de actividades delictivas. Es de actualidad que ha habido asuntos en los que los profesionales de esta profesión estaban implicados en actividades delictivas al mostrar participación en operaciones mercantiles, fundamentalmente inmobiliarias, que estaban relacionadas con el blanqueo de capitales, en las cuales actuaban como apoderados, administradores e incluso como testaferros.

En los últimos años se ha aumentado la necesidad de acudir a profesionales debido al creciente control antiblanqueo que se ha ido implantando, junto con el progresivo retroceso que se ha producido relativo a los paraísos fiscales; las entidades bancarias, los casinos, las empresas de envío de fondos han demandado más abogados u otros profesionales en la materia para todo tipo de operaciones de blanqueo, utilizando como cobertura para sus actividades la honorabilidad que proporcionan esos asesoramientos lícitos.

Tras lo dicho, observamos que tanto el secreto profesional como nuestra propia libertad de actuación quedarían suficientemente protegidos frente a las rigurosas obligaciones que exige la normativa referida al Blanqueo de Capitales. Para empezar, dichas obligaciones sólo serían aplicadas cuando la actuación del profesional se proyectase sobre determinadas materias reguladas en el apartado ñ) del artículo 2 de la Ley 10/2010 :

*La presente Ley será de aplicación a los siguientes sujetos obligados:*

*ñ) Los abogados, procuradores u otros profesionales independientes cuando participen en la concepción, realización o asesoramiento de operaciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, la gestión de fondos, valores u otros activos, la apertura o gestión de cuentas corrientes, cuentas de ahorros o cuentas de valores, la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fideicomisos («trusts»), sociedades o estructuras análogas, o cuando actúen por cuenta de clientes en cualquier operación financiera o inmobiliaria.*

En definitiva se trata de materias que tratan sobre gestión de negocios o fondos del cliente: compraventa de inmuebles o entidades comerciales, gestión de fondos, valores o activos, apertura o

gestión de cuentas corrientes, de ahorro o de valores, organización de empresas, fideicomiso o estructuras análogas o actuación por cuenta del cliente en operaciones financieras o inmobiliarias.

Lo que conlleva, que quedan al margen de la Ley 10/2010 todas aquellas materias ajenas a este artículo en las cual exista cualquier actuación o relación profesional con el cliente.

Siguiendo con el análisis del alcance del secreto profesional, se debe decir, que incluso dentro de este ámbito de materias restringido, no siempre está sujeta la intervención del abogado a las obligaciones que se establecen, sino que cuando se encuentre el abogado cuando su actividad profesional simplemente afecte al derecho de defensa, bien en el caso de que se trate de un procedimiento iniciado ya o potencial, como el simple asesoramiento que puede proporcionar a su cliente para determinar su posición jurídica en el hipotético procedimiento, o cuando trate de evitar que su cliente entre en dicho proceso.

A pesar de ello, no es sencillo saber cuando el abogado se encuentra actuando dentro del margen protegido por el secreto profesional. La delimitación no es clara. Es pequeña la línea que separa al derecho de defensa con las obligaciones que debe realizar el profesional. En las materias del citado artículo segundo en su apartado ñ, está claro que el abogado queda sujeto cuando interviene en la concepción, realización o asesoramiento. Este será el asesoramiento común, que se encuentra sujeto a las obligaciones de la ley y, por otro lado, tendríamos el asesoramiento libre que se enfoca en determinar la posición que pueda tener el cliente en un proceso futuro sobre las mismas materias.

La Ley lo que ha creado es una dualidad de asesoramiento que presentan regímenes distintos, lo que puede provocar inseguridad jurídica. Está claro que un abogado en cualquier operación o negocio relativo a un cliente el asesoramiento se encuentra totalmente ligado al análisis de los posibles riesgos y de las posibilidades de apertura de procedimientos en el futuro.

En el caso, el letrado Xaime Castro, proporciona, entre otros, asesoramiento fiscal. La Ley se refiere también al secreto de los abogados dedicados al asesoramiento fiscal. En esta caso la Ley 10/2010 configura a los asesores fiscales como sujetos obligados plenos, lo que conlleva a que no se les aplica ninguna exclusión en determinadas materias, como vimos que pasaba en general con los abogados, y tampoco se considera la posibilidad de que su trabajo profesional en este caso, pueda relacionarse con el derecho de defensa. Decir que es incuestionable que la práctica del Derecho Tributario constituye una materia objetiva del ejercicio de esta profesión de la abogacía en virtud de lo dispuesto en los artículos 6 y 8 del Estatuto de General de la Abogacía Española.

La norma a la que me referí con anterioridad, es la **Directiva 2001/97/CE** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales. Lo que se pretende con esta norma es seguir garantizando un elevado grado de protección del sector financiero y de otras actividades vulnerables frente a los efectos perjudiciales de las actividades delictivas.

El ámbito de aplicación de la Directiva se centra en las actividades de las agencias de

cambio y las empresas de envío de dinero. Uno de los aspectos relevantes de esta directiva es que se amplía el ámbito de los delitos subyacentes a cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito grave, además, de la ampliación del ámbito de los sujetos obligados, incluyendo tanto a auditores, contables externos como a asesores.

Finalmente, también se dispone que los notarios y los profesionales independientes del ámbito jurídico deben estar sujetos a lo dispuesto en la Directiva cuando participen en operaciones financieras, empresariales o inmobiliarias, incluido el asesoramiento fiscal en las que exista el mayor riesgo de que se empleen indebidamente a fin de blanquear el producto de actividades delictivas.

En la Directiva se señala que cuando miembros independientes de profesiones legalmente reconocidas y controladas que prestan asesoramiento jurídico, como los abogados, estén determinando la situación jurídica de sus clientes o ejerciendo la representación legal de los mismos en acciones judiciales, *sería improcedente imponer a dichos profesionales respecto de estas actividades, en virtud de lo dispuesto en la Directiva, la obligación de notificar sospechas de blanqueo de capitales*. Se considera que es preciso que existan dispensas a la obligación de notificación de la información obtenida antes, durante o después del proceso judicial, o en el momento de la determinación de la situación jurídica de un cliente.

Entendemos pues, que el asesoramiento jurídico seguirá estando sujeto a la obligación de secreto profesional. No obstante, se exceptúan de lo dicho aquellos casos *el asesor letrado esté implicado en actividades de blanqueo de capitales, de que la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo de capitales, o de que el abogado sepa que el cliente busca el asesoramiento jurídico para el blanqueo de capitales*. En los hechos del supuesto, es evidente que el letrado Xaime Castro asesora jurídicamente a la sociedad, y la finalidad de ese asesoramiento jurídico es la evasión fiscal, y el correspondiente blanqueo de capitales. Lo que conlleva, a como ya expliqué anteriormente al referirme a las responsabilidades penales y sujetos responsables por haber cometido hechos tipificados en nuestro ordenamiento jurídico como delito, que dicho letrado está implicado en las actividades de blanqueo de capitales.

Finalmente, referimos al hecho de que el problema analizado se agrava porque al trasponerse la Directiva a la legislación nacional mediante la ley 19/2003 de 4 de julio, el legislador español, entre las funciones que situaban al Abogado en dicha colaboración con la prevención, incluyó la función de “participar en el asesoramiento”. Ya sabemos que el asesoramiento, cuando es de tipo jurídico, a diferencia de lo que sería la gestión, las administración o la representación, se trata de una función del abogado, que actúa como profesional de la materia y se encuentra definido por Ley como el Licenciado en Derecho que se dedica profesionalmente a la defensa, al asesoramiento y al consejo jurídico.

Así se refiere el artículo 542 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en el Título Segundo referido a los abogados y a los procuradores.

#### Artículo 542.

*1. Corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico.*

*2. En su actuación ante los juzgados y tribunales, los abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de buena fe, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados por aquéllos en su libertad de expresión y defensa.*

*3. Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos.*

Al realizarse esta exigencia por el legislador español se debe hacer una interpretación muy cuidadosa y casuística de cada caso concreto. Todo ello conlleva a que el Abogado se encuentre en un terreno complicado, que como ya dije , puede llevar a la inseguridad jurídica. Es difícil a la hora de la verdad, actuar conforme a esta normativa, si el abogado comunica al SEPBLAC lo que no debe comunicar podría estar cometiendo un delito que se encuentra tipificado relativo a la revelación de los secretos de su cliente, pero si, por el contrario, no comunica lo que tiene obligación de comunicar además de poder incurrir en multas muy elevadas, podría estar cometiendo un delito.

Los conceptos utilizados por la Ley de indicios o certeza son claramente subjetivos, lo que podría provocar una interpretación de la norma contradictoria en similares situaciones.

## **9.DERECHEO PROCESAL PROCESAL: cuestiones que se plantean en caso de abrirse una investigación judicial en España.**

Por lo que se refiere a las cuestiones procesales que nos podríamos plantear ante estos hechos primero, se han de estudiar las normales reguladoras de la competencia territorial para poder concretar qué órganos judiciales, que ostenten jurisdicción y competencia objetiva, tienen atribuida la competencia por razón del territorio. En el orden penal, en el que nos encontramos, la competencia territorial se configura siempre *ex lege* y, por lo tanto, no cabe sumisión.

Sin embargo, determinar el lugar de comisión del delito no es tarea fácil en determinados supuestos, especialmente en el que estamos analizando, ya que incluso llegamos a tener delitos cometidos a distancia en el que la actividad criminal se genera en un lugar, como Portugal o Gibraltar, y el resultado en otro, España. En este sentido para poder concretar el lugar de comisión del hecho delictivo han surgido diversas teorías en el ámbito doctrinal: la teoría de la actividad, la teoría del resultado y la teoría de la ubicuidad o unitaria, acogida en el Derecho comparado.

En los hechos del caso, encontramos entre los distintos delitos cometidos, elementos o nexos comunes que justificarán su enjuiciamiento conjunto. Para ser más precisos, podemos apreciar elementos comunes tanto por lo que se refiere a los inculpados, dándose así, lo que llamamos conexidad subjetiva; como por lo relativo a los hechos cometidos, que es lo que entendemos como conexidad objetiva.

De esta manera, es necesario referirnos a la Ley de Enjuiciamiento Criminal que en su artículo 17 establece lo siguiente:

### ***Artículo 17.***

*Considérense delitos conexos:*

- 1. Los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas, siempre que éstas vengan sujetas a diversos Jueces o Tribunales ordinarios o especiales, o que puedan estarlo por la índole del delito.*
- 2. Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello.*
- 3. Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución.*
- 4. Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos.*
- 5. Los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados.*

Basándonos en dicho artículo analizaremos los distintos supuestos de conexidad que se dan en el presente caso. Está claro que se da tanto la conexidad subjetiva como la objetiva, respecto de la primera decir que son delitos cometidos por dos o más personas en diferentes lugares y tiempos y considero que

ha precedido concierto para ello, tanto para el delito de blanqueo de capital como para el de aborto, tal y como podemos deducir perfectamente los hechos. Además, el delito de blanqueo de capital considero que se comete como medio para facilitar la ejecución del delito de aborto que se comete en la clínica de Lisboa, que aunque como explicaré más adelante este delito excede de la competencia de los Tribunales españoles, considero interesante estudiar estos aspectos partiendo de la hipótesis de que se pudiera juzgar en España. Asimismo, por lo que se refiere al delito contra la Hacienda Pública, se dan ciertos elementos comunes o nexos con los restantes delitos que van a justificar su enjuiciamiento conjunto.

En la Constitución Española en su artículo 24, se declara que todo ciudadano tiene derecho a ser juzgado por el juez o Tribunal que le corresponde por Ley. Nos encontramos ante un derecho fundamental. Por ello, es necesario establecer una serie de reglas o criterios que determinen qué juez o Tribunal será el competente, en todo momento, para conocer de cada causa.

Atendiendo al supuesto de hecho que estamos analizando, en primer lugar, no resulta claro afirmar que serán competentes los órganos judiciales españoles que formen parte de la jurisdicción penal, ya que no se trata de la comisión de una serie de delitos en territorio español, aunque sí por ciudadanos de nacionalidad española.

Por último, referirnos a la conexidad mixta, existente entre los distintos delitos cometidos relativos al delito de blanqueo de capital. Se trata del supuesto comprendido en el apartado 5 de dicho artículo 17, ya que tales delitos se les imputan a las mismas personas y se puede encontrar analogía o relación entre sí, por lo que se refiere a la persona jurídica y a las distintas personas físicas que cometieron tales actividades ilícitas.

Una vez dicho eso, lo importante será determinar qué órgano judicial concreto tiene competencia para conocer de este proceso penal. Para ello, existen tres criterios generales: el objetivo, el funcional y el territorial. Sin embargo, dado que nos encontramos ante un caso de conexidad delictiva, tenemos que prestar especial atención, primero, al artículo 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que nos señala que los delitos conexos se comprenderán en un solo proceso y segundo, al hecho de que cuando se lleva a cabo este enjuiciamiento conjunto, se pueden producir alteraciones en las normas generales de competencia.

Efectivamente, la competencia territorial podrá experimentar ciertas variaciones, fundamentalmente cuando los delitos o faltas vinieran atribuidos al conocimiento de Tribunales del mismo tipo, pero radicados en lugares distintos por aplicación de los fueros legales, produciéndose una derogación de las disposiciones sobre competencia general y entrando en juego las reglas del artículo 18 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que dispone lo siguiente:

***Artículo 18.***

*1. Son Jueces y Tribunales competentes, por su orden, para conocer de las causas por delitos conexos:*

- 1. El del territorio en que se haya cometido el delito a que esté señalada pena mayor.*
- 2. El que primero comenzare la causa en el caso de que a los delitos esté señalada igual pena.*
- 3. El que la Audiencia de lo criminal o el Tribunal Supremo en sus casos respectivos designen, cuando las causas hubieren empezado al mismo tiempo, o no conste cuál comenzó primero.*

2. No obstante lo anterior, será competente para conocer de los delitos conexos cometidos por dos o más personas en distintos lugares, si hubiera precedido concierto para ello, con preferencia a los indicados en el apartado anterior, el juez o tribunal del partido judicial sede de la correspondiente Audiencia Provincial, siempre que los distintos delitos se hubieren cometido en el territorio de una misma provincia y al menos uno de ellos se hubiera perpetrado dentro del partido judicial sede de la correspondiente Audiencia Provincial.

De la investigación sería competente, al cometerse en diferentes provincias o incluso fuera del territorio nacional, conforme al artículo 23 LOPJ, la Audiencia Nacional. Por lo tanto, como hay delitos que se han cometido fuera de España sería competente la Audiencia nacional conforme al art 65.1.e LOPJ. Que nos dice *La sala de lo penal de la Audiencia Nacional conocerá:*

*1. Del enjuiciamiento, salvo que corresponda en primera instancia a los Juzgados Centrales de lo Penal, de las causas por los siguientes delitos:*

*a. Delitos contra el Titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor, altos organismos de la Nación y forma de Gobierno.*

*b. Falsificación de moneda y fabricación de tarjetas de crédito y débito falsas y cheques de viajero falsos, siempre que sean cometidos por organizaciones o grupos criminales.*

*c. Defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas que produzcan o puedan producir grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil, en la economía nacional o perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una audiencia.*

*d. Tráfico de drogas o estupefacientes, fraudes alimentarios y de sustancias farmacéuticas o medicinales, siempre que sean cometidos por bandas o grupos organizados y produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas audiencias.*

*e. Delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las Leyes o a los tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales Españoles.*

*En todo caso, la sala de lo penal de la Audiencia Nacional extenderá su competencia al conocimiento de los delitos conexos con todos los anteriormente reseñados.*

Respecto a la cuestión de si se pueden o no tomar medidas contra la sociedad antes de dictarse sentencia la respuesta sería afirmativa ya que se podrían adoptar medidas 33.7 CP que establece que *La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.* en relación con el artículo 129 del CP que declara lo siguiente:

*1. En caso de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el [artículo 31 bis de este Código](#), el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del [artículo 33.7](#).*

*Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.*

*2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos o faltas por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.*

*3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el [artículo 33.7](#).*

También considero que sí que se pueden intervenir las comunicaciones de la sociedad porque se trata de un delito grave en el que estaría justificada su adopción mediante un auto motivado que dictase el juez de instrucción. Asimismo también defiendo que es posible acordar un registro de las sedes de la sociedad. Al adoptarse tales medidas el derecho a la intimidad de la persona física puede verse afectado y, por lo tanto, deberán de respetarse una serie de requisitos. Así pues considero que es imprescindible hacer mención a las medidas limitadoras de los derechos fundamentales. Antes de nada, hay que señalar que en el ámbito del proceso penal, rige el dogma de la búsqueda de la verdad, pero esta investigación está sometida al límite del necesario respeto de los derechos fundamentales de la persona, recogidos en la Norma Suprema de nuestro ordenamiento. Es evidente que en la investigación del hecho punible se puede producir, pues, una relación conflictiva entre el interés de la comunidad jurídica, en la persecución de los delitos, y los intereses de los ciudadanos que se encuentren afectados por el procedimiento. Esto nos obliga a recurrir a uno de los principios rectores del derecho procesal, estamos hablando del principio de proporcionalidad.

Me centraré especialmente en una medida limitadora de derechos fundamentales recogidos en la Constitución, como es la entrada y registro en lugar cerrado. Se produce un conflicto con el derecho fundamental recogido en la Constitución española, en su artículo 18, relativo a la inviolabilidad del domicilio. Este dispone: *“El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.”* Se trata de un derecho que se encuentra, además, reconocido en tratados internacionales suscritos por España. También se establece en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 545: *“Nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España sin su consentimiento, excepto en los casos y en la forma expresamente previstos en las leyes.”*

El lugar del que estamos hablando no se trata de un domicilio, ya que nuestra ley establece que lo es todo edificio o lugar cerrado, o la parte de él destinada principalmente a la habitación de cualquier español, o extranjero residente en España y de su familia. En este caso se trata de una sede de la sociedad y, por lo tanto, no se vulneraría tal derecho fundamental por lo que se refiere a la entrada y registro de un lugar cerrado.

En este caso nos referimos a la entrada y registro en los edificios y lugares públicos, así es necesario acudir al artículo 546 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal conforme a la cual el Juez o Tribunal que conociere la causa podrá decretar la entrada y registro, de día o de noche, en todos los edificios y lugares públicos, sea cualquiera el territorio en que radiquen, cuando hubiere indicios de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos

que puedan servir para su descubrimiento y comprobación.

A tales efectos la ley en su artículo 547 realiza una definición legal de edificio o lugar público considerando que se trata de los siguientes:

- 1. Los que estuvieren destinados a cualquier servicio oficial, militar o civil del Estado, de la Provincia o del Municipio, aunque habiten allí los encargados de dicho servicio o los de la conservación y custodia del edificio o lugar.*
- 2. Los que estuvieren destinados a cualquier establecimiento de reunión o recreo, fueren o no lícitos.*
- 3. Cualesquiera otros edificios o lugares cerrados que no constituyeren domicilio de un particular con arreglo a lo dispuesto en el artículo 554.*
- 4. Los buques del Estado.*

En el caso de las intervenciones telefónicas, que se trata de otras diligencias de instrucción que afectan a derechos fundamentales, primero decir que se trata de aquellas medidas instrumentales restrictivas o limitativas del derecho fundamental, en este caso sí, al secreto de las comunicaciones, que se adoptan y se controlan por el Juez competente, en la fase de instrucción del proceso, y con sujeción al principio de proporcionalidad, consisten en la captación y toma de conocimiento de las conversaciones, que, por vía telefónica, mantiene el imputado con terceros u otros aspectos de la comunicación, a los efectos de aportar al proceso datos relevantes para la averiguación del delito y sus circunstancias.

La intervención en las comunicaciones postales telegráficas y telefónicas: están protegidas en la Constitución Española en el art. 18<sup>5</sup> en su número 3º que garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales telegráficas y telefónicas salvo resolución judicial. Por tanto, para poder restringir este derecho fundamental es necesario una resolución judicial motivada, salvo en un supuesto excepcional que sería en los casos de urgencia en la lucha contra bandas armadas o elementos terroristas en los cuales es suficiente con una comunicación inmediata por escrito motivado al juez competente. En este caso sería necesario una resolución judicial motivada para poder restringir este derecho.

Con respecto a la correspondencia privada postal y telegráfica se establece que el juez podrá acordar la detención de esta correspondencia tanto la que remitió recibiere el procesado y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de ella causa. Este precepto no menciona los paquetes postales pero ya la jurisprudencia ha establecido que tienen la misma protección que la

---

#### *5 Artículo 18. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA*

- 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.*
- 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.*
- 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.*
- 4. La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.*

correspondencia y por tanto si en la apertura de estos paquetes no se observa lo establecido para la correspondencia esta prueba sería nula.

Asimismo respecto a la intervención de las comunicaciones, que es lo que nos interesa para la resolución del caso y poder saber si la sociedad puede ser objeto de una intervención telefónica, se establece en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que el juez podrá acordar en resolución motivada la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

Podemos decir que los requisitos se exigen para adoptar la intervención telefónica son los siguientes:

Primero será necesaria una resolución judicial motivada que esté basada en la existencia de sospechas fundadas en datos objetivos de la comisión de una infracción punible por parte del imputado cuyo teléfono va a ser intervenido. Además, se deberá respetar que respetar el principio de proporcionalidad, lo que supondrá realizar una valoración de la idoneidad y necesidad de adoptar dicha medida para averiguar el delito investigado y que sea proporcional en atención a la gravedad del hecho investigado. En este caso sería proporcional ya que están en juego la averiguación de los hechos para poder atribuir responsabilidades penales a los distintos implicados en los delitos cometidos por la sociedad.

No podrá acordarse de una manera indefinida sino que debe fijarse el periodo de su duración máxima que será de 3 meses y que podrá ser prorrogado por la autoridad judicial. Igualmente será preciso que esta medida tenga una finalidad probatoria encaminada al descubrimiento del delito en el que se investiga la causa criminal. Lo cual sucede en el caso, dicha medida se aplicaría con el único fin de ayudar a la investigación y averiguación de los hechos y de los posibles implicados en esos hechos.

Asimismo se necesitará que se indique el delito por el que se acuerda la intervención telefónica sin que quepa investigar acciones criminales distintas por lo que si en la intervención telefónica surgen nuevos hechos delictivos que no se recogían en la autorización judicial deberá de obtenerse una nueva autorización judicial para ampliar la intervención telefónica al nuevo teléfono.

Por último, se requiere que se adopte en el ámbito de un procedimiento penal. Por lo tanto, la intervención telefónica se deberá realizar por lo que se refiere a los delitos presuntamente cometidos y no por lo que se refiere a las infracciones tributarias que cometió la sociedad.

En síntesis, podemos decir, que el objeto de la intervención telefónica ha de estar determinado y recaer sólo en delitos de especial gravedad o significación y se deberá indicar el número o números telefónicos que han de ser intervenidos las personas cuyas conversaciones han de ser interceptadas y la persona encargada de practicar esta diligencia que normalmente se encargará la policía. Estas conversaciones telefónicas se recogerán en un soporte físico original e íntegro en los que conste las conversaciones intervenidas contra inscripción literal de su contenido para su posterior cotejo por el Secretario Judicial. Además deberán de conservarse las cintas donde se recogen las conversaciones telefónicas para su posterior audición en el acto del juicio oral.

En este caso nos encontramos con el problema que suscita el hecho de que intervenir a una persona jurídica conlleva la intervención telefónica que mantiene una persona física, y, por lo tanto, habrá de tenerse especial cuidado en no traspasar el límite de lo que podría ser una intervención en la vida personal del sujeto y lo que sería una intervención de la sociedad que permitan obtener datos relevantes en la investigación del proceso para así poder averiguar el delito, sus autores y demás circunstancias relevantes.

Para hacerlo en Lisboa habría que solicitarlo a las autoridades portuguesas conforme al art 276 LOPJ, que señala lo siguiente:

Artículo 276.

*Las peticiones de cooperación internacional serán elevadas por conducto del Presidente del Tribunal Supremo, del Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia al Ministerio de Justicia, el cual las hará llegar a las autoridades competentes del estado requerido, bien por la vía consular o diplomática o bien directamente si así lo prevén los tratados internacionales.*

Tendrá que autorizarlo el juez portugués, y también en ese mismo sentido se podrán investigar los movimientos de la cuenta de Gibraltar por medio de las autoridades judiciales de gran Bretaña que puedan autorizar los movimientos de cuenta pero no lo puede hacer el Gobierno español sino que es por medio de las autoridades judiciales de gran Bretaña.

Los Tribunales competentes para conocer del asunto será la autoridad de Portugal aunque el artículo 23.2 LOPJ permite intervenir en determinados supuestos.

*Asimismo conocerá de los hechos previstos en las Leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos:*

- a. Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito.*
- b. Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los tribunales españoles.*
- c. Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este ultimo caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.*

En definitiva, respecto a las cuestiones que se planteaban relativas al caso de que se abriese una investigación judicial en España en base a lo explicado sí que se podrían tomar medidas contra la sociedad antes de dictarse sentencia, sí sería posible una intervención de las comunicaciones de la sociedad, también sería viable que se acordase un registro de las sedes de la misma. Más problemas conllevaría llevarlo en Lisboa o en Gibraltar ya que excedería de la competencia de nuestros Tribunales, en todo caso como ya se dijo a habría que solicitarlo a las autoridades portuguesas conforme al art 276 LOPJ. Por lo que se refiere a la cuestión planteada de si se podría o no someter a juicio al responsable de la clínica lisboeta, como expliqué excede de nuestra jurisdicción.

## 10.REPRESENTACIÓN DE LA SOCIEDAD.

En la Ley de Sociedades de Capital establece como competencia del órgano de administración la representación de la sociedad. En el supuesto, será D<sup>o</sup> Ana López, como administradora única de la sociedad con las competencias que le confiere la Ley de Sociedades de Capital la encargada de la representación de la sociedad.

### Artículo 209.LSC Competencia del órgano de administración.

*Es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta Ley.*

Adentrándonos en la norma procesal decir que el artículo 31 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone por lo que se refiere a la intervención del abogado que *Los litigantes serán dirigidos por abogados habilitados para ejercer su profesión en el tribunal que conozca del asunto. No podrá proveerse a ninguna solicitud que no lleve la firma de abogado.*

En lo relativo a la intervención del procurador, en el artículo 23 de dicha norma procesal se dice que *La comparecencia en juicio será por medio de Procurador, que habrá de ser licenciado en Derecho, legalmente habilitado para actuar en el Tribunal que conozca del juicio.*

Por lo tanto, tendrá un Abogado y Procurador y se nombra a un representante especialmente designado por la persona jurídica conforme al artículo 33 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La sociedad como se encuentra *fuera de los casos de designación de oficio previstos en la [Ley de Asistencia Jurídica Gratuita](#)*, establece la Ley que *corresponde a las partes contratar los servicios del procurador y del abogado que les hayan de representar y defender en juicio.*

Además, se nombrará a un defensor judicial tal y como se señala en el artículo 409.bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que en caso de imputación de una persona jurídica, como le sucede en este caso a SERVICIOS MÉDICOS S.L., se deberá tomar declaración al representante especialmente designado por la sociedad, que estará asistido de su abogado.

### Artículo 409 bis.

*Cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, se tomará declaración al representante especialmente designado por ella, asistido de su Abogado. La declaración irá dirigida a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización. A dicha declaración le será de aplicación lo dispuesto en los preceptos del presente capítulo en lo que no sea incompatible con su especial naturaleza, incluidos los derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable.*

*No obstante, la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación determinará que se tenga por celebrado este acto, entendiéndose que se acoge a su derecho a no declarar.*

Como normalmente el administrador está imputado, tal y como sucede en este caso, se habrá de buscar a otra persona. Se nombrará a una persona física que pueda ser interrogada y sea la voz de la sociedad.

La condena de la sociedad y de los socios, como ya aclaré anteriormente y tal y como estipula la norma penal será en paralelo. Y por lo tanto, una condena a la sociedad afectará a la economía porque se le puede imponer una pena de multa, además todas las medidas de intervención, disolución.. hasta puede suponer la no pervivencia de la sociedad.

En principio la adaptación de la sociedad a través de sus modos de conducto a las reglas de buen comportamiento corporativo no afecta a la responsabilidad penal lo de las reglas de conducta, será hecho posteriores en su caso porque se están juzgando hechos anteriores que serán objeto de sanción penal, un cambio de actuación de la sociedad posterior no cambia la naturaleza de los delitos que pudo cometer.

Si la sociedad actúa con arreglo a las normas que le exige la legislación no cometería ningún delito, pero si simplemente lo que trata es de aparentar que las cumple y, por detrás, sigue realizando estas actividades delictivas es claro que sería responsable.

## **11.POSIBILIDAD DE CONVERTIR LA S.L. EN UNA S.A.**

**Ante la posibilidad de que se condene penal o administrativamente a la sociedad, ¿sería posible convertir la S.L. en una S.A.? ¿Cómo? ¿Se podrían evitar responsabilidades? ¿Qué trámites serían necesarios para ampliar el capital de la sociedad y sacar la misma a bolsa?**

La transformación de la SL en otra forma jurídica está regulada en la ley. Se regula la sociedad limitada que adquiera otras formas jurídicas. Las sociedades limitadas, como es el caso, podrán transformarse en sociedades colectivas, anónimas o cooperativas; aunque lo más habitual, como lo que se cuestiona en este caso, es la transformación a SA.

En lo que se refiere a la transformación de la sociedad SERVICIOS MÉDICOS S.L. en una Sociedad Anónima debemos acudir a la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. La cual ha supuesto una total renovación en su regulación y contempla la transformación, fusión, y escisión de sociedades. Esta norma, no únicamente procede a la unificación y ampliación del régimen jurídico de las modificaciones estructurales de las sociedad mercantiles, sino que, además, introduce en nuestro ordenamiento jurídico una regulación concreta para las fusiones transfronterizas y para los traslados internacionales del domicilio social.

Como se señala en la disposición de motivos de la Ley, actualmente, dado el continuado proceso de perfeccionamiento del Derecho de las sociedades mercantiles, nos encontramos ante un sector en permanente evolución y, por tanto, esta Ley tiene singular importancia en este ámbito.

Antes de entrar en el procedimiento, explicar el concepto de las modificaciones estructurales, se trata de aquellos cambios en una sociedad que supongan una alteración radical en su configuración y que no deben considerarse como meras modificaciones de estatutos, ya que afectan a la estructura patrimonial y personal de la empresa.

En concreto, la transformación se trata de una modificación estructural que se encuentra dirigida a la sustitución de la forma social, sin que la sociedad pierda su personalidad jurídica. En líneas generales, de trata del abandono de un régimen jurídico para acogerse a otro que se juzgue más acorde a los intereses de los socios. Todo ello, provocará una modificación en el aspecto contractual de la corporación.

Se puede decir, que con la transformación las sociedades pueden simplificar el paso de unas a otras, evitando de esta forma, los posibles costes que conllevaría una disolución-liquidación-reconstitución de la nueva forma social. En principio se puede hablar de dos tipos de transformación: las homogéneas, referidas al paso de un tipo se sociedad capitalista a otro, y las heterogéneas, referidas a un paso de sociedad personalista a una capitalidad o a la inversa.

Para que una sociedad pueda ser transformada debe encontrarse dentro de los supuestos de transformación del artículo cuarto de la Ley, que señala lo siguiente:

*Artículo 4. Supuestos de posible transformación.*

- 1. Una sociedad mercantil inscrita podrá transformarse en cualquier otro tipo de sociedad mercantil.*
- 2. Una sociedad mercantil inscrita, así como una agrupación europea de interés económico, podrán transformarse en agrupación de interés económico. Igualmente una agrupación de interés económico podrá transformarse en cualquier tipo de sociedad mercantil y en agrupación europea de interés económico.*
- 3. Una sociedad civil podrá transformarse en cualquier tipo de sociedad mercantil.*
- 4. Una sociedad anónima podrá transformarse en sociedad anónima europea. Igualmente una sociedad anónima europea podrá transformarse en sociedad anónima.*
- 5. Una sociedad cooperativa podrá transformarse en sociedad mercantil, y una sociedad mercantil inscrita en sociedad cooperativa.*
- 6. Una sociedad cooperativa podrá transformarse en sociedad cooperativa europea y una sociedad cooperativa europea podrá transformarse en sociedad cooperativa.*

Por lo tanto, una sociedad mercantil inscrita, podrá transformarse en cualquier otro tipo social mercantil. En este supuesto, vemos que la sociedad fue inscrita en el Registro Mercantil de A Coruña con fecha 3 de febrero del mismo año, así que en principio podrá transformarse en otro tipo social mercantil.

En lo relativo al procedimiento para llevar a cabo la transformación, el primer requisito es la necesidad de un acuerdo, aquí debemos tener en cuenta que según el tipo social al que nos encontremos se exige un tipo distinto. Así para el caso de una sociedad civil o colectiva se exige un acuerdo de todos los socios.

Nos encontramos en el caso de una sociedad capitalista, entonces ,se requerirá el acuerdo mayoritario de los socios. Si fuese una SA, dicho acuerdo de transformación se debe adoptar conforme a los requisitos exigidos en la propia LSA para la modificación estatutaria. Si es una SL, se han de tener en cuenta los requisitos de la modificación estatutaria y, además, una mayoría reforzada de dos tercios.

Tal acuerdo de transformación, deberá ser publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, y en uno de los diarios de gran circulación de la provincia en el cual la sociedad tenga su domicilio. No será necesaria dicha publicación en el caso de que el acuerdo se comunique individualmente y por escrito a todos los socios.

La posible transformación de la sociedad puede provocar una alteración en la condición de socio, debido a ello son necesarios distintos mecanismos alternativos de tutela. Así se reconoce en la transformación de la SL a la SA un derecho de separación de quien no vota a favor en el acuerdo.

Entre los efectos que puede producir dicha modificación estructural, reitero, que no alterará, en ningún caso, la responsabilidad de la sociedad la cual seguirá subsistiendo bajo la nueva forma, en este caso una Sociedad Anónima. Por lo que se refiere a los acreedores, para ellos no significaría una novación ni un cambio de deudor. Puesto que se trataría del mismo, pero bajo una forma social nueva.

Respecto a la prescripción de la responsabilidad penal, se añadió en el Código penal con la reforma del 2010 un apartado, que como ya dije, se trata de evitar que la persona jurídica evite la extinción de dicha personalidad utilizando la transformación, fusión, absorción, escisión o disolución encubierta o aparente. Así se dispone en el precepto que:

*La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.*

*No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.*

En definitiva, podemos decir, que en virtud de la transformación regulada en la norma una sociedad puede adoptar un tipo social distinto, conservando su personalidad jurídica. En este caso, se trataría de pasar de una Sociedad de responsabilidad limitada a una Sociedad Anónima, lo cual no significaría la extinción de su personalidad jurídica ni tampoco la extinción de las responsabilidades correspondientes, tanto administrativamente relativo a las sanciones que le correspondan, como penalmente, relativo a las penas o medidas ya analizadas.

## 12.DERECHO MERCANTIL: IMPUGNACIÓN ACUERDOS SOCIALES

Se sospecha que uno de los socios – D. Juan Pérez – está planeando impugnar judicialmente alguno de los acuerdos sociales donde se decidió abrir la cuenta en Gibraltar. Debido a ello, hemos de analizar también un problema planteado en el supuesto referente a la posible impugnación judicial de alguno de los acuerdos sociales en los cuáles se decidió abrir la cuenta en Gibraltar.

Tendremos que acudir a la Ley de Sociedades de Capital para resolver esta cuestión. Está claro que la eficacia del acuerdo de la Junta general tiene como presupuesto que la voluntad social se haya formado dentro de los cauces de la legalidad. Cuando en el momento de elaboración de un acuerdo social se produce una declaración judicial que invalida el acto el sometimiento de todos los socios a la voluntad de la mayoría desaparece. Determinadas personas como los accionistas que no votaron a favor del acuerdo o cualquier accionista si nos encontramos en un caso en el que el acuerdo es contraria a la Ley tendrán la facultad de solicitar del órgano judicial que sea competente la revisión de la legalidad del acuerdo para que declare su invalidez. Es el Capítulo IX de la mencionada Ley de Sociedades de Capital el que regula esta cuestión, estableciendo un régimen común, al igual que sucede con otros aspectos de la Junta general, para los otros tipos de sociedades de capital, en especial para las sociedades de responsabilidad limitada. La Sociedad SERVICIOS MÉDICOS S.L., es como su propio nombre indica una sociedad de responsabilidad limitada así que le será de aplicación lo estipulado en la Ley mencionada.

Para estudiar si D. Juan Pérez podría plantear la impugnación de alguno de los acuerdos de la Junta, debemos ver si se encuentra dentro de las causas de impugnación que establece la Ley. Se encuentran en el artículo 204, en el cual se señala lo siguiente:

*Artículo 204. Acuerdos impugnables.*

- 1. Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.*
- 2. Serán nulos los acuerdos contrarios a la ley. Los demás acuerdos a que se refiere el apartado anterior serán anulables.*
- 3. No será procedente la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro.*

En virtud de lo establecido en el precepto, se puede decir que. los acuerdos de las Juntas que sean contrarios a la Ley, se opongan a los Estatutos o lesionen, en beneficio de unos o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad podrán ser impugnados. El legislador ha considerado nulos los acuerdos contrarios a la Ley, mientras que serán anulables los demás acuerdos, es decir, los que se opongan a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

Tendremos que analizar, si el acuerdo que se plantea impugnar podría tratarse de un acuerdo nulo o de un acuerdo anulable. Por lo que se refiere a los acuerdos nulos, como bien dice la norma, son aquellos acuerdos contrarios a la Ley. Cabe plantearse si el legislador aquí se refería a la propia

Ley de Sociedades de Capital o en general a las normas de nuestro ordenamiento con rango de Ley. Resulta lógico estimar que no debemos interpretar esa referencia a la “Ley” como la Ley de sociedades, sino que se debe interpretar en general a cualquier otra que pueda contener nuestro ordenamiento jurídico si se ve afectada por el acuerdo. Lo que conlleva, a que la norma bajo esta expresión se refiere únicamente a aquellos acuerdos que sean contrarios a las normas imperativas.

Además, dentro de lo que llamamos acuerdos nulos, encontramos los que en el artículo 205.1 la ley menciona como los que “*por su causa o contenido son contrarios al orden público*”. En este caso hablamos de una nulidad absoluta, que no es sanable por el transcurso del tiempo, lo que provoca que no tenga ningún plazo de caducidad la acción que quiera impugnar un acuerdo que se considere contrario al orden público.

Ahora el problema es saber cuándo nos encontramos a un acuerdo contrario al orden público. En el presente caso parece poco probable que podamos impugnar el acuerdo por esta vía ya que el orden público al que se refiere nuestro ordenamiento por los principios jurídicos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada, cuya formulación frecuentemente no está recogida por la Ley. A pesar de lo dicho, en realidad, nos encontraremos ante una nulidad absoluta sólo cuando el acuerdo, además de infringir una norma imperativa, sea contrario por su causa o contenido al orden público.

Todo ello conlleva que resulte extraordinariamente difícil que se estime por los Tribunales. En este sentido referirnos por ejemplo a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2008(R 2008,7692), en la cual el Tribunal, en el Fundamento Jurídico segundo, sostiene lo siguiente: *En cuanto al alegato subsidiario de no estar sujeta la acción de impugnación a plazo alguno por tratarse de un acuerdo contrario al orden público, es cierto que si el contenido de las Juntas universales hubiera sido totalmente ficticio, como se alegaba en la demanda, los acuerdos atribuidos a tales Juntas serían contrarios al orden público, ya que la simulación de acuerdos sociales inexistentes atenta contra los principios configuradores de la sociedad o, si se quiere, contra derechos esenciales para el sistema societario ( [SSTS 18-5-00 \[ RJ 2000, 3934\]](#) , [21-2-06 \[ RJ 2006, 827\]](#) , [26-9-06 \[ RJ 2006, 7477\]](#) , [30-5-07 \[ RJ 2007, 3608\]](#) , [19-7-07 \[ RJ 2007, 5092\]](#) y [29-11-07 \[ RJ 2008, 32\]](#) ). Sin embargo, para que esto fuera así habría sido preciso que la simulación o ficción alegada en su día por el hoy recurrente se hubiera declarado probada en la instancia, lo que en el presente caso no ha sucedido, ya que según la sentencia de primera instancia el actor no demostró sus alegaciones sobre la nulidad, el funcionamiento de la sociedad era informal y el demandante participaba de esta informalidad, mientras que la de apelación se limita a representarse la inasistencia del hoy recurrente a la Junta, por no haber sido convocado, como un posible hecho que tampoco impediría apreciar la caducidad de la acción*

En el caso se trataba de un sistema de evasión de capitales, por lo tanto, como ya expresé anteriormente se estaba cometiendo una conducta ilícita tipificada en nuestro Código Penal. Así pues, aunque no sea una causa de impugnación del acuerdo absoluta sí que cabría la impugnación del acuerdo alegando su nulidad en base a que contradice una norma imperativa. No obstante es dudoso que se estime ya que no es claro que el acuerdo en sí sea contrario a la norma penal, son los socios y la persona jurídica los que defraudan a la Hacienda Pública y, además, cometen un delito de blanqueo de capital. Sin embargo, el acuerdo en sí no está claro que sea en contra de la Ley.

Así pues, mencionaré los acuerdos anulables para ver si cabría la impugnación del acuerdo por esta vía. Estos son los acuerdos que se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, el interés social. Éstos últimos se pueden entender como una vía de

singular interés en beneficio de los accionistas minoritarios contra los abusos de la compañía. D. Juan Pérez es un accionista minoritario ya que tan sólo posee el 10% de las participaciones sociales. Para proteger a esta minoría la Ley regula esta vía para que así los Jueces y tribunales puedan anular este tipo de acuerdos.

No obstante, deben darse unas determinadas circunstancias para poder acudir a dicha vía de impugnación. Primero, deben ser contrarios al interés social, que se entiende como aquellos intereses comunes a todos los socios. Acudiendo a la jurisprudencia, podemos referirnos, entre otras, en este sentido a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1991 (RJ 1991, 1511) en la cual se aclara que “*el interés no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común del reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés social*”. Segundo, el acuerdo debe producir un beneficio de uno o varios accionistas o de un tercero, que puede ser entendido, tal y como se expresa en la sentencia mencionada, como cualquier ventaja de carácter patrimonial y no ha de ser entendido “*exclusivamente en el sentido de puro interés económico*”. Por último, debe existir una relación de causalidad entre la lesión del interés social y el beneficio experimentado por el o los socios.

Estos requisitos podrían cumplirse en el acuerdo que D. Juan Pérez pretende impugnar. Pero el siguiente paso será analizar si está legitimado para ello. Debemos acudir, entonces, al artículo 206 de la Ley de Sociedades de Capital:

Artículo 206. Legitimación para impugnar.

*1. Para la impugnación de los acuerdos nulos están legitimados todos los socios, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo.*

*2. Para la impugnación de acuerdos anulables están legitimados los socios asistentes a la junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes y los que hubiesen sido ilegítimamente privados del voto, así como los administradores.*

*3. Las acciones de impugnación deberán dirigirse contra la sociedad.*

*Cuando el actor tuviese la representación exclusiva de la sociedad y la junta no tuviere designado a nadie a tal efecto, el juez nombrará la persona que ha de representarla en el proceso, entre los socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado.*

*4. Los socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado podrán intervenir a su costa en el proceso para mantener su validez.*

A tenor de lo expuesto en el precepto, vemos, que la ley con relación a la legitimación activa en el caso de los acuerdos nulos concede una amplia legitimación permitiendo a todos los accionistas impugnar el acuerdo, aun cuando hayan votado a favor del acuerdo, a los administradores y a cualquier tercero que acredite interés legítimo. Por lo tanto, en este caso, D. Juan Pérez sí estaría legitimado activamente.

En el caso de los acuerdos anulables, vemos que no estaría legitimado, ya que la Ley establece que serán los accionistas asistentes a la Junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, lo que con los datos que tenemos no podríamos alegarlo, o también estarían legitimados activamente los ausentes a la Junta y los que hubiesen sido ilegítimamente privados del voto, así como los administradores.

Por lo que se refiere a la legitimación pasiva, la Ley establece que las acciones de impugnación deberán dirigirse contra la sociedad.

El procedimiento para llevar a cabo la impugnación de los acuerdos sociales conforme a la actual redacción del artículo 207 se establece que “se seguirán los trámites del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Se habrá de acudir a los artículos 2399 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Será competente para conocer de la impugnación de acuerdos sociales el Tribunal del lugar del domicilio social según lo establecido en el artículo 52.1.10 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, ante el Juzgado de lo Mercantil (artículo 85 ter de la LOPJ). La sentencia firme que dicte el Juez o Tribunal sobre la impugnación de acuerdos sociales afectará a todos los socios, aunque no hubiesen litigado conforme a lo establecido en el artículo 222.3 de la L.E.C. En el caso de que dicha sentencia declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil. Si el acuerdo se encontrase inscrito, la sentencia determinará también la cancelación de la inscripción, así como la de los asientos posteriores que resultan contradictorios con ella.

Por último, referirme a la posibilidad que brinda la jurisprudencia de canalizar a través de un procedimiento arbitral la impugnación de acuerdos sociales, siempre que tal posibilidad estuviera contemplada en los estatutos. Así lo admite en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007 (RJ 2007, 4960). Esta doctrina es aplicable actualmente si tenemos en cuenta la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que se orienta favorablemente a la opción arbitral como vía de solución de conflictos.

No obstante, considero que ello no influiría en la responsabilidad penal por los delitos cometidos. Todos los integrantes tienen conocimiento de la trama defraudatoria, tanto los socios como la administradora como los responsables médicos al frente de cada una de esas clínicas. No se eludirían responsabilidades penales porque, además, se está beneficiando de todo el dinero.

### 13.BIBLIOGRAFÍA:

- ALARCÓN GARCÍA, GLORIA, *Manual del Sistema Fiscal español*, Thomson Civitas, Navarra, 2008.
- BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO (Coordinador), *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2005. Volumen I y II
- Consejo General del Poder Judicial, Centro de Estudios Jurídicos, *Aproximación al Derecho penal económico y financiero*, Centro de Estudios Jurídicos. Madrid.
- Curso de Derecho Financiero y Tributario, Tecnos, Madrid,(autores: Martín Queralt, Lozano Serrano, Tejerizo López y Casado Ollero).
- Curso de Derecho Tributario. Parte Especial, Tecnos, Madrid, (coord. F.Perez Royo)
- *Curso de Derecho Financiero y Tributario. Parte Especial*, Marcial Póns, Madrid, , (autores: Ferreiro Lapatza, Martín Queralt, Clavijo Hernandez, Perez Royo ).
- Enrique Orts Berenguer José Luis González Cussac (2008). *Compendio de Derecho penal Parte General*. Valencia. Tirant Lo Blanch
- FERNANDO SANTAOLALLA, *Derecho Constitucional*, Dykinson, Madrid, 2004.
- GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Colex, Madrid, 2010.
- KLAUS TIEDEMANN, *Manual de Derecho Penal Económico*, Tirant to Blanch, Valencia, 2010.
- MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., (2009). *Derecho penal. Parte general* . Valencia. Tirant Lo Blanch
- MENÉNDEZ/ROJO (2011). *Lecciones de Derecho Mercantil*. Civitas Tomson Reuters
- MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. (2012). *Derecho penal. Parte general* . Valencia. Tirant Lo Blanch
- MAQUEDA ABREU, M. L./ LAURENZO COPELLO, P. (2011). *El Derecho penal en casos*. Valencia. Tirant lo Blanch
- NIETO GARCÍA, ALEJANDRO (2005). *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid,

Tecnos.

- ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (2011). *Compendio de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)*. Valencia. Tirant Lo Blanch
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J.; FERREIRO BAAMONDE, X.; SEOANE SPIEGELBERG, J.L.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R.: *Derecho Procesal Penal*, Thomson, Madrid, 2011.
- POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial*, Tecnos, Madrid, 2010.
- PORTERO MOLINA, JOSE ANTONIO, *Constitución y jurisprudencia constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- QUINTERO OLIVARES, G. (2010). *Parte general del Derecho penal*. Cizur Menor. Thomson Aranzadi
- SAAVEDRA GALLO, P., *Sistema de Garantías Procesales*, Dijusa, Madrid, 2010.
- SÁNCHEZ CALERO (2011). *Principios de Derecho Mercantil*. Aranzadi