

AM DS

ANÁLISIS MULTIDISCIPLINAR DE LA DELINCUENCIA SOCIOECONÓMICA

TRABAJO DE FIN DE GRADO
IRENE ESPERANTE GUIMARÉ

TUTOR
XULIO FERREIRO BAAMONDE
UNIVERSIDAD DE LA CORUÑA

TRABAJO DE FIN DE GRADO

ANÁLISIS MULTIDISCIPLINAR DE LA DELINCUENCIA SOCIOECONÓMICA

IRENE ESPERANTE GUIMARÉ

4º Grado en Derecho
Universidad de La Coruña

ÍNDICE

Introducción del informe jurídico – página 3

1. La amnistía fiscal – página 3

1.1. Requisitos para acogerse a la amnistía fiscal – página 3

1.2. Posible declaración de inconstitucionalidad de la amnistía fiscal: Causas, procedimiento, y consecuencias – página 5

2. Consecuencias de la simultaneidad de la regulación penal y tributaria: Preferencia del orden penal, prescripción y “non bis in idem” – página 12

3. Responsabilidad penal de los sujetos implicados – página 14

3.1. Responsabilidades penales en el caso de acogerse a la amnistía fiscal, y de no hacerlo – página 14.

3.2. Responsabilidades penales por los delitos de abortos ilegales – página 22

4. Consecuencias de la extensión de las actividades ilícitas en el tiempo: Prescripción, retroactividad, y cambios en la normativa – página 24

5. Cuestiones procesales del caso: Competencia judicial, medidas cautelares, y medidas limitadoras de derechos fundamentales – página 27

6. Representación en juicio de la persona jurídica, posibles penas a imponerle, y consecuencias de su condena para los socios – página 40

7. Alternativas para eludir o atenuar la responsabilidad de la persona jurídica: Transformación de la Sociedad, y “Compliance” – página 43

8. Impugnación del acuerdo social por el que se decidió abrir la cuenta en Gibraltar, y sus consecuencias – página 48

Conclusiones finales – página 51

Bibliografía, páginas web, textos legales, y jurisprudencia – página 58

INFORME JURÍDICO

Desde su constitución y correspondiente inscripción en el Registro Mercantil en el año 2006, la Sociedad SERVICIOS MÉDICOS S.L., domiciliada en A Coruña, ha venido realizando la prestación de servicios médicos en el ámbito de la UE, contando a esos efectos con establecimientos abiertos en A Coruña, Madrid y Lisboa, en cada uno de los cuales se encontraba un responsable médico que integraba, junto con los demás, un comité científico con competencias a la hora de adoptar decisiones médicas.

Según los datos que se nos ofrecen, la referida entidad consta de 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; así como de una administradora única – con todas las competencias que le confiere la Ley de Sociedades de Capital -, D^a. Ana López.

Desde su misma fundación, con la aprobación de todos sus socios, la mencionada empresa cobró unos honorarios que no ha declarado a efectos del Impuesto sobre Sociedades. Dichas cantidades defraudadas - que analizaremos con detalle más adelante – fueron depositadas en una cuenta bancaria abierta en Gibraltar. De ello han tenido pleno conocimiento todos los socios, la administradora, los responsables al frente de cada una de las clínicas, e incluso el despacho de abogados Mato & Asociados, que los ha asesorado en todo momento.

Asimismo, por la información que se ha podido obtener, desde enero de 2010, el responsable médico de la clínica de Lisboa y los miembros del personal sanitario adscrito a la misma, se han centrado en la práctica de abortos ilegales, actividad conocida y consentida por la administradora y por todos los socios de la entidad.

Dadas las circunstancias, con 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 llamada “amnistía fiscal”, le interesa valorar a la Sociedad la posibilidad de acogerse a la misma, para lo cual procederemos a desarrollar el siguiente informe:

1. La amnistía fiscal.

1.1. Requisitos para acogerse a la amnistía fiscal.

Todos tenemos presente que, desde hace meses, y como consecuencia de la situación por la que atraviesa la economía española, se han venido adoptando diversas medidas con el fin de corregir lo antes posible los principales desequilibrios que se manifiestan en ella. Entre estas medidas, dirigidas a la reducción del déficit público, reviste singular importancia la conocida “amnistía fiscal” incorporada por el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introdujeron diversas medidas tributarias y administrativas. Uno de los objetivos principales de este Real Decreto radicó en favorecer a los sujetos tributarios para que, voluntariamente, se pusieran al corriente de sus obligaciones tributarias regularizando también situaciones pasadas, sin

incurrir por ello en ninguna responsabilidad tributaria, o penal. Se evitaban, de esta manera, cualquier tipo de intereses o recargos, o sanciones.

La posibilidad de regularización contemplada en el Decreto-ley 12/2012, se supeditó a una serie de requisitos o deberes fiscales que toda Sociedad ha de cumplir. Tales obligaciones se desprendían de la conflictiva Disposición Adicional Primera, cuya constitucionalidad se sigue cuestionando ahora mismo. Para acogerse a dicho régimen, es necesario:

1. Que la Sociedad, como contribuyente del Impuesto de Sociedades, hubiera sido titular de bienes o derechos que no se habrían correspondido con las rentas declaradas en tal impuesto, con anterioridad a la finalización del último período impositivo cuyo plazo de declaración tendría que haber finalizado antes de la entrada en vigor de esta disposición.

2. La Sociedad debía presentar una declaración, e ingresar la cuantía resultante de aplicar al importe o valor de adquisición de los bienes o derechos anteriores, el porcentaje del 10 por ciento. Esto sería lo que determinase la no exigibilidad de sanciones, intereses ni recargos. Asimismo, junto con esa declaración, se debía incorporar la información necesaria que permitiese identificar los citados bienes y derechos.

Por supuesto, la declaración e ingreso no se pudieron producir después de que se hubiese notificado por la Administración tributaria la iniciación de procedimientos de comprobación o investigación tendente a la determinación de las deudas tributarias correspondiente a los mismos. Si esto fuese así, no sería posible ya que la entidad se acogiese a la amnistía.

Además, la presentación de las declaraciones y su ingreso tuvo que realizarse antes de que finalizase el plazo, el 30 de noviembre de 2012.

Era necesario, para llevar a cabo una correcta regularización, que se atendiese a lo establecido también en la Orden HAP/1182/2012, de 31 de mayo, por la que se desarrolló la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, regulándose con detalle las condiciones generales y el procedimiento para la presentación de la declaración tributaria especial que nos interesa. De ello podemos destacar que la declaración se hubo de presentar de acuerdo con dos modelos específicos que figuran en el artículo 8 de dicha Orden, estos estaban disponibles exclusivamente en formato electrónico y su presentación e ingreso se debía realizar por vía telemática, de acuerdo con las condiciones generales y el procedimiento establecido en los artículos 9 y 10 y dentro del plazo señalado en el artículo 11 de la Orden, al que ya hicimos referencia previamente.

De los artículos 9 y 10 de la Orden cabe señalar que se establecía la posibilidad de la presentación de la declaración tributaria especial – realizada por vía telemática a través de Internet - bien por el propio declarante o bien por un tercero que actúe en su representación. El declarante o presentador se tenía que poner en contacto con la entidad de crédito que actuase como colaboradora en la gestión recaudatoria (bancos, cajas de ahorro o cooperativas de crédito) por vía telemática, de forma directa o a través de la Agencia Estatal de Administración Tributaria o bien acudiendo a sus oficinas, para

efectuar el ingreso correspondiente y facilitar una serie de datos. Posteriormente, el declarante o, en su caso, el presentador, se debía conectar a través de Internet a la sede electrónica de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, para seleccionar la declaración a transmitir en el modelo específicamente previsto, introduciendo además el Número de Referencia Completo suministrado por la entidad colaboradora que hizo el ingreso. A continuación tendría que haber procedido a transmitir la declaración con la firma electrónica. Si el presentador fuese una persona o entidad autorizada a presentar declaraciones en representación de terceras personas, se requería una única firma, la correspondiente a su certificado. Si la declaración era aceptada, la Agencia Estatal de Administración Tributaria le devolvía en pantalla los datos de la declaración con resultado a ingresar validados con un Código Seguro de Verificación, además de la fecha y hora de presentación.

1.2. Posible declaración de inconstitucionalidad de la amnistía fiscal: Causas, procedimiento, y consecuencias.

Debemos tener presente que la amnistía del Real Decreto-ley 12/2012 está siendo, en este momento, objeto de revisión constitucional. Ante esta circunstancia, resulta interesante que mencionemos las posibilidades de tramitación de un proceso al respecto y, sobre todo, las consecuencias que la declaración de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional supondría.

Para comenzar, hay que decir que el cauce normativo empleado para la aprobación de la amnistía fiscal objeto de nuestro comentario ha sido el Real Decreto-ley que, como es sabido, es un acto normativo con fuerza de Ley emanado del Gobierno y sometido a los límites constitucionales bien precisos derivados del art. 86 de la CE. Habida cuenta de la flexibilidad con que debe apreciarse el presupuesto habilitante según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no encontramos excesivas dificultades para poder afirmar que concurren los requisitos de extraordinaria y urgente necesidad que el artículo 86 de la Constitución Española exige para el empleo de la utilización de la figura normativa del Real Decreto-Ley. Mayores dudas suscita, sin duda, el respeto al contenido material al que debe limitarse el Decreto-Ley en materia tributaria. Tal y como dispone el art. 86.1 de la CE, los Decretos-Leyes no podrán afectar al ordenamiento de los derechos y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I.

A la hora de delimitar el ámbito material o los concretos aspectos tributarios excluidos de regulación por Decreto-Ley se aprecia una evolución clara en la doctrina constitucional, que tras varios años de discusión, vino a identificar, entre las materias excluidas de regulación por Decreto-Ley con aquellas que afectarían, en concreto, al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, comprendido en el art. 31.1 del Texto constitucional (el punto de inflexión en la línea jurisprudencial lo marcó la STC 182/1997, de 28 octubre, cuya doctrina se mantuvo en sentencias posteriores como las SSTC 108/2004, de 30 junio y 182/2005, de 4 de julio). Se podría considerar perfectamente que la amnistía fiscal, recogida en el Real Decreto-ley 12/2012, afecta al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, en el sentido constitucional del término, y que por ello, no se habría utilizado el instrumento normativo adecuado, resultando tal norma inconstitucional.

Además, centrándonos exclusivamente en su contenido, numerosos colectivos sociales han considerado el Real Decreto-ley manifiestamente contrario a los principios de igualdad, proporcionalidad y progresividad, consagrados en nuestra Norma Fundamental, y aseguran que las medidas violan los principios de generalidad, igualdad y capacidad económica al colocar a los defraudadores en una situación de privilegio fiscal. En este sentido hay que partir mencionando el artículo 31 de la Constitución que dice: “1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio. 2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía. 3. Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la Ley.” Efectivamente, los principios que se derivan de ahí son los siguientes:

a) Generalidad y justicia. Todos debemos contribuir en la satisfacción de los gastos públicos, lo que se modula con el principio de capacidad contributiva de cada sujeto. Se prohíbe, en cualquier caso, la existencia de privilegios fiscales, lo que no impide ciertas exenciones justas.

b) Igualdad. Tal y como señalamos antes, se trata de contribuir según la capacidad contributiva o capacidad económica, lo que no supone una igualdad aritmética, sino un sistema tributario justo.

c) Proporcionalidad y progresividad. Consiste en la determinación concreta de la prestación tributaria de cada persona mediante las tarifas correspondientes, gravando con mayor intensidad la mayor capacidad económica, sin que en ningún caso el tributo pueda tener alcance confiscatorio. Para cumplir este principio hay que combinar y tener en cuenta la naturaleza real o personal del tributo, la estructura proporcional o progresiva de los tipos de gravamen y el carácter objetivo o subjetivo del impuesto.

d) Legalidad o reserva de ley. Los tributos sólo pueden establecerse mediante Ley según el artículo 133 de la Constitución. Esto se deduce también del artículo 53.1 en relación con el 161.1.a de nuestra norma fundamental. En igual sentido establecen normas la Ley General Tributaria (art. 2), la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (art. 27), la Ley de Tasas y Exacciones Parafiscales (art. 3) y la Ley General Presupuestaria (art. 7.c). Y el propio Tribunal Constitucional en sentencias de 20 de julio y 16 de noviembre de 1981, se ha pronunciado sobre este tema.¹

e) Reserva de la potestad originaria para establecer tributos al Estado. Así se expresa el artículo 133 de la Constitución, que hay que relacionar con el art. 149.1.14, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre Hacienda general. Las comunidades autónomas y las corporaciones locales tienen potestad tributaria derivada

¹ La STC 6/1983, de 4 de febrero, en su fundamento núm. 4, y precisamente sobre este tema, sienta esta doctrina: “nuestra Constitución se ha producido de una manera flexible y la reserva de Ley hay que entenderla referida sólo a los criterios o principios con arreglo a los cuales se ha de regir la materia tributaria, la creación ex novo de un tributo y la determinación de los elementos esenciales o configuradores del mismo.”

de la del Estado (arts. 133.2 y 156 de la Constitución y 2 y 5 de la Ley General Tributaria).

f) Control parlamentario posterior de la actividad financiera del Estado. Se realiza por el Tribunal de Cuentas y las Cortes Generales (art. 136 de la Constitución).

El precepto constitucional sintetiza e incorpora a nuestro ordenamiento, con el máximo nivel normativo, como hemos podido apreciar, principios tradicionales del sistema tributario que, precisamente por su ubicación, tienen una particular eficacia y valor normativo, que se irradia sobre el resto del ordenamiento jurídico y debe ser respetado bajo cualquier circunstancia. Cualquier violación de los referidos principios del artículo 31 de la Constitución motiva la interposición de un recurso o cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional contra las leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley, como veremos más adelante.

En esta ocasión, el beneficio que claramente se ha concedido a los defraudadores, puede suponer la vulneración del principio de igualdad, al haberles otorgado un tratamiento diferenciado que cabría calificar de arbitrario e injusto. Se habría provocado una situación de desigualdad artificiosa, cuyas consecuencias no son adecuadas ni proporcionales al fin que se persigue. Se habría incumplido, pues, el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentren en situaciones jurídicas iguales. De la misma manera, tampoco se habría respetado el principio de generalidad. Determinados sujetos no contribuirían al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su auténtica capacidad económica, colocándose así en una posición privilegiada, y contrariando los principios de progresividad y proporcionalidad, al dejarse en un segundo plano la obligación de aumentar la contribución de cada uno, en proporción a la riqueza que ostente, es decir, en proporción a su capacidad económica.

Asimismo, resulta dudoso aceptar que por Decreto-ley se pueda exonerar la responsabilidad establecida en una Ley Orgánica como es el Código Penal. En definitiva, esta “amnistía fiscal” podría considerarse perfectamente nula por infracción del principio de legalidad, por introducir innovaciones sustantivas carentes de cobertura legal, por la evidente extralimitación de la habilitación legal, por carecer del rango normativo idónea para la regulación realizada y, por supuesto, por la vulneración de principios consagrados en nuestra Norma Fundamental.

En el artículo 161 de la Constitución de 1978 se consagra la competencia del Tribunal Constitucional para conocer del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley – como es el caso-. Este recurso puede interponerse, de acuerdo con el artículo 162.1.a) por el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas. Además, en el siguiente precepto, se establece lo que conocemos como “cuestión de inconstitucionalidad”, que tiene lugar cuando un órgano judicial, en algún proceso, considera que una norma con rango de ley, aplicable al caso, y de cuya validez depende el fallo, puede ser contraria a la Constitución.

Por último, en su artículo 164 señala que las sentencias del Tribunal se publican en el Boletín Oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiese. Tienen valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso contra

ellas. Las que declaran la inconstitucionalidad, que son, precisamente, las que nos interesan, tienen plenos efectos frente a todos. Y salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsiste la vigencia de la ley en la parte que no esté afectada por la inconstitucionalidad.

Todo lo dicho es objeto de desarrollo en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, concretamente en su artículo 5 y, por supuesto, en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, en su Título II, que regula los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad de manera detallada. Comienza en su artículo 27.2.b) disponiendo que es susceptible de tal declaración una norma como la que nos interesa en el presente supuesto, es decir, un Decreto-Ley. Las formas mediante las que puede promoverse son, de acuerdo con el artículo 29, el recurso de inconstitucionalidad y la cuestión de inconstitucionalidad promovida por los Tribunales. Tal y como se indica en el artículo 30 y en el artículo 161.1.a) la admisión del recurso o cuestión no suspende la vigencia ni la aplicación del Decreto-Ley.

Del artículo 31 al artículo 34 se regula concretamente el recurso de inconstitucionalidad. Podemos decir al respecto, que se puede formular a partir de la publicación de la norma, por los sujetos que ya señalamos anteriormente, mediante demanda ante el Tribunal Constitucional, en la que se deben expresar las circunstancias de identidad de las personas u órganos que ejercitan la acción y, en su caso, de sus comisionados, concretar la ley, disposición o acto impugnado, en todo o en parte, y precisar el precepto constitucional que se entiende infringido. Una vez es admitida, el Tribunal debe dar traslado de la demanda al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes, y al Gobierno por conducto del Ministerio de Justicia, para que puedan personarse en el procedimiento y formular las alegaciones que estimen oportunas, en el plazo de quince días. Transcurrido ese plazo, el Tribunal Constitucional dictará sentencia.

Del artículo 35 al 37 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se regula la cuestión de inconstitucionalidad. El órgano judicial puede plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, y debe concretar la norma cuya constitucionalidad se pone en duda, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. El juez adopta la decisión mediante auto, tras haber oído a las partes y al Ministerio Fiscal. El planteamiento de la cuestión origina la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión, y producida ésta, el proceso permanece suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelve definitivamente sobre la cuestión. La admisión se publica en el “Boletín Oficial del Estado” y una vez hecha, quienes sean parte en el procedimiento judicial se pueden personar ante el Tribunal Constitucional para formular alegaciones, en el plazo de quince días. Asimismo, el Tribunal da traslado de la cuestión al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes, y al Gobierno por conducto del Ministerio de Justicia, para que puedan personarse en el procedimiento y formular también las alegaciones que estimen oportunas, en el plazo de quince días. Transcurrido ese plazo, el Tribunal Constitucional dictará sentencia.

Los artículos 38, 39 y 40 regulan la sentencia en tales procedimientos de inconstitucionalidad y los efectos que tiene. Efectivamente, la resolución tiene valor de

cosa juzgada, vincula a todos los Poderes Públicos y produce efectos generales desde la fecha de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”. Cuando la sentencia declara la inconstitucionalidad, debe declarar la nulidad de los preceptos impugnados, y de aquellos a los que deba extenderse por conexión o consecuencia. Es importante que destaquemos que el Tribunal Constitucional puede fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el curso del procedimiento.

Es de gran relevancia lo que dispone el artículo 40, por aportarnos cierta solución a las dudas que se plantean en cuanto a las consecuencias que puede acarrear la declaración inconstitucional del Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo. Según este precepto, las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia firme en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad. Y en cualquier caso, la jurisprudencia de los Tribunales de justicia recaída sobre estas normas se entenderá corregida por la doctrina que se derive de las sentencias y autos que resuelvan los procedimientos constitucionales.

En cuanto a lo que pueda suceder, una vez resuelva el Tribunal, hay que tener en cuenta, primero, que el Constitucional tiende a demorarse años en llegar a un pronunciamiento del estilo. La tardanza del Tribunal Constitucional implica que aunque éste anulase el Decreto, todas las declaraciones presentadas para regularizar bienes ocultos ya estarían probablemente prescritas, tanto desde la perspectiva penal, como la tributaria. Y en el caso de que no hubiesen prescrito, entraríamos ante un serio problema al que no se le ha tratado de dar respuesta aún, por medio de ningún cauce normativo.

Las posibles consecuencias legales, si el recurso triunfase, son múltiples. Ante este posible escenario, cabría que la Agencia Tributaria tuviese que practicar la devolución de esas cantidades ingresadas y al tiempo podría suponer la apertura de todas las investigaciones correspondientes, iniciándose entonces, con seguridad, numerosos procedimientos sancionadores administrativos y, lo que es más grave aún, penales.

Resulta evidente, sin embargo, tal y como deja claro el artículo 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que la posible sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad no permitiría nunca que se revisasen procesos ya fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se hizo aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resultase una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad, lo cual difícilmente ocurriría en este caso. Ello en consonancia con el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables (artículo 9.3 CE), y con el principio “*non bis in idem*”.

En este sentido la STC 45/1989, de 20 de febrero, dispone que: “*de que entre las situaciones consolidadas que han de considerarse no susceptible de ser revisadas como*

consecuencia de la nulidad que ahora declaramos figuran no sólo aquéllas decididas mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada (art. 40.1 LOTC), sino también por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), las establecidas mediante las actuaciones administrativas firmes; la conclusión contraria, en efecto, entrañaría - como con razón observa el representante del Gobierno- un inaceptable trato de desfavor para quien recurrió, sin éxito, ante los Tribunales en contraste con el trato recibido por quien no instó en tiempo la revisión del acto de aplicación de las disposiciones hoy declaradas inconstitucionales.” Se extiende, de esta manera, la imposibilidad de revisión por una declaración de inconstitucionalidad, a las actuaciones administrativas firmes.

No olvidemos que la declaración de inconstitucionalidad en cuestión podría suponer un atentado contra el principio de seguridad jurídica, consagrado en nuestro artículo 9.3 de la Constitución, por el que todos, tanto los poderes públicos como los ciudadanos, tenemos derecho a saber a qué “atenernos” a cada momento, lo que supone, por un lado, un conocimiento cierto de las leyes vigentes y, por otro, una cierta estabilidad de las normas y de las situaciones que en ella se definen.

En relación con la seguridad jurídica podemos señalar dos sentencias del Tribunal Constitucional, como son la STC 27/1981, de 20 julio y la STC 15/1986, de 31 de enero. En la primera de ellas, cincuenta y cuatro Diputados interpusieron un recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 36, 37, 38 y 43 de la Ley 74/1980, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1981, por infracción, respecto al primer artículo citado, de los 134.7 y 31.1 de la Constitución y, respecto a los otros tres artículos, de lo dispuesto en dicho artículo 134.7 de la Constitución; el recurso de inconstitucionalidad se dirigía también contra la disposición adicional 5.^a de la propia Ley 74/1980 por infracción de lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución. La inconstitucionalidad de los cuatro artículos citados se fundamentaba, como acaba de decirse, en el artículo 134.7 de la Constitución, en cuanto éste establece que: “*la Ley de Presupuestos no puede crear tributos. Podrá modificarlos cuando una ley tributaria así lo prevea.*” Con este precepto, se quiso garantizar que la plena competencia del Parlamento, en materia tributaria, se ejerciese sin trabas y asegurar también el respeto de los principios constitucionales a que los tributos han de servir, consagrados básicamente en el artículo 31.1 de la Constitución, que dispone que la contribución a los gastos públicos ha de realizarse mediante un sistema tributario justo, inspirado en los principios de igualdad y progresividad; y en el artículo 53.1 de la propia Constitución cuando establece que los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo vinculan a todos los poderes públicos. Si bien es cierto que el legislador constituyente no quiso prohibir toda modificación de los tributos sino que la permitió siempre que la prevea una Ley tributaria sustantiva, en este caso, se llevaron a cabo diversas alteraciones que, según la parte recurrente, no aparecían fundamentadas o autorizadas por una Ley de tal carácter. Además, se alegó que la disposición adicional 5.^a era contraria al artículo 9.3 de la Constitución, en cuanto éste garantiza: A) La irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales; B) la seguridad jurídica; C) la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Del Fundamento jurídico 10 de la sentencia, en el que se resuelve esta última cuestión, se asienta la idea de que la seguridad jurídica es suma de la certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, e interdicción de la arbitrariedad, pero que no se agota en la adición de todos estos principios, pues está

formulada expresamente en el precepto, por algún motivo. En definitiva, se concluye que la seguridad jurídica es la suma de todos los principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad. El Tribunal Constitucional, finalmente, estimó de forma parcial el recurso y declaró la inconstitucionalidad del artículo 38 de la Ley 74/1980, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1981, y consiguientemente, su nulidad.

En cuanto a la segunda resolución del Tribunal Constitucional, se trata de un recurso de amparo, promovido por don José A. A, contra el Auto de la Magistratura de Trabajo núm. 3 de las de Oviedo de 25 de marzo de 1985, confirmatorio de otro de 8 de mayo del mismo año, por los que se anularon las actuaciones practicadas en los Autos 740/1984, que estimaron íntegramente la demanda en reclamación salarial interpuesta por el solicitante de amparo, condenando a la Empresa demandada «Herederos de Constantino Rodríguez Vigil», a satisfacer al actor la suma de 1.033.255 pesetas, en concepto de importe bruto de los devengos salariales e indemnizaciones pendientes de percepción. Al anularse, se repusieron todas las actuaciones al momento de admisión a trámite de la demanda. El recurrente en amparo denunció la violación por las resoluciones impugnadas de los arts. 24, núm. 1 y 17, núm. 1, de la Constitución Española. La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva se habría producido por la indefensión causada al actor al decretarse la nulidad de las actuaciones procesales en un momento en que no cabía la posibilidad de reaccionar frente a las mismas, lo que ha implicado una arbitraria privación de los derechos otorgados por una Sentencia judicial firme. Además se entendía que la lesión del derecho a la seguridad jurídica consagrado en el art. 17, núm. 1 de la C.E. ha tenido lugar por cuanto las resoluciones recurridas anulan una Sentencia firme, en los términos estipulados en el art. 369 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en trance de ejecución, con lo que, de otro lado, se contraría el mandato del art. 118 de la C.E., sobre el obligado cumplimiento de las Sentencias y demás resoluciones firmes dictadas por los Jueces y Tribunales. Lo más trascendente de esta sentencia figura en su Fundamento Jurídico segundo, que aclara que el derecho a la seguridad reconocido en el artículo 17, núm. 1, de la CE es el derecho a la seguridad personal y no a la seguridad jurídica que garantiza el art. 9, núm. 3 de la C.E. y que equivale, con fórmula obligadamente esquemática, a certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses, jurídicamente tutelados. El tema del recurso quedó, por consiguiente, circunscrito a la presunta violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y se resolvió estimando el amparo promovido por don José A. A. y en consecuencia, declarar la nulidad de los Autos impugnados, y restableciendo al actor en su derecho.

Volviendo, en conclusión, a las consecuencias de una declaración de inconstitucionalidad del Real Decreto, es también digno de ser mencionado el hecho de que una sentencia en tal sentido cabría que conllevara la vulneración, por parte de la Administración Pública, de algunos de sus principios de actuación como, por ejemplo, el principio de confianza legítima - de construcción jurisprudencial -, vinculado por el Tribunal Supremo con los principios de seguridad jurídica, ya analizado, y buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, y que está recogido en el artículo 3 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992).

Todas las posibles consecuencias se han explicado asumiendo que, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (art. 39.1), las disposiciones consideradas inconstitucionales han de ser declaradas nulas, declaración

que tiene efectos generales a partir de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» (art. 38.1 LOTC) y que en cuanto comporta la inmediata y definitiva expulsión del ordenamiento de los preceptos afectados² impide la aplicación de los mismos desde el momento antes indicado. Con todo, se puede mencionar que el Tribunal Constitucional español ha venido declarando, desde la STC 45/1989, que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de Leyes tributarias, es decir, principalmente su nulidad, en algunos casos, pueden ser objeto de cierta delimitación. Se trata de una tendencia algo controvertida, que el Tribunal Constitucional fundamenta argumentando que la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad no es siempre necesaria, y que los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado, al no venir definidos por la Ley, deben ser precisados en su alcance en cada caso por dicho Tribunal, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento. Por ello, es posible que en el supuesto de que se declare la inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, el Tribunal Constitucional llegue a soluciones particulares y probablemente novedosas, en relación con la invalidez y pérdida de efectos de las disposiciones que contiene, con la finalidad de garantizar el mayor respeto a los principios generales tributarios, y del resto del Ordenamiento jurídico.

2. Consecuencias de la simultaneidad de regulación penal y tributaria: Preferencia del orden penal, prescripción, y “non bis in idem”.

Tal y como se deduce de los hechos, la simultaneidad de regulaciones - penal y tributaria - en este caso, va a tener una singular importancia. Siguiendo una tradición muy arraigada en nuestro Derecho - en donde los delitos se encuentran acogidos en el Código Penal, y no en leyes especiales -, la LO 10/1995, de 23 de noviembre, incluye en el Libro II, un Título - el XIV -, bajo la rúbrica “*De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*”. En ella se incluyen siete preceptos - arts. 305 a 310 bis -, que tipifican determinadas conductas constitutivas de ilícitos criminales contra la Hacienda Pública.

Con ello, se ha acabado con el monopolio que tenía la Administración para el ejercicio de la acción penal, y lo que más nos interesa, ha desaparecido la prejudicialidad tributaria. De acuerdo con el artículo 180 de la LGT 58/2003, cuando la Administración aprecie que determinadas infracciones pudieran ser constitutivas de delito contra la Hacienda Pública, debe abstenerse de seguir el procedimiento sancionador, pasando el tanto de culpa a la jurisdicción competente o remitiendo el expediente al Ministerio Fiscal. Además, no basta con que la cuota presuntamente defraudada alcance el umbral de punibilidad penal - 120.000 euros - para proceder a tal remisión, sino que es preciso que se aprecie la concurrencia de dolo en la actuación del infractor. Cuando se remite el expediente a la autoridad judicial, los órganos administrativos se deben abstener de seguir el procedimiento administrativo, que queda suspendido mientras la autoridad judicial no dicta sentencia firme, o tenga lugar el sobreseimiento, o el archivo de las actuaciones, o se produzca la devolución del expediente por el Ministerio Fiscal.

Como adelantamos antes, los delitos tipificados por el Código Penal contra la Hacienda Pública, resultan ser así los siguientes:

² STC 19/1987, de 17 de febrero, Fundamento jurídico 6.

1. Delitos relacionados con ingresos tributarios.
 - 1.1. Delito de defraudación tributaria (art. 305).
 - 1.2. Delitos contables (art. 310).
2. Delitos relacionados con el gasto público o fraude de subvenciones (arts. 308 y 309) o defraudación de ingresos no tributarios (art. 306).
3. Delitos por defraudación a la Seguridad Social (art. 307).

Nos encontramos ante una Ley penal en blanco, que precisa ser integrada mediante la regulación contenida en las distintas Leyes tributarias que establezcan la obligación del pago de un tributo. El hecho de que estemos ante una Ley penal en blanco condiciona decisivamente la aplicación del delito contra la Hacienda Pública, dado que la legalidad penal se extiende también a las disposiciones que regulan la materia a que se remite la norma penal, en este caso, la tributaria.

En relación con la prescripción, hay que tener en cuenta que tanto el inicio de la prescripción como las causas de su interrupción y, sobre todo, la duración del período del mismo, tratándose de los delitos contra la Hacienda Pública, no han de ser necesariamente coincidentes con los que se fijan en caso de infracciones tributarias. Una de las cuestiones más debatidas trae causa de la discordancia entre el plazo de prescripción del delito fiscal – cinco años ex art. 131 CP – y el establecido para entender prescrita la deuda tributaria, las sanciones o el derecho a la devolución de ingresos indebidos – cuatro años -. Desde un primer momento, y frente a algunos planteamientos doctrinales, el Tribunal Supremo³ entendió que la prescripción de los delitos – incluidos los delitos contra la Hacienda Pública – es materia que regula el Código Penal y a ello debe estarse. Primero, porque así se guarda proporcionalidad y coherencia entre las reacciones correspondientes a las conductas constitutivas de delito, y a las que sólo alcanzan el nivel de infracción administrativa. En segundo lugar, porque producida la prescripción de la obligación tributaria, de ella no se sigue en absoluto, como efecto necesario, la automática desaparición de todo bien jurídico merecedor de tutela. En tercer lugar, porque la subsistencia de la responsabilidad civil derivada del delito no está mecánicamente asociada a lo que resulte de la aplicación de otras ramas del Derecho. La acción civil, no nace de la deuda preexistente al delito, sino del delito mismo. Y en último lugar, porque no sería correcta la aplicación analógica de la excusa absolutoria al no concurrir la identidad de razón (exigencia del art. 4.1. Código Civil), pues en este caso la extinción del crédito tributario se produce por causas ajenas al contribuyente.

En el juego de la simultaneidad de regulaciones - penal y tributaria - en este ámbito, también resulta interesante que mencionemos el régimen de medidas cautelares que tienen lugar durante la tramitación de los presuntos delitos contra la Hacienda Pública. La LGT 58/2003, de 17 de diciembre, permite a la Administración que solicite al órgano judicial que la medida cautelar administrativa vigente – que hubiese sido adoptada durante la tramitación del proceso administrativo – se convierta en una medida cautelar judicial. Además, permite a la propia Administración adoptar medidas cautelares, una vez presentada denuncia o querrela por delito contra la Hacienda Pública, o se tramite un proceso judicial por dicho delito, dirigidas a garantizar la responsabilidad civil que pudiera acordarse. En ambos casos, de acuerdo con el artículo

³ En este sentido encontramos Sentencias como la de 26 de julio de 1999; 6 de noviembre de 2000; 6, 10, y 30 de octubre de 2001; 15 de julio de 2002; 21 de marzo de 2003; 30 de abril de 2004 y 3 de febrero de 2005.

81 LGT, es el órgano judicial el que ha de decidir sobre la extensión temporal de la medida.

En cuanto al principio “*non bis in idem*”, hay que partir del hecho de que si se dicta una sentencia condenatoria, en un proceso penal, no se podrá imponer una sanción administrativa. Si, en cambio, no se hubiese apreciado delito, la Administración tributaria podrá iniciar o continuar sus actuaciones de acuerdo con los hechos probados por los Tribunales, y se reanudará el cómputo del plazo de prescripción desde el momento en que se suspendió. En este sentido, el Tribunal Supremo, al seguir los avatares de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁴ sobre los efectos del principio “*non bis in idem*”, limitó la vigencia del principio a los casos de doble sanción penal o de doble sanción administrativa por los mismos hechos, pero consideró que no excluía la posibilidad de que un hecho sancionado por la Administración o declarado conforme a derecho por ésta, fuese objeto de una nueva sanción penal, siempre en que la pena resultante se computase la sanción administrativa sufrida.⁵

Un último punto que considero de interés en este apartado es el que afecta a la retroactividad. La penal – cuando sea favorable, como es lógico - se extiende incluso a los casos en que haya sentencia firme y la condena esté en fase de cumplimiento (artículo 2º CP), mientras que en el ámbito sancionador tributario sólo opera la retroactividad cuando los actos administrativos sancionadores no hayan adquirido firmeza (art. 10.2 y Dis. Trans. 4ª LGT). Más tarde entraremos en profundidad en este asunto.

En definitiva, como consecuencias de la simultaneidad de regulaciones (penal y tributaria) en este ámbito, debemos tener claro, primero, la preferencia del orden jurisdiccional penal, que supondrá que la Administración se deba abstener de seguir cualquier procedimiento sancionador, cuando corresponda remitir el expediente al Ministerio Fiscal, para que sean los Tribunales de lo penal los que resuelvan. En segundo lugar, que el inicio de la prescripción, las causas de su interrupción, y la duración del período del mismo, tratándose de los delitos contra la Hacienda Pública, no son los mismos que se fijan en caso de infracciones tributarias. Y en tercer y último lugar, que en virtud del principio “*non bis in idem*”, la existencia de una sentencia condenatoria, en un proceso penal, supondrá que no se pueda imponer una sanción administrativa por los mismos hechos, al mismo sujeto; si bien cabe que dicha sentencia condenatoria recaiga sobre un supuesto en el que previamente se ha sancionado por la Administración o declarado conforme a derecho por ésta, siempre que en la pena resultante se compute la sanción administrativa sufrida.

3. Responsabilidad penal de los sujetos implicados.

3.1. Responsabilidades penales en el caso de acogerse a la amnistía fiscal, y de no hacerlo.

Para el análisis de la posible responsabilidad penal de la Sociedad y de las personas físicas implicadas, es mejor partir del supuesto de que la Sociedad y las personas físicas implicadas, no se hayan acogido a la amnistía fiscal. En este caso, la Sociedad sería responsable de varios delitos – en concurso real - de defraudación

⁴ SSTC 177/1999, de 11 de octubre, y 2/2003, de 16 de enero.

⁵ STS de 20 de enero de 2006.

tributaria, recogidos en el artículo 305 del Código Penal, que dispone: *“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.”*

En relación al sujeto activo de este delito, hay que decir que se perciben dos tendencias doctrinales: a) la que considera que sólo puede serlo quien sea obligado tributario, en este caso la Sociedad - cuyo problema de la personalidad jurídica ha sido solventado por la introducción, por la LO 5/2010, del artículo 310bis CP en la que se procede a hacer extensiva la responsabilidad penal por estos delitos a las personas jurídicas que hayan realizado las conductas típicas del Título XIV-. b) la que estima que el tipo penal no exige unas especiales condiciones, y que por ello cualquiera que estuviese en condiciones de poder afectar al patrimonio de la Hacienda Pública podría ser considerado autor.

La responsabilidad penal podría extenderse también, en cualquier caso, a la administradora única, que es quien ejerce el poder de representación de la Sociedad, con todas las consecuencias que ello acarrea. Esta responsabilidad se deriva tanto de lo dispuesto en el Código Penal antes de la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se estableció la responsabilidad penal, hasta entonces no contemplada, de la persona jurídica, como de lo dispuesto posteriormente, a través de lo que señala el artículo 31 del Código Penal, todavía vigente, cuando dice 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.”*

La responsabilidad de los administradores puede ser tanto por acción como por omisión. Esto significa que para que un administrador quede exculpado penalmente no bastaría con no haber participado directamente en el delito, sino que además tendría que hacer todo lo posible para evitar que el mismo se cometiese. En este supuesto, del comportamiento de la administradora única se puede deducir, cuanto menos, su falta de diligencia, y de interés por evitar que el delito de defraudación se llevase a cabo. Así, se podría derivar perfectamente su responsabilidad penal, paralela a la de la Sociedad, como coautora del mismo delito.

Asimismo, la entidad sería responsable de un delito de blanqueo de capitales recogido en el artículo 301 del Código Penal, que dispone lo siguiente: *“El que adquiera, 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.”

Frente a la actividad de blanqueo de capitales existe un reciente instrumento de lucha que es la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo que, como refiere en su preámbulo, transpone la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo. Por blanqueo se entiende, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.2. de la Ley 10/2010: “ *a. La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos.*

b. La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad real de bienes o derechos sobre bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva.

c. La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva.

d. La participación en alguna de las actividades mencionadas en las letras anteriores, la asociación para cometer este tipo de actos, las tentativas de perpetrarlas y el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o facilitar su ejecución.

Existirá blanqueo de capitales aun cuando las conductas descritas en las letras precedentes sean realizadas por la persona o personas que cometieron la actividad delictiva que haya generado los bienes.”

Se debe considerar que este delito es continuado. Por delito continuado entendemos la comisión por el mismo o los mismos sujetos de una pluralidad de infracciones, que en virtud de la concurrencia de determinados requisitos, se sustrae de las reglas del concurso de infracciones, y es contemplada unitariamente por el Derecho, como un delito único. El Código Penal de 1995 regula el delito continuado en el artículo 74, que dispone lo siguiente: “*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.”

Las teorías objetivo-subjetivas, ahora preponderantes en la doctrina y jurisprudencia, exigen dos tipos de requisitos para que se pueda contemplar el delito continuado:

- Subjetivos: Se debe producir una repetida intencionalidad delictiva. Requiere, pues, un dolo global o de conjunto, una trama preparada previamente y programada aunque no se precisen los detalles concretos, que pueden dejarse para cuando surja la oportunidad de ejecutarla.

- Objetivos: Se destacan, entre otras, en las SSTS 663/2009, de 30 de mayo y 1136/2010, de 21 de diciembre.

a) Pluralidad de acciones u omisiones típicas que no exigen ser singularizadas y que están pendientes de resolver.

b) Homogeneidad en el *modus operandi* o similitud en las diversas conductas de forma de operar, con medios, métodos o técnicas de carácter análogo.

c) La misma o semejante norma violada, es decir, identidad de norma.

d) Cierta conexidad espacio-temporal, no siendo posible admitir que transcurra un lapso de tiempo excesivo.

e) Identidad de sujeto activo.

f) Bien jurídico no eminentemente personal.

En el presente caso, dado que se cumplen perfectamente todos los presupuestos, nos encontraremos ante un delito de blanqueo de capitales continuado, cuyo mismo origen radica en todas las defraudaciones cometidas a lo largo de varios años. Ha de ser así considerado para sortear la solución excesivamente dañina que supondría aplicar un concurso real, por tratarse de conductas que en su conjunto alcanzarían una pena demasiado elevada. Tema distinto es que, aparte, se contemplará otro delito de blanqueo de capitales por las cantidades obtenidas de los delitos de abortos ilegales cometidos en la clínica lisboeta.

Resulta interesante que digamos que la Sala 2ª del Tribunal Supremo⁶ considera que sólo es necesario para responder del delito de blanqueo, un simple conocimiento de la antijuridicidad precedente, aunque no sea un preciso “conocimiento cabal y puntual”, del delito previo, bastando con que exista una prueba de indicios de los que deducir la existencia del conocimiento de la ilícita procedencia.

Con la LO 5/2010 se introduce la punición del blanqueo de capitales realizado por quien ha cometido el delito antecedente, que ya había sido objeto de abordaje en sentencias como la STS 634/2010 de 28 junio. Por ello, en principio, habría de entenderse que los sujetos responsables del delito de defraudación, hasta el año 2010, no serían responsables del blanqueo, porque si fuese así, estaríamos aplicando la reforma, que tiene carácter desfavorable para el reo, retroactivamente. Sin embargo, al tratarse aquí de un delito continuado, no resulta de tal manera, en el sentido que pasaremos a explicar a continuación:

En primer lugar, para determinar en qué momento se entiende perpetrado el delito a los efectos de concretar la Ley aplicable en el tiempo, se han expuesto una pluralidad de criterios doctrinales (teoría de la actividad, teoría del resultado, teoría de la ubicuidad, teoría del efecto intermedio, teoría de la relevancia o de la valoración jurídica). El Código Penal, en su artículo 7º, se inclina por la doctrina de la actividad al establecer que *“a los efectos de determinar la ley penal aplicable en el tiempo, los delitos y faltas se consideran cometidas en el momento en que el sujeto realiza la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar.”* Doctrina reiterada por el Tribunal Supremo que dice que la Ley penal aplicable a un hecho delictivo es la vigente en el momento de su perpetración y que si bien es cierto que tienen efecto retroactivo aquellas Leyes penales que favorezcan al reo (art. 2.1º CP), también lo es que no existe un principio paralelo de “ultraactividad” de la Ley penal más favorable, de modo que si el delito se perpetra bajo la vigencia de una Ley posterior más rigurosa, será ésta la aplicable y no la anterior, que ya ha perdido vigencia, aun cuando aquella Ley anterior fuese más beneficiosa para el reo. Pues bien, con todo ello, el delito continuado, según reiterada jurisprudencia, es considerado un ente real e integrado que no puede fragmentarse rompiendo el nexo de la continuidad de las conductas que lo integran, por tanto, es plenamente aplicable la regulación vigente en un momento posterior, aunque sea desfavorable para el reo, siempre y cuando el delito se siga cometiendo, tal y como ha sucedido en esta ocasión.

No podemos dejar de mencionar, por el asunto que tenemos ante nosotros, la polémica doctrinal que ha suscitado la posibilidad de considerar el delito fiscal, es decir, el delito de defraudación del 305, que ocurre reiteradamente en este caso; como la actividad delictiva previa del blanqueo de capitales. Esto se debe a que tal afirmación podría suponer la vulneración del principio *“non bis in idem”* consagrado en nuestro ordenamiento, pues supondría castigar dos veces la misma conducta. Al defraudador – la entidad - se le estaría castigando adicionalmente por un blanqueo de capitales del art. 301 CP, que necesariamente vendría anudado al delito fiscal, porque lo normal es que quien defrauda a la Hacienda Pública transmita el dinero, lo convierta, u oculte o encubra su origen, conductas estas típicas del art. 301 CP. Sin embargo, las tendencias internacionales se mueven, desde hace años, hacia la admisión del fraude fiscal como actividad delictiva antecedente del blanqueo, y por la misma postura se ha decantado

⁶ STSS 649/1996 de 7 diciembre, 755/1997 de 23 mayo, o Sentencia 1842/1999 de 28 diciembre.

nuestro Tribunal Supremo, pese a las opiniones contrarias de numerosos sectores doctrinales. En sus resoluciones⁷, pues, se ha optado por un concurso real entre ambos delitos, castigándose los dos, cuando perfectamente se podría considerar que se trata de un concurso de normas – de un mismo supuesto de hecho, constitutivo de una sola infracción, se ocupan dos o más preceptos y, aparentemente, ambos le son aplicables, pero sólo uno lo es - o, en todo caso, un concurso ideal - una sola acción que conlleva la comisión de varios tipos delictivos – que es castigado de acuerdo con el art. 77.2 CP, de manera mucho más beneficiosa para el reo que en el caso de un concurso real.

La admisión del delito fiscal como delito previo al blanqueo de capitales se sustenta en la Ley del 2010 sobre prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, que expresamente admite que la cuota tributaria defraudada pueda constituir objeto material del blanqueo de capitales. Se ha tenido muy en cuenta, también, que desde la reforma del art. 301 CP, que contiene el delito de blanqueo de capitales, por la LO 5/2010, de 22 de junio, se admite la posibilidad de castigar por blanqueo a quienes han cometido el delito previo, por lo que el defraudador fiscal puede ser condenado simultáneamente por delito fiscal y blanqueo de capitales.

Asimismo, al ampliarse el elenco de conductas punibles como blanqueo de capitales, incriminando también la mera posesión de los bienes procedentes de una actividad delictiva, cuando se lleve a cabo un delito de defraudación contra la Hacienda Pública, y se esté, en consecuencia, en posesión del capital no declarado, se incurrirá, a su vez, en el delito de blanqueo de capitales del artículo 301.

Son sujetos responsables de dicho delito de blanqueo, en definitiva, no sólo la persona jurídica, de acuerdo con el artículo 302, sino también la administradora única de la Sociedad, y los tres socios de la entidad que han percibido los beneficios derivados de tales actividades ilícitas, y por tanto han incurrido en las conductas típicas del blanqueo, como coautores.

Además, no podemos olvidarnos de las posibles responsabilidades penales de los miembros del despacho Mato & asociados, teniendo en cuenta que el abogado que directamente asesoraba a la sociedad era empleado del mismo – D. Xaime Castro – y que el socio mayoritario del mismo – D. Andrés Mato – era conocedor de las actividades de evasión fiscal. Para resolver el asunto debemos partir del artículo 542.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que señala 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.”* Consagrándose así, en principio, el llamado “secreto profesional” de los abogados.

Actualmente la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, ha convertido en obligados en su artículo 2, de acuerdo con la Segunda Directiva 2001/97/CE, a los abogados, procuradores y 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,

⁷Acuerdo de 18 julio 2006 por el que la sala segunda del Tribunal Supremo acuerda que el artículo 301 Código Penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente; y STSS 557/2012 de 9 julio, o 769/2008 de 30 octubre, por las que se castiga la mera posesión de efectos de procedencia ilícita.

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, sociedades o estructuras análogas, o cuando actúen por cuenta de clientes en cualquier operación financiera o inmobiliaria. Cabría, entonces, que la circunstancia de convertirse en obligados chocase con el secreto profesional que anteriormente mencionamos.

Debemos tener presente el hecho de que se estaría haciendo una delimitación, mediante una Ley de rango ordinario, a un precepto que se incardina dentro de una Ley Orgánica. Se impone a dichos profesionales el deber de controlar al cliente e informar, en todo caso, de hechos sospechosos relacionados con el blanqueo, y ello puede resultar indiscutiblemente contrario a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 542.3. Para evitar tal colisión, el artículo 22 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, dispone que: *“Los abogados no estarán sometidos a las obligaciones establecidas en los artículos 7.3, 18 y 21 con respecto a la información que reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñar su misión de defender a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos.*

Sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley, los abogados guardarán el deber de secreto profesional de conformidad con la legislación vigente.”

Lo que en realidad se pretende es hacer una distinción, dentro de la variedad de actuaciones que puede llevar a cabo un abogado, sometiendo algunas a lo dispuesto en dicha Ley y quedando otras, al amparo del secreto profesional de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es decir, no sujetas a las obligaciones de control e información, todo ello en virtud de una valoración de los intereses que están en juego. En este sentido, se considera que cuando un abogado actúa en funciones de defensa, al estar en juego la tutela judicial, que tiene el carácter de derecho fundamental, no sólo defiende el interés de su cliente sino un cierto interés “supra individual” como lo es la garantía de que cualquier ciudadano podrá tener siempre un juicio justo. El abogado no estaría en condiciones de cumplir adecuadamente su labor de asesoramiento, defensa y representación del cliente, quedando éste, por tanto, privado de derechos fundamentales, si, en el contexto de un procedimiento judicial o de su preparación, estuviera obligado a cooperar con los poderes públicos transmitiéndoles la información obtenida con ocasión de las consultas jurídicas efectuadas en el marco de tal procedimiento. En este ámbito, por servir el secreto profesional del abogado a un bien jurídico de calidad superior, resulta intocable. Sería improcedente que se impusiera la obligación de notificar sospechas de blanqueo, cuando estén ejerciendo la representación legal de sus clientes en acciones judiciales, incluso respecto de la información que hubiesen obtenido con anterioridad a cualquier proceso que se estuviese llevando a cabo. Sin embargo, se estima también que cuando se actúa en la mera gestión de negocios del cliente, manejando sus fondos, realizando en su nombre operaciones mercantiles, inmobiliarias, etc. sin que estas actividades se proyecten en labores de defensa en algún proceso pendiente o en expectativa de iniciarse, el interés al que sirve el abogado es también legítimo, sin duda, pero meramente privado. Carece en este caso de esa dimensión de interés público que posee el ejercicio de la defensa y por tanto, debe ceder ante un

interés superior como lo es el del Estado en la prevención del blanqueo de capitales, pues no sería lógico que su mera condición de abogados pudiera ser usada, aquí, como vía de refugio para el lavado de fondos procedentes de actividades delictivas.

En conclusión, las severas obligaciones que impone la normativa de prevención del blanqueo, se limitan en un doble sentido. Primero, porque éstas sólo entran en juego cuando la actuación se proyecta sobre unas materias determinadas, que son las establecidas en el artículo 2.º) de la Ley 10/2010, que ya señalamos antes, quedando, en consecuencia, cualquier actuación o relación profesional sobre materias ajenas a éstas, al margen de los deberes de la Ley 10/2010; y segundo, porque aún sobre estas materias sujetas, la intervención del abogado queda igualmente liberada cuando afecte al derecho de defensa, bien en relación con un procedimiento ya iniciado o potencial, incluido el simple asesoramiento al cliente para determinar su posición jurídica en un hipotético proceso, o sobre la forma de evitarlo. Este asesoramiento que tiene como referencia un proceso real o futuro se considera parte inseparable de la defensa, como no podría ser menos y queda también protegido por el secreto profesional, y es precisamente este argumento a través del cual los abogados de nuestro informe podrían eludir cualquier tipo de responsabilidad penal o administrativa, porque si bien es cierto que se excedieron en las funciones que les correspondían, fácilmente podrán encontrar protección alegando que se trataba de una actividad inherente a la defensa de sus clientes.

Corresponde pues, descartar cualquier tipo de responsabilidad penal, por lo que dichos profesionales podrían ser únicamente sancionados, de acuerdo con la Ley 10/2010 - que en el Capítulo VIII se dedica al régimen sancionador enumerando las infracciones muy graves, graves y leves, sus sanciones y su graduación - por el incumplimiento del deber de informar a las autoridades de las actividades ilícitas realizadas por sus clientes.

Planteando ahora sí, por otro lado, el supuesto de que la Sociedad y las personas físicas implicadas se hubiesen acogido a la amnistía fiscal, tenemos que partir de la idea de que si la Administración tributaria estimó que los obligados tributarios, cumpliendo todos los requisitos, regularizaron su situación tributaria mediante el completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, dicha regularización practicada les exoneraría de su responsabilidad penal, aunque la infracción en su día cometida pudiera ser constitutiva de delito contra la Hacienda Pública. Consecuentemente, ya no se podría abrir un procedimiento penal contra la entidad, ni contra las personas físicas, por la comisión del delito de defraudación contra la Hacienda Pública del 305 CP. La Sala Segunda del Tribunal Supremo se ha manifestado señalando que la regularización (y el reintegro) de la situación tributaria de un determinado sujeto constituye una excusa absoluta, quedando, pues, exento de responsabilidad criminal y, además, los bienes constitutivos de la cuota tributaria defraudada, “descontaminados” (STSS 1336/2002 de 15 julio y 340/2012, de 30 de abril).

Con todo, existe el grave problema de determinar si los sujetos que regularizaron su situación tributaria, quedando exentos de responsabilidad criminal por el delito contra la Hacienda Pública, permanecerían exentos también de responsabilidad por el delito de blanqueo de capitales del art. 301 CP o no. Esto es así, porque si antes de acogerse a la amnistía fiscal, se pudiese afirmar que se ha estado ocultando la cuota tributaria - como efectivamente ha ocurrido en esta ocasión -, el delito de blanqueo de

capitales ya se habría consumado (art. 301 n° 2). Igualmente, tal y como se ha dicho, al castigar el artículo 301 CP la posesión, si el defraudador hubiese poseído la cuota antes de acogerse a la amnistía, ya habría realizado el delito de blanqueo de capitales. Asimismo, no podemos olvidar que aún a día 11 de mayo de 2012 el Secretario General del Tesoro y Política Financiera dictó unas instrucciones relativas a la declaración tributaria especial y la prevención del blanqueo de capitales en las que se insistió a los sujetos obligados de acuerdo con la Ley 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales que debían comunicar por iniciativa propia cualquier hecho u operación, incluso la mera tentativa, respecto al que existiese indicio o certeza de que estaba relacionado con el blanqueo de capitales o que mostrasen una falta de correspondencia ostensible con la naturaleza, o volumen de su actividad. Sin embargo, contradictoriamente, el día 24 del mismo mes, se publicaron otras instrucciones que señalaban que: *“La presentación de dicha declaración tributaria especial, al igual que ocurre con el resto de declaraciones tributarias, resulta plenamente compatible con la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. En este contexto, resulta importante subrayar que el artículo 1 de la Ley 10/2010 exige que los bienes objeto de blanqueo de capitales procedan de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva. En consecuencia, al igual que ocurre con las operaciones financieras vinculadas a otras regularizaciones tributarias, no resultará preceptiva ninguna comunicación cuando respondan únicamente a eventuales infracciones tributarias que deban reputarse regularizadas de conformidad con la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 12/2012.”*

La cuestión no está clara y, en definitiva, que la excusa absolutoria consistente en la regularización fiscal se aplique por analogía a favor del reo también sobre el delito de blanqueo dependerá, en gran medida, de lo que cada Tribunal estime para el caso concreto.

En lo que no hay duda es que, de cualquier modo, sí serían responsables del ilícito del artículo 301, no sólo la persona jurídica, de acuerdo con el artículo 302, sino también la administradora única de la Sociedad, por las cantidades obtenidas – con pleno conocimiento - a través de la comisión del delito de abortos ilegales recogido en el artículo 145 del Código Penal, en la clínica lisboeta. Esta responsabilidad se extiende, también, a los socios Martínez y Suárez, dado que ambos recibieron su parte de beneficios por las prácticas realizadas en la clínica de Lisboa. No se puede decir lo mismo, sin embargo, del Sr. Pérez, que en ningún momento recibió las cantidades que le hubiesen correspondido por su participación en la sociedad, y por tanto, no se puede considerar responsable del delito de blanqueo. También se podría extender dicha responsabilidad al personal médico que practicó lo abortos, si obtuvo a cambio algún tipo de remuneración o beneficio económico.

3.2. Responsabilidades penales por los delitos de abortos ilegales.

Además de las diversas responsabilidades penales, tanto de la persona jurídica como de las personas físicas, ya expuestas, resulta evidente que surgirán otras derivadas de la práctica de los abortos en la clínica lisboeta. En este sentido, el responsable médico de la clínica de Lisboa, el señor Gonçalves, así como el resto del personal sanitario adscrito a la misma (Sres. Amália Rodrigues, Anabela Miranda, Vítor Pinto y Gustavo Oliveira), son responsables del delito de aborto recogido en el artículo 145 del

Código Penal, que dispone que: *“1. El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la Ley será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años. El juez podrá imponer la pena en su mitad superior cuando los actos descritos en este apartado se realicen fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado.*

2. La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la Ley, será castigada con la pena de multa de seis a veinticuatro meses.

3. En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas respectivamente previstas en este artículo en su mitad superior cuando la conducta se llevare a cabo a partir de la vigésimo segunda semana de gestación.”

Estamos hablando de la realización de abortos fuera de los supuestos admitidos por la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. El Tribunal Supremo, en sede de concurso de personas en este delito, ha llegado a considerar que todas las que realizan cualquier acto dirigido a la práctica de la interrupción del embarazo son coautores.⁸

En relación con la responsabilidad de los restantes médicos de las clínicas de A Coruña y de Madrid, resultará determinante saber si en el comité científico que formaban, y que poseía competencias a la hora de adoptar decisiones, se conocía y se trataban cuestiones relativas a dichos abortos ilegales. En el caso de que así fuese, dependiendo de su grado de intervención, podrían cometer un delito de omisión del deber de impedir delitos y denunciarlos, recogido en el artículo 450 del Código Penal: *“1. El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida, y la de multa de seis a veinticuatro meses en los demás casos, salvo que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél.*

2. En las mismas penas incurrirá quien, pudiendo hacerlo, no acuda a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delito de los previstos en el apartado anterior y de cuya próxima o actual comisión tenga noticia.”

E incluso, si no sólo tuviesen conocimiento, sino que además adoptasen ciertas decisiones que resultasen determinantes para llevar a cabo dicha actividad ilícita, podrían llegar a ser ellos mismos responsables también del delito del artículo 145, al extenderse, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la responsabilidad a cualquiera que realice algún acto dirigido a la práctica de la interrupción del embarazo, tal y como señalamos antes.

En cuanto a la administradora única de la sociedad, y los socios de la misma, debemos partir de que todos conocían las actividades abortivas a los pocos meses de

⁸ En este sentido, tenemos como ejemplo la STS 470/1998 de 1 abril, que condenó como coautora a la psiquiatra que emitió un informe falso, para permitir un aborto.

que comenzasen a llevarse a cabo. Pese a las diversas reacciones que esto provocaba en los sujetos, ninguno trató de informar a las autoridades sobre la actividad que se estaba realizando. Por ello, serían, en todo caso, responsables del delito ya mencionado previamente, del artículo 450, por su omisión del deber de impedir delitos y denunciarlos. Sería responsable, primeramente, el socio que expresó su negativa y que acordó que no recibiría su parte de los beneficios de la sociedad lisboeta. En cuanto a los otros dos socios, cabe cuestionarse si su intervención en la toma de decisiones de la entidad, así como el hecho de que captasen beneficios por tales actividades ilícitas, implicaría algún tipo de responsabilidad penal mayor. En todo caso, no debemos olvidar que estamos ante una serie de ilícitos cometidos fuera del territorio nacional, por sujetos no nacionales, y que todavía no han sido enjuiciados. Por todo ello, se reducen notablemente las posibilidades de imputar a estas personas el delito en cuestión. Por un lado, porque no tiene mucho sentido que se imponga el deber de denunciar delitos que se cometen fuera de nuestro ordenamiento jurídico, y ante los que la jurisdicción española no tiene competencia. Y por otro, porque si estas actividades ilícitas aún no han sido siquiera condenadas, tampoco resultaría muy adecuado que así lo fuesen los delitos que por no denunciarlas, se han derivado.

Nada hay que decir, en cambio, en relación a la responsabilidad de la persona jurídica, que siguiendo lo dispuesto en el artículo 31 bis del Código Penal, sólo es penalmente responsable en los supuestos previstos en la norma, no siendo, el delito de aborto, uno de ellos.

4. Consecuencias de la extensión de las actividades ilícitas en el tiempo: Prescripción, retroactividad, y cambios en la normativa.

Observando los hechos acaecidos, podemos apreciar que las actividades ilícitas se extendieron durante varios años. Esto, indudablemente, acarrea importantes consecuencias a efectos de prescripción, cambios en la normativa, y retroactividad.

Yendo a cada uno de los ejercicios de la Sociedad, podemos decir, a lo efectos de prescripción, lo siguiente:

Ejercicio 2006: 125.000 euros. Se cometió un delito de defraudación contra la Hacienda Pública, del artículo 305, pero que de acuerdo con las reglas del precepto 131 del Código, ya ha prescrito.

Ejercicio 2007: 119.000 euros. Se cometió una infracción tributaria, que se encuadra en el artículo 191 o 192 de la Ley General Tributaria, y que de acuerdo al artículo 66 de la Ley General Tributaria, ya ha prescrito.

Ejercicio 2008: 117.000 euros. Se cometió otra infracción tributaria, también de los artículos 191 y 192 de la Ley General Tributaria, y que, siguiendo las normas de prescripción tributaria, no ha prescrito. Efectivamente, el derecho de la Administración en relación con estas cantidades, prescribe a los cuatro años, de acuerdo con el artículo 66 de la LGT. Este plazo comenzará a contarse, sin embargo, desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo reglamentario para presentar la correspondiente declaración o autoliquidación, tal y como dispone el artículo 67. El día en que finaliza el plazo reglamentario para presentar la declaración es el 25 de julio de 2009 - la presentación de la declaración debe efectuarse dentro de los veinticinco días naturales

(cuentan sábados y domingos) siguientes a los seis meses posteriores a la conclusión del periodo impositivo -, y por tanto, todavía no han transcurrido los cuatro años establecidos por la Ley.

Ejercicio 2009: 156.000 euros

Ejercicio 2010: 161.000 euros

Ejercicio 2011: 170.000 euros

En cada uno de estos tres ejercicios se ha cometido un delito de defraudación contra la Hacienda Pública, del artículo 305, y que no ha prescrito de acuerdo al artículo 131 del Código Penal.

Con todo, este análisis de las infracciones cometidas, en el que hemos señalado cuáles han prescrito, y cuáles no, se ha realizado tomando cada delito individualmente. Hay que hacer esta aclaración porque, tal y como explicaremos más adelante, estamos ante un supuesto en el que se cometen varios ilícitos, en concurso y que son enjuiciados, debido a su conexidad, en un mismo proceso. Es por ello que se debería tener en cuenta que el artículo 131.5 del Código Penal dispone que: *“En los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave.”* Se trata de un precepto bastante confuso y muy controvertido, pero que de ser tenido en cuenta por los Tribunales, supondría que ninguno de los delitos contra la Hacienda Pública estaría prescrito aún, pues se aplicaría el plazo de prescripción del blanqueo de capitales, que es de diez años.

Además, desde principios del 2012, el Gobierno se ha propuesto endurecer las penas para los evasores fiscales y aquellos que defrauden a la Seguridad Social. Por ello, el Consejo de Ministros ha aprobado un anteproyecto de ley que reforma el Código Penal para elevar a seis años (ahora está en cinco) la pena máxima de cárcel en los casos más graves de fraude: cuando este supere los 600.000 euros, proceda de una organización criminal o se utilicen paraísos fiscales – como de hecho ocurre en este caso-. Al aumentar la pena, el plazo de prescripción se amplía también: pasa de cinco a diez años. El objetivo es evitar que los procesos más complejos —casos de corrupción o tramas criminales— queden sin sanción. Ante la situación, debemos analizar las consecuencias que dicho anteproyecto puede acarrear a los responsables de los hechos que son objeto de este informe. Todos sabemos que uno de los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico, de acuerdo con el artículo 9.3 de nuestra Constitución, y también más concretamente, del artículo 2 del Código Penal, es el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables. Aquí, la cuestión que se debe discutir es si la ampliación del plazo de prescripción puede aplicarse o no, a las infracciones cometidas por los sujetos de este caso, que fueron cometidas previamente a la reforma del Código. El principio de irretroactividad, que supondría su inaplicabilidad, requiere que la naturaleza de la prescripción sea sustantiva. Si las normas relativas a esta extinción de la responsabilidad criminal se consideran simplemente de naturaleza procesal, sí podría entrar en juego el nuevo plazo, notablemente más desfavorable para el reo. En este sentido, la doctrina penal se inclina a afirmar su naturaleza material. En esa misma línea se pronuncia la jurisprudencia del TS (desde la STS de 10 de febrero de 1989) y la del Tribunal Constitucional (STC 64/2001, de 17 de marzo). Por tanto, se acentúa el control sobre la aplicación de la prescripción, y ello supone el mantenimiento del plazo establecido en el Código Penal en el momento en el que se cometió el delito correspondiente.

Podemos señalar también, aunque no afecte directamente a nuestro caso, que las cuantías que condicionan el umbral de criminalidad se incrementaron por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, cuya entrada en vigor se produjo el 1 de octubre de 2004, debiendo entenderse aplicables retroactivamente, a pesar de lo que había considerado alguna resolución judicial aislada, a los delitos y faltas cometidos antes de la entrada en vigor, si resultasen más favorables para el reo. La STS 1113/2005, de 15 septiembre, zanjó en este sentido todo atisbo de duda, ya que aplicó retroactivamente la cuantía de los 120.000 euros, entendiéndolo como una exigencia del artículo 2.2 del Código Penal. Resulta, de esta manera, un ejemplo más de que la retroactividad penal favorable se extiende siempre incluso a los casos en que ya hay sentencia firme y la condena está en fase de cumplimiento (artículo 2º CP). Sin embargo, debemos recordar que en el ámbito sancionador tributario no ocurre lo mismo, pues como ya indicamos al inicio del informe, la retroactividad sólo opera cuando los actos administrativos sancionadores no han adquirido firmeza (art. 10. 2 y Dis. Trans. 4ª LGT).

En 2010, asimismo, con ocasión de otra reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se llevó a cabo la incorporación a nuestro Derecho Penal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que ha supuesto una profunda modificación en el tratamiento de la delincuencia empresarial. Con la redacción del artículo 31 bis, se mantiene la responsabilidad personal de los representantes que actúan en nombre de la persona jurídica (art. 31 CP) pero, en paralelo, se introduce la responsabilidad penal directa de esta última, siempre que se trate de supuestos previstos expresamente en el Código. Es a partir de ese momento y no antes – en virtud del principio de irretroactividad de las disposiciones desfavorables para el reo –, cuando se podrá enjuiciar a la entidad que nos interesa, por las infracciones que haya cometido, y sólo desde la entrada en vigor de la reforma, siempre que sus respectivos preceptos prevean la responsabilidad de las personas jurídicas directamente.

Por la misma reforma del Código Penal en el 2010, se amplió la pena máxima para el delito de defraudación de cuatro a cinco años, modificación que lógicamente sólo ha afectado y afectará a las resoluciones judiciales dictadas a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley, el 23 de diciembre de 2010, al tener un claro carácter desfavorable para el reo.

También se introdujo aquí el artículo 310 bis, por el que se estableció la responsabilidad penal, hasta entonces no contemplada en nuestro ordenamiento, de la persona jurídica por el delito de defraudación contra la Hacienda Pública. Debe quedar claro, como ya señalamos antes, que sólo a partir de ese momento se podrá abrir un procedimiento penal dirigido directamente contra la sociedad SERVICIOS MÉDICOS, S.L., y sólo resultará responsable, pues, de los delitos cometidos tras la incorporación de dicha reforma del Código.

Por lo que se refiere al delito de blanqueo de capitales y las modificaciones normativas que se han producido en dicha materia, hay que destacar las novedades que introdujo la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Hasta ese momento el artículo 301 del Código Penal sancionaba aquella conducta consistente en adquirir, convertir o transmitir bienes, a sabiendas de que estos tenían un origen en un delito. La nueva regulación introdujo una nueva conducta dirigida a aquel

sujeto que simplemente “posea” los bienes, a sabiendas de que estos tienen un origen ilícito. Por ello, la simple tenencia de dinero no declarado, como ocurre en este supuesto, pasa a ser considerada constitutiva de un delito de blanqueo de capitales. De acuerdo con esta nueva regulación, podría deducirse que el delito de blanqueo de capitales no prescribiría nunca, pues la simple tenencia constituye un acto ilícito, y por consiguiente, hasta que no se regularizase la situación tributaria no empezaría a computar el plazo de prescripción exigido - diez años según el art. 131 CP -, pues el sujeto activo no dejaría de cometer el delito fiscal (delito previo en este caso), y por tanto, de “poseer” el bien ilícito hasta ese momento.

También es fundamental que señalemos que por la misma reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se modificó el apartado 2 del artículo 302, introduciéndose las sanciones previstas para el caso de que el delito de blanqueo de capitales fuese cometido por una persona jurídica, lo que resulta determinante para el caso del presente informe, insistiendo en que hasta ese momento el legislador español no había introducido en nuestro ordenamiento un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aunque en este caso, en el mismo sentido que expusimos antes, al tratarse de un delito continuado, sí que se podrá considerar responsable a la entidad de todas las actividades de blanqueo llevadas a cabo, desde el inicio de las mismas.

En cuanto al delito de aborto del artículo 145, hay que decir que tal precepto fue redactado por el número uno de la disposición final primera de la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que entró en vigor el 5 de julio del 2010, y que introdujo numerosas novedades en nuestro ordenamiento. Dado que los abortos ilegales se cometen a partir de ese mismo año, entendemos que no hay que prestar mayor atención a las modificaciones que hayan podido darse con anterioridad en la normativa relativa al asunto, si bien habrá que estar más pendiente de los posibles cambios futuros que se lleven a cabo.

5. Cuestiones procesales del caso: Competencia judicial, medidas cautelares, y medidas limitadoras de derechos fundamentales.

Pasando ya a una visión más procesal del asunto, debemos resolver - en el caso de abrirse una investigación judicial en España - quién sería el encargado de la misma y del posterior proceso. Por ello, hay que partir de la idea de que estamos ante un caso en el que se producen más de dos delitos, provocándose una situación de conexión entre ellos. Cada infracción penal que hemos analizado podría constituir objeto de un proceso independiente, sin embargo, se dan ciertos nexos o elementos comunes entre ellos que justifican su enjuiciamiento conjunto (artículo 300 Ley Enjuiciamiento Criminal). Esto ha de tenerse en cuenta, pues puede suponer la alteración de las normas de atribución de competencia objetiva y territorial a las que se debe atender para determinar quién sería el encargado de llevar a cabo la investigación judicial y el posterior proceso en España.

Como decíamos, tiene lugar la conexión cuando entre los distintos procesos existen elementos comunes, ya sea en relación con los inculpados (conexidad subjetiva), ya sea en relación con los hechos delictivos (conexidad objetiva). También existe conexidad cuando varios delitos se imputan a una misma persona, y todos tienen analogía o relación entre sí (conexidad mixta). La Ley de Enjuiciamiento Criminal establece en su artículo 17 los supuestos de conexidad. Estos son: “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.”

En los presentes hechos, se han cometido varios delitos de defraudación contra la Hacienda Pública por los mismos sujetos, que además son responsables del delito de blanqueo de capitales. En cuanto al delito de abortos ilegales haremos referencia más adelante, no entrando, por el momento, en la cuestión. Resulta evidente que existe conexidad tanto subjetiva, como objetiva, e incluso mixta. Por ello, hay que prestar atención a lo que señala el artículo 18 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con la competencia territorial, cuando dispone que: “1. Son Jueces y Tribunales competentes, por su orden, para conocer de las causas por delitos conexos:

a) El del territorio en que se haya cometido el delito a que esté señalada pena mayor.

b) El que primero comencare la causa en el caso de que a los delitos esté señalada igual pena.

c) 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.”

Como entendemos que todos los delitos de defraudación se han cometido en la provincia de La Coruña, donde tiene el domicilio social la entidad SERVICIOS MÉDICOS S.L., y también los delitos de blanqueo de capitales – con pena mayor señalada -, debido a que las cantidades no declaradas se poseían y se enviaban siempre a dicha ciudad, es competente para conocer y resolver en el proceso los Tribunales de La Coruña.

Atendiendo ya a la consideración penal o procesal de los delitos, debemos destacar que, dado que la infracción con pena mayor (delito de blanqueo de capitales del

artículo 301), supera los cinco años en abstracto, es competente para conocer, el órgano de la Audiencia Provincial, y no un Juzgado de lo Penal.

Y guiándonos así, finalmente, por la competencia funcional, sólo nos queda por señalar que el órgano encargado de abrir la investigación e instruir estos hechos delictivos, ha de ser un Juzgado de Instrucción de La Coruña, de acuerdo con el artículo 14.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Si existiese la investigación procesal que hemos señalado, para la adopción de medidas cautelares contra la Sociedad antes de dictarse sentencia, tendríamos que atender al artículo 33.7 del Código Penal, que en su último párrafo dice que la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial pueden ser acordadas por el Juez Instructor como medidas cautelares durante la instrucción de la causa.

También se ha de tener presente que el artículo 116 del Código Penal establece que toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del ilícito se derivan daños o perjuicios, y que si son dos o más las personas responsables de ese delito o falta, los Jueces o Tribunales señalarán la cuota de la que debe responder cada uno de ellos. Para asegurar esto, se establecen una serie de medidas cautelares reales, que pretenden asegurar la ejecución de los pronunciamientos civiles que se hagan en el marco de un proceso penal, y que son perfectamente aplicables en este caso (299 LECrim).

Con este sentido se prevén en la Ley de Enjuiciamiento Criminal la fianza y el embargo. La fianza deberá de acordarse por el Juez desde el momento en que existan indicios de criminalidad contra una persona que puedan dar lugar a una responsabilidad civil. Está regulada, además de en la LECrim (arts. 589 y ss.) en los arts. 1854 y 1856 del Código Civil. La resolución judicial que establezca la fianza que se deba de prestar debe revestir la forma de auto, y contra ella se podrá interponer recurso de reforma o de apelación. El Juez fijará el importe de la fianza que no podrá ser inferior a lo que se calcule que ascenderá la responsabilidad civil, más una tercera parte. Si no se prestase la fianza, en este caso, procedería el embargo de los bienes del responsable o de los responsables, de acuerdo con lo previsto en el artículo 597 de la LECrim. El embargo consiste en una afección provisional y anticipada de los bienes acordado por el juez, si la fianza no fuese prestada. Por ello podemos decir que el embargo tiene un carácter subsidiario, es decir, sólo se presta cuando no se da la oportuna fianza.

Con todo, además de estas medidas directamente encaminadas a la protección de los intereses particulares de los afectados, también suelen existir otras muy similares, también aplicables, y que tienen por objeto ocupar, retener y custodiar ciertos instrumentos, efectos o vestigios derivados de la realización del hecho punible, a fin de permitir el adecuado desarrollo del proceso, o de garantizar las posibles responsabilidades pecuniarias derivadas del delito o del propio proceso, como serían la multa (artículo 32 y ss. CP), y las consecuencias accesorias (127 y ss. CP) o, por supuesto, las costas.

Todas las medidas cautelares que se acuerden podrán considerarse ordinarias, según se regulen en todos sus elementos por la Ley procesal, o especiales, de carácter excepcional, dejando su constitución y determinación en manos del Tribunal.

En relación con las medidas de intervención de las comunicaciones de la Sociedad, y el registro de sus sedes, en plena fase de investigación, debemos partir del hecho de que se tratan de unas medidas limitadoras de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución Española.

Podemos decir que en el proceso penal se busca la verdad material, es decir, se trata de descubrir lo que realmente ha ocurrido, pero esta investigación está sometida siempre al límite del necesario respeto de los derechos fundamentales de toda persona y, en estos casos, del inculpado. Cuando se lleva a cabo la restricción de estos derechos, se debe hacer de manera proporcionada, protegiendo a la persona contra actuaciones innecesarias. Por todo ello, la limitación de un derecho fundamental que esté recogido en la Constitución Española exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

1º Que esta limitación del derecho fundamental esté prevista en una Ley Orgánica.

2º Que la restricción del derecho fundamental sea acordada en virtud de una resolución judicial. Sólo el juez lo puede autorizar, nadie más.

3º Que se respete el principio de proporcionalidad, lo que supone que la injerencia en el ámbito del derecho fundamental tiene que encontrarse objetivamente justificada por razones de interés público, y que con esta limitación se pueda conseguir el objetivo propuesto. La limitación ha de ser necesaria y no puede existir otra medida más moderada. Hay que valorar la gravedad o trascendencia social del hecho a investigar y las molestias o invasión en el derecho fundamental.

4º Que la resolución judicial esté motivada. La motivación en el proceso penal es fundamental. Puede ser suficiente con una motivación escueta pero siempre que ésta se corresponda con una interpretación y aplicación del derecho ajena a toda arbitrariedad.

Teniendo en cuenta que estamos ante unos hechos en los que el principal sujeto responsable penalmente es una entidad - la cual será intervenida tanto en sus comunicaciones, como en su sede - debemos señalar que nuestra Constitución no contiene, en principio, ningún precepto que disponga que los derechos fundamentales y su protección rige también para las personas jurídicas. Ha sido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la que ha ido delimitando qué derechos fundamentales pueden ser reconocidos para las personas jurídicas, y así, entre otras, la STC 64/1988, de 12 de abril, en su fundamento jurídico primero estableció: *“La titularidad de los derechos fundamentales a las personas jurídicas de Derecho privado (...) siempre que se trate, como es obvio, de derechos, que por su naturaleza, puedan ser ejercitados por este tipo de personas”*.⁹

Por ello, siempre y cuando estemos ante un derecho susceptible de pertenecer a una entidad o persona jurídica, ésta gozará de la misma protección que cualquier otra

⁹ Más Sentencias del Tribunal Constitucional en el mismo sentido: STC 139/1995, de 26 de septiembre; STC 183/1995, de 11 de diciembre; STC 241/1992, de 21 de diciembre; o 211/1996, de 17 de diciembre; entre muchas otras.

persona natural ostentaría respecto a aquéllos, y se deberán cumplir exactamente los mismos requisitos para su posible restricción o limitación.

Concretando ya las diligencias que se podrían llevar a cabo en la instrucción de este caso, y que afectan a derechos fundamentales, partimos de la intervención de las comunicaciones postales, telegráficas, y telefónicas de la Sociedad.

Estas comunicaciones están protegidas en la Constitución Española en el artículo 18.3º que garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales telegráficas y telefónicas salvo resolución judicial. Por tanto, para restringir este derecho fundamental es necesario, en todo caso, una resolución judicial motivada, salvo en un supuesto excepcional - en los casos de lucha contra bandas armadas o terroristas -.

Respecto a al correspondencia privada, postal y telegráfica, se establece en el artículo 579.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que el Juez podrá acordar la detención de esta correspondencia - tanto la que remitió como la que recibe el procesado -, su apertura y examen, si hubiese indicios de obtener por estos medio el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante en la causa. Este precepto no menciona los paquetes postales pero la jurisprudencia ha establecido que tienen la misma protección que la correspondencia.

Asimismo, en cuanto a la intervención de las comunicaciones telegráficas y telefónicas, se establece en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que el Juez podrá acordar en resolución motivada la intervención de las mismas 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 que se exigen para acordar la intervención telefónica son los siguientes:

1º Una resolución judicial motivada que se base en la existencia de sospechas fundadas por datos objetivos de la comisión de una infracción punible por parte del imputado cuyo teléfono va a ser intervenido.

2º Respeto al principio de proporcionalidad. Por tanto, hay que valorar la idoneidad y necesidad de adoptar la medida, para averiguar el delito investigado y que ésta sea proporcional en atención a la gravedad del hecho investigado.

3º Que la intervención sea por tiempo determinado. El máximo es de tres aunque puede ser prorrogado por la autoridad judicial.

4º Que esta medida tenga una finalidad probatoria encaminada al descubrimiento del delito en el que se investiga la causa criminal.

5º Que se indique el delito por el que se acuerda la intervención telefónica sin que quepa investigar acciones criminales distintas, por lo que si de la intervención telefónica surgen nuevos hechos delictivos que no se recogían en autorización judicial, se deberá obtenerse una nueva autorización judicial para ampliar la intervención telefónica a esas actividades.

6º Se ha de adoptar la medida en el ámbito de un procedimiento penal.

Por todo ello, queda claro que el objeto de la intervención telefónica ha de estar determinado, y la medida sólo puede recaer en delitos de especial gravedad o significación. 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 será un miembro del Cuerpo Nacional de Policía. Estas conversaciones telefónicas se recogerán en un soporte físico original e íntegro en el que consten las conversaciones intervenidas contra inscripción literal de su contenido para su posterior cotejo por el Secretario Judicial. Además, se deben conservar las cintas donde se recojan las conversaciones telefónicas para su audición en el acto del juicio oral.

Para que esta diligencia alcance un valor probatorio deberá ser llevada al acto del juicio oral, para someterla así, a los principios de publicidad, inmediación, y contradicción. Ello requiere que las cintas sean reproducidas en el acto del juicio oral.

Como se trata de la intervención de comunicaciones de una persona jurídica, resulta interesante que digamos que la jurisprudencia ha sostenido de forma unánime (SSTS del 31 de octubre de 1994, 20 de febrero de 1995, y 22 de abril de 1998) que la investigación puede incidir tanto respecto de personas físicas como de personas jurídicas, al igual que la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.¹⁰

Además, todo lo dicho se reconoce también a las personas jurídicas independientemente de su vínculo de nacionalidad.

Resulta, sin embargo, bastante contradictorio, el hecho de que se reconozca el derecho al secreto de las comunicaciones a las personas jurídicas mientras que no tienen reconocido el derecho a la intimidad del artículo 18.1º CE.

Cabe plantear el problema de que - con la intervención de las comunicaciones de una entidad - se pueda incidir, a su vez, en el secreto de las comunicaciones de todas las personas físicas que la componen, llevándose a cabo así la restricción de dicho derecho fundamental perteneciente a sujetos a los que no se les debería extender la limitación. Pese a todo, la jurisprudencia parece haber sido clara en la admisión de tales intervenciones sobre personas jurídicas, que con la reforma en el año 2010 han pasado a ostentar también responsabilidad penal. Carecería de sentido, ya que podrían darse situaciones absurdas o cuanto menos ilógicas, si no fuese posible investigar de esta manera a una persona jurídica, responsable de hechos ilícitos, en el cauce de un procedimiento criminal.

En cuanto al registro de las sedes de la Sociedad, debemos comenzar señalando que se trata de lo que se conoce como “entrada y registro en lugar cerrado”. Podemos decir que la entrada y registro es la medida de investigación que restringe o limita el derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio, y que consiste en la entrada en un lugar cerrado con la finalidad de proceder al descubrimiento de los efectos o instrumentos del delito o la localización del propio delincuente.

¹⁰ Sentencia de 25 de marzo de 1998, caso Koop.

Se limita el derecho consagrado en el artículo 18.2 de nuestra Norma Fundamental, y en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los artículos 545 y siguientes, cuando se establece que nadie podrá entrar en el domicilio de un español o de un extranjero residente en España sin su consentimiento excepto en los casos y en las formas previstas en las leyes.

Domicilio - atendiendo a nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 554 - debemos considerar que son los Palacios reales, estén o no habitados por el monarca al tiempo del registro; el 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; y por último, los buques nacionales mercantes. Además, atendiendo al caso que nos interesa, en su apartado cuarto del artículo 554 se señala que: *“Tratándose de personas jurídicas imputadas, el espacio físico que constituya el centro de dirección de las mismas, ya se trate de su domicilio social o de un establecimiento dependiente, o aquellos otros lugares en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria que quedan reservados al conocimiento de terceros.”*

No tienen la consideración de domicilio las casas deshabitadas, los locales o establecimientos abiertos al público, ni los automóviles. En estos casos se puede realizar una entrada y registro sin resolución judicial que la autorice.

La jurisprudencia del TS ha establecido que es domicilio la residencia habitual y también la meramente transitoria - las casa de fin de semana y vacaciones - y que está protegida como domicilio la habitación de un hotel porque es un lugar idóneo para el desarrollo de ella vida de la vida privada, así como las autocaravanas.

Para la práctica de la diligencia de entrada y registro es necesario:

1º El consentimiento del titular libremente prestado.

2º Si no existiera este consentimiento, es necesario una resolución judicial fundada en el que el Juez exprese concretamente el edificio o lugar cerrado en que haya de verificarse, la fecha, si será de día o de noche, y el funcionario que lo vaya a practicar.

La entrada y registro deberá realizarse, en todo caso, con sujeción a los requisitos siguientes:

1º Desde que el Juez acuerde la entrada y registro, se adoptarán las medidas de vigilancia convenientes para evitar la fuga del sospechoso o que se sustraigan efectos o instrumentos del delito: libros, papeles, o cualesquiera otras cosas que haya de ser objeto del registro.

2º El auto motivado que autoriza la entrada y registro se notificará de forma inmediata a la persona interesada o en un plazo máximo de veinticuatro horas.

3º Deberá asistir el Juez o funcionario en quien delegue.

4º Debería asistir el interesado o persona que le represente, un familiar o un vecino. Por tanto si no acudiese el interesado, se practicará en presencia de un miembro

de su familia que sea mayor de edad, y si tampoco hubiese ningún familiar, en presencia de dos testigos vecinos del mismo pueblo.

5º Deberá asistir el Secretario judicial. El registro se practicará siempre en presencia del Secretario del Juzgado o del Tribunal que lo hubiese autorizado, o en su caso, del Secretario judicial que lo sustituya. Levantará acta del resultado de la diligencia de entrada y registro y de sus incidencias, que deberá ser firmada por todos los asistentes. Esta acta tiene el valor de documento público por ostentar el Secretario judicial fe pública. Los actos que se redactan y firman hacen prueba de los elementos objetivos que en ella se relatan, sin necesidad de ratificación y contradicción en el acto del juicio oral.

La ausencia del secretario judicial en el registro no supone por si sola una vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio que se establece en el artículo 18.2 CE sino que implicará que se deba probar el resultado de la diligencia por otros medios, como pueden ser las declaraciones de los acusados, la declaración de los policías, o los informes periciales que se hayan podido practicar. Por tanto, la ausencia del Secretario Judicial tan sólo impedirá el valor de prueba anticipada y preconstituida que el registro tiene cuando asiste.

En la diligencia de entrada y registro se extiende el acta, con indicación de todas las personas que han intervenido, los incidentes que ocurriesen, la hora en que se inició y la hora en que se concluyó, la relación del registro, el orden que se ha seguido y los resultados obtenidos.

Cuando se hallasen efectos o sustancias sobre las que no hubiese autorización judicial, se ha de suspender la entrada y registro, precintar el lugar, y solicitar una ampliación ante el Juez competente.

No hay ninguna duda de que el domicilio social, las sedes y establecimientos de la entidad pueden ser objeto de registro. En este sentido, tenemos jurisprudencia que lo ratifica, como pueden ser: SSTC 137/1985, de 17 de octubre; 144/1987, de 23 de septiembre; 164/1988, de 26 de septiembre y 149/1991, de 1 de julio y SSTS de 25 de noviembre de 1997 y 11 de marzo de 1998.

En cuanto al establecimiento que radica en Lisboa, resultará posible practicar dicha diligencia gracias a la cooperación jurídica internacional en materia penal, que se puede contemplar desde dos perspectivas: desde un punto de vista amplio referido a la armonización normativa, y en un sentido estricto, concretado en el auxilio judicial internacional.

Actualmente, los Estados han realizado un importante esfuerzo de reforzamiento de los instrumentos internacionales que les permiten, en la lucha contra la criminalidad, tanto la localización y detención de los autores, como la búsqueda de las pruebas.

En cuanto a la cooperación judicial en el marco de la Unión Europea, hay que decir que ésta ha seguido una evolución histórica que permite distinguir varias fases. Así, en materia de cooperación policial y judicial, constituye un hito histórico, en el ámbito europeo, el Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985 y el Convenio de Aplicación de Schengen de 19 de junio de 1990.

Con el Tratado de la Unión Europea, firmado en la ciudad holandesa de Maastricht en 1992, se siguió el objetivo de ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro del espacio único de libertad, seguridad, y justicia, mediante la acción común de los Estados miembros en los ámbitos de cooperación policial y judicial en materia penal y mediante la prevención y lucha contra la delincuencia, organizada o no, y en particular contra el terrorismo, la trata de seres humanos, y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude, concretándose una triple línea de actuación: a) Cooperación judicial b) Cooperación policial c) Aproximación, cuando proceda, de las normas penales de los Estados miembros. Los artículos 30 y 31 del Tratado de la Unión disponen, además, de forma taxativa, los fines específicos de la acción común sobre cooperación policial y judicial. Dicho Tratado resultó, en definitiva, un punto de inflexión en el desarrollo de una auténtica política de cooperación policial y judicial en materia penal.

Sin embargo, el paso decisivo hacia la integración de todas esas materias en un marco verdaderamente comunitario puede afirmarse que lo constituyó el Tratado de Ámsterdam. Con dicho Tratado – en vigor desde el 1 de mayo de 1999 – nació la idea de crear, en el ámbito de la Unión Europea, un auténtico espacio de libertad, seguridad y justicia, y desde la celebración del Consejo Europeo de Tampere, los días 15 y 16 de octubre de 1999, se otorgó un especial impulso a la consecución de este objetivo. Posteriormente, el Tratado de Niza, de 26 de febrero de 2001, supondría ciertas modificaciones. Su principal aportación fue la inclusión de Eurojust como unidad de actuación en materia de cooperación judicial penal, sin perjuicio de otros cambios. El último paso lo constituyó el Tratado de Lisboa, firmado en la capital de la República de Portugal, el 13 de diciembre de 2007. El nuevo Tratado ha facilitado a los Estados la adopción de cooperaciones reforzadas, tanto a través de la regulación de unas reglas generales, como mediante la regulación de normas específicas sobre determinadas cooperaciones reforzadas. Es en ese momento en el que se dota de un papel protagonista dentro de la Unión Europea al espacio de libertad, seguridad y justicia que, por primera vez, aparece regulado entre los objetivos de la Unión Europea, por delante e independientemente del objetivo de la creación de un mercado interior.

Con todo, para tratar el tema de la cooperación judicial europea en materia penal, se debe partir no de la Unión Europea, sino del Consejo de Europa, gracias al cual se han aprobado numerosas Convenciones relativas a la cooperación jurisdiccional internacional en materia penal, la mayoría de las cuales han sido ratificadas por España, y que constituyen un primer impulso en la cooperación judicial y policial, en materia penal. De ese esfuerzo es exponente el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal, Convenio de 20 de abril de 1959, firmado en Estrasburgo y ratificado por España el 18 de agosto de 1982, con entrada en vigor el 16 de noviembre de 1982, que junto con el Protocolo Adicional al Convenio, de 17 de marzo de 1978, constituye el texto fundamental y primordial de la cooperación penal en Europa.

Las normas de otros Convenios de gran trascendencia, como el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, al que ya hicimos referencia, o el Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000 expresamente se remiten al citado Convenio de 1959, cuyas disposiciones tratan de completar y de facilitar su aplicación.

Entre los actos de cooperación establecidos en el articulado de estos Convenios, aparecen las comisiones rogatorias para actos de instrucción y transmisión de piezas probatorias, expedientes o documentos. Por comisión rogatoria se puede entender la comunicación entre Tribunales de Justicia de diferentes países, con el fin de que se practiquen las diligencias o actos de comunicación interesados en los procedimientos judiciales. En el caso que nos interesa, se llevará a cabo una comisión rogatoria con el fin de que se practique la entrada y registro en la sede lisboeta de la Sociedad responsable penalmente en España.

Las comisiones rogatorias se ejecutan conforme a la legislación del Estado requerido, es decir, Portugal. Es perfectamente adecuada la incorporación de las diligencias practicadas en el extranjero y su validez, incluso cuando no coincidan con los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico español, siempre que se lleven a cabo conforme a la legislación, interna o convencional, del Estado requerido, como dijimos antes.

La autoridad competente del Estado requerido debe hacer un amplio uso de la facultad de permitir a las autoridades del Estado requirente y a las personas de que se trate, que asistan a la ejecución de las comisiones rogatorias y que colaboren con ellas lo máximo posible.

Respecto de la forma de tramitación de la comisión rogatoria, podemos decir que en la actualidad conviven dos sistemas: el del Convenio Europeo de asistencia judicial en materia criminal, de 20 de abril de 1959, con su Protocolo adicional, de 1978, y el del Convenio de 20 de mayo de 2000 en el marco de la Unión Europea, que supone ya la culminación de un proceso iniciado por el Acuerdo de Schengen. El cauce normal de remisión, en el primer caso, es por vía de los respectivos Ministerios de Justicia (artículo 15 del Convenio). Cabe excepcionalmente la transmisión directa entre autoridades judiciales, si bien se establecen dos limitaciones: sólo será posible de ida pero no de vuelta, y se deberá remitir, al mismo tiempo que se hace la comunicación directa, una copia al Ministerio de Justicia. Cuando se admita la transmisión directa entre autoridades judiciales, se admitirá también que el envío se pueda realizar por conducto de la INTERPOL. En el segundo caso, las comunicaciones entre autoridades judiciales se realizan de manera directa. Se envían por correo directamente los documentos procesales necesarios. La autoridad requerida ha cumplimentar el acto de cooperación ateniéndose al derecho del estado requirente. Dado que tanto el Reino de España como la República de Portugal han suscrito dicho Convenio de Asistencia judicial en materia penal, de Bruselas, del 29 de mayo de 2000, será a través del segundo cauce que señalamos como se realice la comisión rogatoria para la entrada y registro en el establecimiento radicado en Lisboa.

Por lo que concierne a una posible investigación de los movimientos de la cuenta gibraltareña, en principio, gracias al Convenio de Asistencia judicial en materia penal, de Bruselas, del 29 de mayo de 2000, que fue celebrado de conformidad con el artículo 34 del TUE, y su Protocolo de 16 de octubre de 2001, se establece la obligación de adoptar medidas para que puedan ser cumplimentadas las solicitudes de cooperación judicial que tengan por objeto la determinación de las cuentas bancarias de aquellas personas que sean objeto de una investigación penal, siempre que vengan referidas a infracciones castigadas con penas o medidas de seguridad de al menos, hasta cuatro años de privación de libertad en el Estado requirente y hasta dos en el Estado requerido

o infracciones mencionadas en el artículo 3 del Convenio Europol de 1995, o el Convenio de 1995 relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas. Se establece también que las solicitudes de cooperación judicial no serán relevadas al cliente ni a otras entidades bancarias, sin posibilidad de invocar el secreto bancario por ningún Estado miembro para rechazar una solicitud de cooperación judicial o la imposibilidad de denegar la asistencia judicial por el hecho de que la solicitud se refiera a infracciones fiscales.

Con todo lo dicho, la cuenta bancaria que nos interesa radica en Gibraltar. Desde que este territorio fue cedido por el Rey de España (Felipe V) a Gran Bretaña, se ha librado una interminable negociación entre ambas partes por recuperarlo. Sin embargo el paso de los años y la creación de otro tipo de instituciones que regulan a la comunidad internacional, han cambiado notoriamente la problemática de la recuperación de la soberanía de Gibraltar. Actualmente, se trata de un territorio de ultramar del Reino Unido, con el estatus de Territorio Británico de Ultramar, y amplias capacidades de autogobierno. Gibraltar incluso forma parte de la Unión Europea, aunque con un régimen especial.

Gibraltar - aunque con ciertas especialidades - colabora en algunos aspectos de la cooperación basada en el Convenio de Schengen de 1990: la cooperación policial y judicial en materia penal, la lucha contra los estupefacientes y el sistema de información, todo ello desde que el Reino Unido solicitó en marzo de 1999, su participación en el mismo.¹¹ Sin embargo, ya desde un primer momento Gibraltar ha resultado ser una fuente de litigios. Efectivamente, es posible tramitar una comisión rogatoria para la investigación de cuentas bancarias en dicho territorio, pero habrá de tenerse en cuenta, que en virtud del artículo 26 del Convenio de Asistencia judicial en materia penal, de Bruselas, del 29 de mayo de 2000, el despliegue de los efectos de las normas que este Acuerdo contiene, relativas a las investigaciones en cuentas bancarias, en Gibraltar se supedita a la ampliación a ese territorio de dicho Convenio, y por tanto, lo mismo ocurre con las novedades incorporadas por su Protocolo de 16 de octubre de 2001 (artículo 12). Como por el momento la mencionada ampliación no se ha realizado, las autoridades del Territorio Británico de Ultramar no están obligadas a colaborar, contando con la posibilidad de invocar el secreto bancario para rechazar una solicitud de cooperación judicial o denegar la asistencia judicial en tal sentido.

Actualmente, por muchos intentos que se hagan, enviando una comisión rogatoria a Gibraltar, esto resulta casi una tarea inútil. La colonia británica es la que pone más pegas a las peticiones de auxilio remitidas por España y la única que se niega a contestar a los Jueces españoles. En la práctica, la oficina de INTERPOL en España tramita numerosas comisiones rogatorias por fax, a una velocidad de vértigo, hasta su central en Londres, y ésta, a través del Reino Unido, las canaliza con celeridad hasta los juzgados del Peñón. Pero en la Roca se paralizan con multitud de pegas y supuestos defectos formales planteados por los jueces gibraltareños, lo que provoca que la respuesta no se obtenga nunca, según señalan fuentes de INTERPOL. La totalidad de las peticiones de auxilio españolas fracasa, más de un centenar en los últimos años, y la información solicitada no llega jamás. Simplemente se niega sistemáticamente, según señalan fuentes policiales y judiciales españolas.

¹¹ 2000/365/CE: Decisión del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre la solicitud del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de participar en algunas de las disposiciones del acervo de Schengen.

No hay que olvidar que Gibraltar fue un territorio considerado durante muchos años por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) como un territorio que se negaba a intercambiar información financiera y que no se comprometía con efectividad a respetar los estándares internacionales de intercambio de información tributaria, formando parte de su “lista negra” o su “lista gris”. Y en este sentido, el Estado español, considera desde 1991, y aún hoy, a Gibraltar paraíso fiscal, entendido como un territorio en el que la imposición es nula o muy baja y en el que apenas existe intercambio de información tributaria.

Por último, debemos decir que no cabe la detención y juicio del responsable de la clínica lisboeta ni, en resumen, la apertura en nuestro Estado de un procedimiento penal contra los responsables por los delitos de abortos ilegales cometidos en Lisboa, dado que los Tribunales españoles carecen de competencia para intervenir penalmente en dicha causa. Esto es así por lo establecido en el artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que comienza señalando que: *“En el orden penal corresponderá la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en que España sea parte.”*

Se parte, pues, del principio de territorialidad para el sometimiento de los responsables criminales a la jurisdicción española. A este principio, pese a todo, se han contemplado una serie de excepciones, ninguna de las cuales, sin embargo, es aplicable al caso, como se verá a continuación:

La primera de las excepciones es el principio de personalidad que aparece recogido en el apartado 2 del artículo 23 LOPJ. Por él, se atribuye la competencia penal de los juzgados y Tribunales españoles cuando el responsable sea español o extranjero, que se haya nacionalizado después de cometidos los hechos, siempre que: 1) Se disponga la incriminación penal del hecho cometido, 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, 2) Se formule previa denuncia o querrela, en España, por el agraviado o el Ministerio Fiscal, 3) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero o en este último caso no haya cumplido la condena. Si hubiese cumplido en parte la condena se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la pena que le corresponda. Al considerar coautores del delito de abortos ilegales sólo al responsable médico de la clínica de Lisboa, el señor Gonçalves, y al resto del personal sanitario adscrito a la misma, siendo todos de nacionalidad portuguesa, no es aplicable dicho principio.

No nos sirve tampoco el principio real o de protección de bienes jurídicos determinados del artículo 23.3, por el que serían competentes los Juzgados y Tribunales españoles para conocer de una infracción criminal cometida en el extranjero y por un acusado extranjero, cuando se afectase a determinados bienes españoles, especialmente relativos al sistema político; ni, en definitiva, el principio de universalidad o justicia mundial, del artículo 23.4, por no ser el delito de abortos ilegales, uno de los que la LOPJ considera que afectan a los intereses reconocidos por la Comunidad Internacional como dignos de protección, y ante los que los Tribunales españoles sí pueden actuar.

En relación con los sujetos españoles y la posible imputación a los mismos del delito del 450 del Código Penal, por no haber denunciado la comisión de los abortos clandestinos, ya señalamos la casi imposibilidad de que se abra un procedimiento penal contra ellos en España. Cabría plantearse si, en el caso de que los Tribunales portugueses estimasen que incurren en algún tipo de responsabilidad por los delitos de abortos ilegales, se podría solicitar la extradición de los mismos a Portugal, o alguna medida de similar naturaleza.

En primer lugar, la extradición se define como el acto por el que un Estado solicita de otro la entrega de un inculpado o un condenado u ofrece entregar éstos al Estado requirente para hacer posibles los fines del proceso penal declarativo o la ejecución de la sentencia, en su caso. Dicha institución, que tiene como una de sus fuentes principales, entre muchas otras, el Convenio Europeo de Extradición, de 13 de diciembre de 1957, puede considerarse activa, perfilándose desde la perspectiva del Estado requirente, o pasiva, configurándose como el conjunto procesal de actuaciones que ha de llevarse a cabo por el Estado requerido, y que es, para este caso, la que nos interesa. Se regula, actualmente, en la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición pasiva.

La extradición pasiva es, pues, la entrega que un Estado hace a otro de un individuo, acusado o condenado por un delito común, que se encuentra en su territorio, para que en ese país se le enjuicie penalmente o se ejecute la pena, realizada conforme a normas preexistentes de validez interna o internacional, por supuesto, para que esto se lleve a cabo, es necesario que se autorice por la existencia de un Convenio internacional, previamente suscrito. Sin embargo, no vale la pena indagar más en dicha cuestión dado que una de las piedras angulares de los sistemas continentales de extradición es el de la no extradición de los nacionales. Si bien, en la doctrina española se han mostrado favorables a la extradición de nacionales, la legislación española – en línea con otras europeas y americanas – proscribía tal posibilidad en el artículo 3.1 de la LEP. En este supuesto, al tratarse de sujetos españoles, no podrán ser extraditados, bajo ningún concepto, a Portugal.

Pese a ello, las posibilidades no se agotan con la extradición, pues el 13 de junio de 2002 se adoptó por el Consejo de Ministros de Justicia e Interior la Decisión marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados Miembros, primer instrumento jurídico de la Unión en el que se hace aplicación del principio de reconocimiento mutuo enunciado en las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere. Con él, los mecanismos tradicionales de cooperación judicial van dejando paso a una nueva forma de entender las relaciones entre los sistemas jurídicos de los Estados miembros basada en la confianza. Con la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, que tiene por objeto cumplir con las obligaciones que la Decisión marco establece para los Estados Miembros de la UE, se sustituyen los procedimientos extradicionales por un nuevo procedimiento de entrega de las personas sospechosas de haber cometido algún delito o que eluden la acción de la justicia después de haber sido condenadas por sentencia firme. Así, la autoridad judicial competente en España deberá proceder a la entrega cuando sea requerida por la autoridad judicial de otro Estado Miembro, y en este caso no cabe la posibilidad de denegarla por el principio de no entrega de los nacionales.

En conclusión, mediante este procedimiento innovador, que se configura como un procedimiento puramente judicial, sin apenas intervención del ejecutivo – a diferencia de la extradición – sí que se podrá abrir un proceso en Portugal contra los sujetos españoles, que habrán de ser entregados a las autoridades del Estado extranjero, en el momento en que sean así requeridos.

6. Representación en juicio de la persona jurídica, posibles penas a imponerle, y consecuencias de su condena para los socios.

Abierto un proceso penal, debemos prestar atención, para articular la representación en juicio de la Sociedad imputada, al artículo 119 en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, redactado en los siguientes términos: “1. *Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 118 de esta Ley, haya de procederse a la imputación de una persona jurídica, se practicará con ésta la comparecencia prevista en el artículo 775, con las siguientes particularidades:*

- *La citación se hará en el domicilio social de la persona jurídica, requiriendo a la entidad que proceda a la designación de un representante, así como Abogado y Procurador para ese procedimiento, con la advertencia de que, en caso de no hacerlo, se procederá a la designación de oficio de estos dos últimos. La falta de designación del representante no impedirá la sustanciación del procedimiento con el Abogado y Procurador designado.*

- *La comparecencia se practicará con el representante especialmente designado de la persona jurídica imputada acompañada del Abogado de la misma. La inasistencia al acto de dicho representante determinará la práctica del mismo con el Abogado de la entidad.*

- *El Juez informará al representante de la persona jurídica imputada o, en su caso, al Abogado, de los hechos que se imputan a ésta. Esta información se facilitará por escrito o mediante entrega de una copia de la denuncia o querrela presentada.*

- *La designación del Procurador sustituirá a la indicación del domicilio a efectos de notificaciones, practicándose con el Procurador designado todos los actos de comunicación posteriores, incluidos aquellos a los que esta Ley asigna carácter personal. Si el Procurador ha sido nombrado de oficio se comunicará su identidad a la persona jurídica imputada.”*

Como en este caso, la representante de la persona jurídica está imputada también, lo más pertinente será la separación de dicha administradora y el nombramiento de uno nuevo para que defienda los intereses de la Sociedad en el proceso.

Es interesante que señalemos que con independencia del tiempo por el que hayan sido nombrados, los administradores pueden ser separados del cargo en cualquier momento por libre decisión de la Junta general (art. 223.1 LSC). Incluso es posible acordar la destitución de un administrador y el consiguiente nombramiento de su sustituto en una Junta en cuyo orden del día no constase dicha cuestión.

Al margen del principio de libre destitución del que hablamos, la Ley impone también la remoción forzosa de los administradores que realicen alguna actividad en competencia con la Sociedad o que se encuentren en general en una situación de conflicto de interés, salvo cuando sean expresamente autorizados por la Junta general (art. 230 LSC). Si se obliga *ex lege* a dicha destitución, igualmente tendrá sentido que cualquier administrador cese en su cargo por estar imputado en un proceso junto con la misma entidad a la que representa.

En cuanto a las posibles penas que se le podrían imponer a la persona jurídica por la comisión de los delitos del artículo 305 del Código Penal - uno por cada ejercicio en que defraudó a la Hacienda Pública desde la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se estableció la responsabilidad penal, hasta entonces no contemplada en nuestro ordenamiento, de la persona jurídica -, hay que atender a lo dispuesto en el artículo 310 bis, esto es: *“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.”

Estas penas del artículo 33.7 del CP son:

- 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.
- Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- 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.
- 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.

- 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.

Y en relación con las penas posibles para los delitos de blanqueo de capitales, el artículo 302 dispone, también por la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que: “2. *En tales casos, cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis sea responsable una persona jurídica, se le impondrán las siguientes penas:*

a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.

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.”

Como estamos, tal y como dijimos anteriormente, ante un delito continuado, se aplicará siempre la pena en su mitad superior, pudiendo llegar a la mitad inferior de la superior en grado. Además, si se trata de una infracción contra el patrimonio, como es el caso, se debe imponer la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado, pudiendo imponer el Juez o Tribunal, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiese notoria gravedad y hubiese perjudicado a una generalidad de personas.

Cabe, además, que como consecuencia accesoria se establezca el comiso o decomiso de los efectos y de las ganancias o beneficios provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar. Esto supone la pérdida o privación de los efectos o productos de la infracción penal, que pasarán a ser de titularidad del Estado. Desde la reforma del Código por el que se incorporó la responsabilidad penal de las personas jurídicas, esta consecuencia, recogida en los artículos 127 y 128 del CP, es perfectamente aplicable a dichos entes.

En relación con las consecuencias de una condena de la sociedad sobre los socios y viceversa, no aparecen demasiadas complicaciones. Con la Ley Orgánica 5/2010 pese a que se mantuvo la responsabilidad personal de los representantes que actúan en nombre de la persona jurídica (art. 31 CP), en paralelo, se introdujo la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, en el art. 31 bis del Código Penal, en dos supuestos: 1) por aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por sus representantes legales o de hecho; 2) por 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 sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

Las responsabilidades penales de cada uno de los sujetos – de las personas físicas y de la persona jurídica – irán, pues, de acuerdo con la legislación vigente, en paralelo, y serán independientes, si bien es cierto que la responsabilidad de las personas

jurídicas, por la naturaleza de éstas, está siempre ligada a la acción u omisión de personas físicas, pues la persona jurídica es una ficción para poder dotar a los entes colectivos de derechos y deberes jurídicos que les permitan operar en el ámbito social.

7. Alternativas para eludir o atenuar la responsabilidad de la persona jurídica: Transformación de la Sociedad, y “Compliance”.

Se nos ha planteado el supuesto, ante la posibilidad de que se condene penal o administrativamente a la sociedad, de convertir la S.L. en una S.A., con la finalidad de evitar así responsabilidades. Para ello, debemos partir de lo que señala el artículo 130.2 del Código Penal cuando dice que: “2. *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. [...]*” Se excluye, en consecuencia, la posibilidad de evitar cualquier tipo de responsabilidad por la transformación de la S.L. en una S.A.

En cualquier caso, para llevar a cabo, igualmente, dicha operación, la Ley de Sociedades de Capital aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, no regula la transformación de las Sociedades de capital, citándola especialmente para indicar que es competencia de la Junta general su aprobación (art. 160 de la Ley de Sociedades de Capital). Las Juntas generales de las Sociedades de capital pueden ser ordinarias o extraordinarias, considerando este asunto más propio de las segundas. En cualquier caso, siempre podrán ser objeto de aprobación en las Juntas universales, que quedan válidamente constituidas para tratar cualquier asunto, sin necesidad de previa convocatoria, siempre que esté presente o representada la totalidad del capital social y los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión.

De acuerdo con el artículo 199 de la Ley de Sociedades de Capital, la transformación de una Sociedad Limitada requiere el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social, es decir, se exige una mayoría legal reforzada.

Ya en el artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital, que versa sobre las causas de separación de los socios, se hace referencia, en cuanto a los acuerdos de transformación, a la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, que será a la que tengamos que atender especialmente para tratar esta cuestión.

En el artículo 4 de la mencionada Ley se dice que cualquier Sociedad mercantil inscrita puede transformarse en otro tipo de Sociedad mercantil. Según el artículo 9 de la misma norma: “*Al convocar la junta en que haya de deliberarse sobre el acuerdo de transformación, los administradores deberán poner en el domicilio social, a disposición de los socios, que podrán pedir su entrega o envío gratuito, incluso por medios electrónicos, los siguientes documentos:*

1. El informe de los administradores que explique y justifique los aspectos jurídicos y económicos de la transformación, e indique asimismo las consecuencias

que tendrá para los socios, así como su eventual impacto de género en los órganos de administración e incidencia, en su caso, en la responsabilidad social de la empresa.

2. El balance de la sociedad a transformar, que deberá estar cerrado dentro de los seis meses anteriores a la fecha prevista para la reunión, junto con un informe sobre las modificaciones patrimoniales significativas que hayan podido tener lugar con posterioridad al mismo.

3. El informe del auditor de cuentas sobre el balance presentado, cuando la sociedad que se transforme esté obligada a someter sus cuentas a auditoría.

4. El proyecto de escritura social o estatutos de la sociedad que resulte de la transformación, así como, en su caso, otros pactos sociales que vayan a constar en documento público.”

El acuerdo de transformación se debe adoptar con los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de la Sociedad que se transforma, al que ya hicimos referencia antes cuando hablamos de la mayoría legal reforzada.

Entre otros aspectos que podemos destacar de la transformación, encontramos, por ejemplo, que este hecho, por sí solo, no libera a los socios del cumplimiento de sus obligaciones frente a la sociedad. Además, el acuerdo de transformación no puede modificar la participación social de los socios si no es con el consentimiento de todos los que permanecen en la Sociedad.

El acuerdo de transformación se publica en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de gran circulación de la provincia en que la sociedad tenga su domicilio, tal y como dispone el artículo 14 de la Ley 3/2009, de 3 de abril. Sin embargo, la publicación no es necesaria cuando el acuerdo se comunica individualmente por escrito a todos los socios y, en su caso, a los titulares de derechos especiales distintos de las acciones, participaciones o cuotas que no puedan mantenerse después de la transformación.

Por supuesto, los socios que no hayan votado a favor del acuerdo pueden separarse de la Sociedad que se transforma.

Además de las menciones exigidas para la constitución de la Sociedad cuyo tipo se adopta, la escritura pública de transformación que se lleve a cabo debe contener la relación de socios que hayan hecho uso del derecho de separación y el capital que representan, así como la cuota, las acciones o las participaciones que se atribuyan a cada socio en la Sociedad transformada.

La eficacia de la transformación queda supeditada, de acuerdo con el artículo 19, a la inscripción de la escritura pública en el Registro Mercantil. Una vez inscrita, la transformación puede ser impugnada en el plazo de tres meses.

También podemos mencionar el Reglamento del Registro Mercantil que, en el mismo sentido, dispone en su artículo 221 lo siguiente: *“Transformación de sociedad limitada en sociedad anónima.*

1. Para su inscripción, la transformación de sociedad de responsabilidad limitada en sociedad anónima se hará constar en escritura pública otorgada por la sociedad, en la que se incluirán los siguientes extremos:

a) Si existieren socios con derechos de separación, la fecha de publicación del acuerdo en el Boletín Oficial del Registro Mercantil o, en su caso, la fecha en que se envió a cada uno de los socios que no hayan votado a favor del mismo la comunicación sustitutiva de dicha publicación.

b) El número de acciones que correspondan a cada una de las participaciones.

c) La identidad de los socios que hayan hecho uso del derecho de separación dentro del plazo correspondiente y el capital que representen o, en su caso, la declaración de los administradores, bajo su responsabilidad, de que ningún socio ha ejercitado el derecho de separación dentro de dicho plazo.

d) En caso de que algún socio hubiere ejercitado el derecho de separación, si se documentare en la misma escritura la reducción del capital, se hará constar en ella el reembolso de sus participaciones o la consignación de su importe y la fecha en que se hayan efectuado, expresando las participaciones amortizadas y la cifra a que hubiere quedado reducido el capital social, así como la nueva redacción de los artículos de los estatutos que resultaren afectados por la reducción.

e) El informe de los expertos independientes sobre el patrimonio social no dinerario.

2. A la escritura, se acompañará, para su depósito en el Registro Mercantil, el balance de la sociedad cerrado el día anterior al acuerdo de transformación.”

Una vez que ha sido correctamente transformada en Sociedad Anónima, los trámites que son necesarios para llevar a cabo una ampliación de capital, que es otro de los asuntos que se nos plantea, se encuentran en la Ley de Sociedades de Capital, en el Capítulo II de su Título VIII.

Por aumento de capital hay que entender la operación jurídica consistente en elevar la cifra de capital social que figura en los estatutos. Cualquier elevación de dicha cifra implica antes que nada una modificación estatutaria, que deberá adoptarse, por tanto, con los requisitos generales de esta clase de acuerdos (art. 296.1 LSC). A estos requisitos, se añaden otros que dependen de las distintas modalidades que pueden revestir los aumentos.

El aumento de capital puede realizarse a través de un doble procedimiento: mediante la emisión o creación de nuevas acciones o participaciones, o elevando el valor nominal de las ya existentes (art. 296.2 LSC). Este segundo caso se condiciona al “consentimiento” de todos los socios, salvo que el aumento se haga íntegramente con cargo a reservas o beneficios de la sociedad. Cualquiera que sea el procedimiento seguido, en sede de aumento deben cumplirse también las reglas legales sobre desembolso del capital, que en la Sociedad Anónima consiste en que el valor nominal

de cada una de las acciones, una vez efectuado el aumento, deberá estar desembolsado en al menos un 25% (artículo 296.3 LSC, que reproduce la regla del art. 79).

Normalmente una sociedad recurre al aumento de capital para obtener nuevos fondos e incrementar, de esta forma, su patrimonio. Con todo, es importante aclarar que no siempre la ampliación de capital comporta un correlativo aumento del patrimonio de la sociedad, al ser posible que los fondos o aportaciones con que se desembolsa el nuevo capital estén integrados en el patrimonio social con anterioridad a la operación. De ahí que existan distintas modalidades de aumento, en función de que su contravalor consista en nuevas aportaciones dinerarias o no dinerarias, en la aportación o compensación de créditos contra la propia sociedad – como pueden ser, en la S.A. los supuestos de conversión de obligaciones en acciones -, o en la transformación de reservas o beneficios que ya figuraban en el patrimonio (295.2 LSC).

El aumento de capital deberá acordarse por los socios reunidos en Junta, sin que sea posible, en principio, delegar la decisión sobre la realización del mismo en el órgano de administración. Sin embargo, en el caso de la Sociedad Anónima, se consagra la institución de “capital autorizado” por el cual se permite que la Junta delegue a los administradores la facultad de acordar el aumento (297.1.b). Al margen de esa posibilidad, también cabe que la Junta general adopte el acuerdo de ampliar el capital y delegue en los administradores la fijación de determinadas condiciones del mismo.

El aumento de capital, una vez acordado, comprende una fase de ejecución, en la que se verifica la suscripción y desembolso de las nuevas acciones y que culmina con la inscripción en el Registro Mercantil, de acuerdo con el artículo 315.1. Si los aumentos no son suscritos íntegramente dentro del plazo fijado para ello, en la S.A. esto determinará que el aumento quede sin efecto, a menos que en la emisión se hubiera acordado lo contrario (311 LSC).

Los socios tienen derecho a concurrir a los aumentos antes que cualquier tercero, en virtud del “derecho de suscripción preferente” de las nuevas acciones que les corresponda en la Sociedad (art. 304 LSC). Este derecho puede ser excluido, atendiendo a la Ley, en ciertos supuestos en los que las nuevas acciones se crean con unos destinatarios determinados. Además, en la Sociedad Anónima, la decisión de excluir el derecho de suscripción preferente será posible “en los casos en que el interés de la sociedad así lo exija” (artículo 308.1 LSC).

Por último, para sacar dicha entidad a Bolsa, tendremos que atender, fundamentalmente, a lo que dispone el Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos. En el Título I del Real Decreto, se establece una serie de requisitos de idoneidad relativos al emisor y a los valores, y unos importantes requisitos de información. Es la CNMV, y posteriormente la Sociedad Rectora del mercado secundario oficial en cuestión, los que deben verificar el cumplimiento de dichas condiciones para la admisión a negociación. Entre éstas, podemos destacar:

- El emisor deberá estar válidamente constituido, de acuerdo con la normativa del país en el que esté domiciliado, y deberá estar operando, de

conformidad con su escritura pública de constitución y estatutos, o documentos equivalentes.

- Los valores que sean objeto de una solicitud de admisión a negociación, que deben respetar el régimen jurídico al que estén sometidos, habrán de representarse por medio de anotaciones en cuenta, ser libremente transmisibles, y cumplir con un importe total mínimo.

- Se deberá llevar a cabo la aportación y registro en la CNMV de los documentos que acrediten la sujeción del emisor y de los valores al régimen jurídico que les sea aplicable; además de las cuentas anuales del emisor, preparadas y auditadas de acuerdo con la legislación aplicable; y un folleto informativo, que habrá de ser aprobado y publicado.

En cuanto al intento por eludir responsabilidades para la Sociedad, no mediante su transformación, sino a través de una adaptación de sus modos de funcionamiento a las reglas de buen gobierno corporativo, debemos partir de lo siguiente:

Con la llegada de la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, el tradicional principio “*societas delinquere non potest*” dejó de tener aplicación en nuestro ordenamiento jurídico. La nueva redacción del Código Penal ha supuesto un incuestionable impacto dentro de todas las empresas, que han debido adaptarse a la nueva regulación, en la medida de que ahora pueden resultar responsables penalmente por los actos cometidos dentro de su organización.

Con la regulación actual, el legislador español ha optado por imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas desde una doble vertiente:

1. Cuando los delitos sean cometidos por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

2. Cuando los delitos sean cometidos por los trabajadores de la empresa, si ésta no ha ejercido sobre ellos el debido control.

En ambos casos se requiere que el delito se cometa en nombre y por cuenta de la organización, en su provecho y en el ejercicio de sus actividades sociales.

De esta redacción nos surge automáticamente una duda: ¿qué se considera debido control? A esta cuestión no nos da respuesta la Ley, ciñéndose a establecer de forma genérica la obligación de mantener el debido control por la organización, imponiendo un deber de “*Corporate Compliance*” excesivamente extenso. Bien es cierto que contamos con algunos precedentes específicos que venían ya exigiendo formas parciales de “*Compliance*”, sobre todo en materia de blanqueo de capitales, de transparencia y buen gobierno de sociedades cotizadas y de prevención de acoso en el trabajo. Sin embargo, nunca en el Derecho español se había impuesto un deber de “*Compliance*” tan amplio como el que ahora se exige, y que abarca prácticamente todas las ramas posibles de la actividad empresarial.

El “*Compliance*” o cumplimiento normativo procede del mundo jurídico-empresarial anglosajón, pero su expansión es imparable en los países latinos, que

recogemos esa herencia para poder gestionar la gran cantidad de normas que se publican cada semana y afectan a las empresas, así como para establecer controles en entornos operativos que no han estado muy controlados en décadas anteriores.

Hay compañías que recurren al “*Compliance*” para legitimar un plan de monitorización de los empleados y militarización de la organización, mientras que en otras compañías se pretende que el “*Compliance*” fortalezca conceptos como cultura corporativa, negocios éticos, transparencia, responsabilidad social corporativa, gestión de riesgos, minimización de fraude, etc. Se establecen, de esta manera, políticas internas, códigos éticos y compromisos contractuales dentro de la empresa, cuyo cumplimiento normalmente está sometido a algún tipo de auditoría. Se implantan, en definitiva, controles internos en los procesos de producción y/o comercialización de la compañía, con el fin de gestionar y prevenir riesgos, en este caso, riesgos legales y de cumplimiento.

Aquí se nos pregunta sobre la posibilidad de eludir o atenuar, mediante la adopción de reglas de buen funcionamiento corporativo, la responsabilidad penal de la persona jurídica. El concepto de gobierno corporativo se puede entender como el conjunto de principios y normas que regulan el diseño, integración y funcionamiento de los órganos de gobierno de una empresa. Un buen gobierno corporativo ha de velar por los intereses de la compañía y de los accionistas, monitorizar la creación de valor y uso eficiente de los recursos, brindando una transparencia de información, y cumpliendo con las políticas internas, códigos éticos y compromisos contractuales de los que hablamos anteriormente en relación con el “*Compliance*”.

Como se puede deducir con facilidad, la adopción de tales reglas no puede suponer más que una simple atenuación de la responsabilidad penal de la entidad por los delitos cometidos previamente, siguiendo lo que dispone el artículo 31 bis. 4 del Código Penal, cuando señala que: “*Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:*

[...]

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.”

8. Impugnación del acuerdo social por el que se decidió abrir la cuenta en Gibraltar, y sus consecuencias.

Finalmente, ante la sospecha de 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, hay que partir atendiendo a lo dispuesto en el artículo 204 de la Ley 1/2010, de 2 de julio, de Sociedades de Capital, que señala que: “*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.”*

Estamos hablando de la impugnación de un acuerdo adoptado por la Junta general de socios, que es el órgano de formación y expresión de la voluntad social, cuyas decisiones obligan a los administradores y a todos los socios, incluso a los disidentes y a los que no hayan participado en ella. Su carácter soberano y el postulado de la sumisión de los socios al voto de la mayoría no es incompatible con la posibilidad de impugnar los acuerdos sociales, al garantizarse así un control judicial de éstos desde la perspectiva de su adecuación al régimen legal y estatutario, y de su conformidad con el interés social.

Dentro de los acuerdos impugnables existen dos categorías esenciales: los acuerdos nulos y los anulables. Mientras que son nulos los contrarios a la Ley, tienen la consideración legal de anulables aquellos que infrinjan los estatutos o que lesionen los intereses sociales en beneficio de uno o varios socios o un tercero. En base a los presentes hechos, se habrá de estimar nulo el acuerdo por el que se llevan cantidades defraudadas a Gibraltar, en el sentido de que dicha actividad contraviene, más que a una Ley concreta, al orden público. Es cierto, que el término “orden público”, es un concepto jurídico indeterminado¹², que exige unas limitaciones que han sido más o menos determinadas por las resoluciones de nuestros Tribunales. En este sentido, las irregularidades provenientes de la conculcación del orden público vienen integradas por la vulneración de los principios y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española, los ilícitos penales o los atentados contra las bases de nuestro sistema societario.¹³ Dado que hablamos de un acuerdo por el cual abundante capital obtenido mediante la comisión de actividades ilícitas es trasladado a un territorio con el fin de cometer otro delito – el blanqueo de capitales – resulta bastante evidente que se está ante unos hechos que pueden resultar directamente contrarios al orden público.

Para que el sujeto en cuestión pueda llevar a cabo el proceso de impugnación del acuerdo, ha de estar legitimado según lo dispuesto en el artículo 206 de la LSC. De acuerdo con este precepto, para la impugnación de los acuerdos nulos están legitimados todos los socios, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo. Dichas acciones de impugnación deberán dirigirse contra la sociedad.

La acción de impugnación de los acuerdos nulos caduca en el plazo de un año. Sin embargo, tiene gran relevancia el hecho de que quedan exceptuados de esta regla los acuerdos que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público, como es el caso, por lo explicado previamente. El plazo de caducidad previsto se computa desde la fecha de adopción del acuerdo y, si fuese inscribible, desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil».

¹² En este sentido la STS de 18 de mayo de 2000 nos señala que la naturaleza jurídica del concepto de orden público es: *"en el área de los acuerdos sociales, de los denominados indeterminados..."*

¹³ Idea extraída de la STS de 18 de mayo de 2000, que se configura como pionera en el marco de dicha conceptualización en nuestra moderna jurisprudencia.

El procedimiento de impugnación de los acuerdos sociales se sigue por los trámites del juicio ordinario, en virtud del artículo 249.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el caso de que fuera posible eliminar la causa de impugnación, el Juez, a solicitud de la sociedad demandada, puede otorgar un plazo razonable para que aquélla sea subsanada.

Finalmente, la sentencia firme que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil. Y el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» publicará un extracto. Además, en el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, la sentencia determinaría además la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella.

La competencia objetiva, con la promulgación de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), ha sufrido una importante alteración. En efecto, en dicha Ley Orgánica, por la que se crean los Juzgados de lo Mercantil, se da una nueva redacción al apartado 1 de la Disposición adicional octava de la LOPJ quedando redactada de la siguiente manera: *“La competencia para tramitar y decidir en primera instancia los procesos civiles sobre impugnación de acuerdos sociales, quedará en todo caso atribuida a los jueces de lo mercantil que resulten competentes”*.

La creación de estos nuevos Juzgados especializados dentro del orden jurisdiccional civil, responde a un doble propósito, según la Exposición de Motivos de la Ley: *“la atribución al juez del concurso el conocimiento de materias pertenecientes a distintas disciplinas jurídicas y que, hasta el día de hoy, estaban asignadas a diferentes órdenes jurisdiccionales, lo que exige del titular del órgano jurisdiccional y del personal al servicio del mismo una preparación especializada. De otro lado, la complejidad de la realidad social y económica de nuestro tiempo y su repercusión en las diferentes ramas del ordenamiento aconseja avanzar decididamente en el proceso de la especialización. Con tal finalidad, se encomiendan a los juzgados de lo mercantil otras competencias añadidas a la materia concursal (...)”*.

El ámbito competencial – que con referencia al concurso es exclusivo y excluyente - de estos nuevos Juzgados unipersonales ha sido establecido en el nuevo artículo 86 ter LOPJ, en donde en su nº 1 señala la materia concursal como objeto propio, y en el nº 2 se añaden una serie de materias de las que conocerá también el Juzgado de lo mercantil. Por lo que a nosotros interesa, de forma vaga e imprecisa, en la letra a) señala que conocerán de (...) *“todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas”*. No hay en todo el novedoso artículo 86 ter. 2º LOPJ una referencia concreta a las acciones de impugnación de acuerdos sociales, pero podría deducirse que quedarían incluidas, máxime cuando ya sí de manera expresa se establece la competencia objetiva de dichas acciones a estos Juzgados de lo mercantil con la modificación de la Disposición adicional octava LOPJ.

En definitiva, la competencia objetiva por impugnación de acuerdos sociales la tienen asignada los Juzgados de lo mercantil, allí donde existan. De forma escalonada se han ido creando en todas las capitales de provincia, aunque pueden establecerse en poblaciones distintas de la capital de provincia delimitándose entonces el ámbito de su

jurisdicción y también pueden establecerse juzgados de lo mercantil que extiendan su jurisdicción a dos o más provincias de una misma comunidad autónoma. Donde no existen todavía, habrá que estar a lo estipulado el Real Decreto 1649/2004, de 9 de julio –y los posteriores que se vayan dictando- sobre los nuevos Juzgados de Primera Instancia o Juzgados de Primera Instancia e Instrucción que conocen de las materias mercantiles con las del resto del orden civil. Y para el resto de las capitales de provincia, hay que estar a lo que hayan acordado las Salas de Gobierno de los Tribunales de Justicia con respecto a la atribución de competencias de lo mercantil a nivel provincial en alguno de los Juzgados de Primera Instancia o de Primera Instancia e Instrucción que estuvieran ya creados.

Por lo que respecta a la competencia territorial, con la entrada en vigor de la nueva LEC, de acuerdo con su artículo 52.1º.10, será tribunal competente el del lugar del domicilio social de la Sociedad limitada.

Por último, en cuanto a la manera en que afectaría la impugnación del acuerdo social donde se decidió abrir la cuenta en Gibraltar, a la responsabilidad penal del socio, no tenemos más que añadir que el sujeto seguirá siendo, con seguridad, responsable del delito de blanqueo de capitales del artículo 301 del Código Penal, al constar dicho precepto de un elenco de conductas punibles tan amplio que incrimina hasta la mera posesión de bienes procedentes de una actividad delictiva, bastando con que, de alguna manera, el socio haya percibido algún tipo de beneficio económico de los hechos ilícitos cometidos con anterioridad, para estar incurriendo en el delito en cuestión, tal y como ya expusimos previamente en el presente informe.¹⁴

CONCLUSIONES FINALES

Ya para dar por concluido el presente informe, podemos elaborar una sucinta conclusión en relación con todos los hechos analizados. En primer lugar, cabe señalar que la entidad SERVICIOS MÉDICOS S.L., podría haberse acogido a la amnistía fiscal recogida en el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, para así regularizar su situación, sin incurrir por ello en ninguna responsabilidad tributaria, o penal, y evitándose, de esta manera, cualquier tipo de intereses, o recargos, o sanciones. Para ello sólo habría hecho falta que, voluntariamente y antes del 30 de noviembre del 2012, se hubiese puesto al corriente de sus obligaciones tributarias, cumpliendo con una serie de requisitos o deberes fiscales que se desprendían de la Disposición Adicional Primera de dicho Decreto-Ley, así como de su Orden de desarrollo.

No se puede olvidar que existe el riesgo de que se declare inconstitucional dicha amnistía, dado que la misma ya ha sido objeto de recurso ante el Tribunal Constitucional. Las razones que justifican una sentencia en tal sentido son, fundamentalmente, la infracción del principio de legalidad, por introducir innovaciones sustantivas carentes de cobertura legal, por la evidente extralimitación de la habilitación legal, y por carecer, en definitiva, del rango normativo idóneo para la regulación realizada, así como la vulneración de principios consagrados en nuestra Norma Fundamental, concretamente en el artículo 31 – igualdad, proporcionalidad y progresividad, generalidad... -.

¹⁴ V. Apartado 3.1. Responsabilidades penales en el caso de acogerse a la amnistía fiscal, y de no hacerlo.

Las posibles consecuencias legales, si el recurso triunfase, como ya dijimos, son múltiples. Cabría que la Agencia Tributaria tuviese que practicar la devolución de esas cantidades ingresadas y al tiempo podría suponer la apertura de todas las investigaciones correspondientes, iniciándose entonces, con seguridad, numerosos procedimientos sancionadores administrativos y, lo que es más grave aún, penales. Pero resulta evidente, sin embargo, tal y como señala el artículo 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que la posible sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad no permitiría nunca que se revisasen procesos ya fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se hizo aplicación de dicha normas declaradas inconstitucionales. Ello en consonancia con el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables (artículo 9.3 CE), y con el principio “*non bis in idem*”. No olvidemos tampoco, que una resolución del Tribunal Constitucional, en tal sentido, podría suponer un atentado contra el principio de seguridad jurídica, consagrado en nuestro artículo 9.3 de la Constitución, o contra el principio de confianza legítima. Por este motivo, es posible que en el supuesto de que se declare la inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, se adopten soluciones particulares y probablemente novedosas, en relación con la invalidez y pérdida de efectos de las disposiciones que contiene, con la finalidad de garantizar el mayor respecto a los principios generales tributarios, y del resto del Ordenamiento jurídico.

Por otro lado, como consecuencias de la simultaneidad de regulaciones (penal y tributaria) en el presente caso, debemos tener claro, primero, la preferencia del orden jurisdiccional penal, que supondrá que la Administración se deba abstener de seguir cualquier procedimiento sancionador, cuando corresponda remitir el expediente al Ministerio Fiscal, para que sean los Tribunales de lo penal los que resuelvan. En segundo lugar, que el inicio de la prescripción, las causas de su interrupción, y la duración del período del mismo, tratándose de los delitos contra la Hacienda Pública, no son los mismos que se fijan en caso de infracciones tributarias. Y en tercer y último lugar, que en virtud del principio “*non bis in idem*”, la existencia de una sentencia condenatoria, en un proceso penal, supondrá que no se pueda imponer una sanción administrativa por los mismos hechos, al mismo sujeto; si bien cabe que dicha sentencia condenatoria recaiga sobre un supuesto en el que previamente se ha sancionado por la Administración o declarado conforme a derecho por ésta, siempre que en la pena resultante se compute la sanción administrativa sufrida.

En cuanto a las responsabilidades penales de los sujetos implicados, en primer lugar, en el caso de no acogerse a la amnistía fiscal, la Sociedad sería responsable de varios delitos – en concurso real – de defraudación tributaria, recogidos en el artículo 305 del Código Penal. Dicha responsabilidad podría extenderse también a la administradora única, que es quien ejerce el poder de representación de la entidad, con todas las consecuencias que ello acarrea. Asimismo, la persona jurídica sería responsable de un delito de blanqueo de capitales recogido en el artículo 301 del Código Penal, delito que entendemos, por diversas circunstancias, continuado, y cuyo origen radica en las defraudaciones cometidas a lo largo de varios años, pese a la polémica doctrinal que suscita la posibilidad de considerar el delito fiscal del 305 como la actividad ilícita previa del blanqueo, dado que tal afirmación podría suponer la vulneración del principio “*non bis in idem*”. En definitiva, son sujetos responsables de dicho delito de blanqueo, no sólo la Sociedad, de acuerdo con el artículo 302 del Código

Penal, sino también la administradora única de la misma, y los tres socios que han percibido beneficios derivados de ello, como coautores.

Además, respecto de los miembros del despacho Mato & asociados, cabe decir que pese a su controvertida intervención en el asunto, y a las severas obligaciones que impone la normativa de prevención del blanqueo, gracias al “secreto profesional” del artículo 542.3 LOPJ que los ampara en sus actividades de defensa jurídica, corresponde descartar cualquier tipo de responsabilidad penal, por lo que dichos profesionales podrían ser únicamente sancionados, de acuerdo con la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, por el incumplimiento del deber de informar a las autoridades de las actividades ilícitas realizadas por sus clientes.

Planteando, por otro lado, el supuesto de que la Sociedad y las personas físicas implicadas se hubiesen acogido a la amnistía fiscal, la regularización practicada les exoneraría de su responsabilidad penal. Consecuentemente, ya no se podría abrir un procedimiento penal contra la entidad, ni contra las personas físicas, por la comisión del delito de defraudación contra la Hacienda Pública del 305 CP. Con todo, existiría el grave problema de determinar si los sujetos que regularizaron su situación tributaria, quedando exentos de responsabilidad criminal por el delito contra la Hacienda Pública, permanecerían exentos también de responsabilidad por el delito de blanqueo de capitales del art. 301 CP o no. La cuestión no está clara y, en definitiva, que la excusa absolutoria consistente en la regularización fiscal se aplique por analogía a favor del reo también sobre el delito de blanqueo depende, en gran medida, de lo que cada Tribunal estime para el caso concreto.

En lo que no hay duda es que, de cualquier modo, sí serían responsables del ilícito del artículo 301, no sólo la persona jurídica, de acuerdo con el artículo 302, sino también la administradora única de la Sociedad, por las cantidades obtenidas – con pleno conocimiento - a través de la comisión del delito de abortos ilegales recogido en el artículo 145 del Código Penal, en la clínica lisboeta. Esta responsabilidad se extiende, también, a los socios Martínez y Suárez, dado que ambos recibieron su parte de beneficios por las prácticas realizadas en la clínica de Lisboa. No se puede decir lo mismo, sin embargo, del Sr. Pérez, que en ningún momento recibió las cantidades que le hubiesen correspondido por su participación en la sociedad, y por tanto, no se puede considerar responsable del delito de blanqueo. También se podría extender dicha responsabilidad al personal médico que practicó los abortos, si obtuvo a cambio algún tipo de remuneración o beneficio económico.

Además de las diversas responsabilidades penales, tanto de la persona jurídica como de las personas físicas, ya expuestas, resulta evidente que surgirán otras derivadas de la práctica de los abortos en la clínica lisboeta. En este sentido, el responsable médico de la clínica de Lisboa, el señor Gonçalves, así como el resto del personal sanitario adscrito a la misma (Sres. Amália Rodrigues, Anabela Miranda, Vítor Pinto y Gustavo Oliveira), son responsables del delito de aborto recogido en el artículo 145 del Código Penal. En relación con la responsabilidad de los restantes médicos de las clínicas de A Coruña y de Madrid, resultará determinante saber si en el comité científico que formaban, y que poseía competencias a la hora de adoptar decisiones, se conocía y se trataban cuestiones relativas a dichos abortos ilegales. En el caso de que así fuese, dependiendo de su grado de intervención, podrían cometer un delito de omisión del

deber de impedir delitos y denunciarlos, recogido en el artículo 450 del Código Penal. E incluso, si no sólo tuviesen conocimiento, sino que además adoptasen ciertas decisiones que resultasen determinantes para llevar a cabo dicha actividad ilícita, podrían llegar a ser ellos mismos responsables también del delito del artículo 145. En cuanto a la administradora única de la sociedad, y los socios de la misma, son, en todo caso, responsables del delito ya mencionado previamente, del artículo 450, por su omisión del deber de impedir delitos y denunciarlos. Sería responsable, primeramente, el socio que expresó su negativa y que acordó que no recibiría su parte de los beneficios de la sociedad lisboeta. En cuanto a los otros dos socios, cabe cuestionarse si su intervención en la toma de decisiones de la entidad, así como el hecho de que captasen beneficios por tales actividades ilícitas, implicaría algún tipo de responsabilidad penal mayor. En todo caso, no debemos olvidar que estamos ante una serie de ilícitos cometidos fuera del territorio nacional, por sujetos no nacionales, y que todavía no han sido enjuiciados. Por todo ello, se reducen notablemente las posibilidades de imputar a estas personas el delito en cuestión. Por un lado, porque no tiene mucho sentido que se imponga el deber de denunciar delitos que se cometen fuera de nuestro ordenamiento jurídico, y ante los que la jurisdicción española no tiene competencia. Y por otro, porque si estas actividades ilícitas aún no han sido siquiera condenadas, tampoco resultaría muy adecuado que así lo fuesen los delitos que por no denunciarlas, se han derivado. Nada hay que decir, en cambio, en relación a la responsabilidad de la persona jurídica, que siguiendo lo dispuesto en el artículo 31 bis del Código Penal, sólo es penalmente responsable en los supuestos previstos en la norma, no siendo, el delito de aborto, uno de ellos.

Podemos apreciar que las actividades ilícitas de este caso se extendieron durante varios años. Ello, indudablemente, acarrea importantes consecuencias a efectos de prescripción, cambios en la normativa, y retroactividad, tal y como ya señalamos. De todo, resulta fundamental que destaquemos que en 2010, por la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se llevó a cabo la incorporación a nuestro Derecho Penal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que ha supuesto una profunda modificación en el tratamiento de la delincuencia empresarial. Con la redacción del artículo 31 bis, se mantuvo la responsabilidad personal de los representantes que actúan en nombre de la persona jurídica (art. 31 CP) pero, en paralelo, se introdujo la responsabilidad penal directa de esta última, siempre que se tratase de supuestos previstos expresamente en el Código. Es a partir de ese momento y no antes – en virtud del principio de irretroactividad de las disposiciones desfavorables para el reo –, cuando se puede enjuiciar a la entidad que nos interesa, por las infracciones que cometió, y sólo desde la entrada en vigor de la reforma, siempre que sus respectivos preceptos prevean la responsabilidad de las personas jurídicas directamente. La otra gran modificación que supuso esta reforma del Código Penal tuvo que ver con la introducción, en el artículo 301, del blanqueo de capitales, de la conducta de “poseer” los bienes, a sabiendas de su origen ilícito. Con ello, se deduce que el delito de blanqueo de capitales puede no prescribir jamás, al ser la simple tenencia constitutiva del acto ilícito, salvo que, de alguna manera, se regularice la situación tributaria.

Por las cuestiones procesales del asunto, debemos partir de que entre los delitos de defraudación contra la Hacienda Pública y el delito continuado de blanqueo de capitales existe una indiscutible conexidad. Por ello, en atención a lo que señala el artículo 18 LECrim y al entender que todas las infracciones fueron cometidas en la provincia de La Coruña, son competentes para conocer y resolver los Tribunales de La

Coruña. Concretamente, sería competente para instruir el caso, de acuerdo con el artículo 14.2 LECrim, un Juzgado de Instrucción de La Coruña, y competente para resolver, el órgano de la Audiencia Provincial.

En caso de abrirse una investigación procesal, en virtud del artículo 33.7 del Código Penal, se podrían acordar las siguientes medidas cautelares: la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial. También se podrían establecer una serie de medidas cautelares reales, que pretenden asegurar la ejecución de los pronunciamientos civiles que se hagan en el marco de un proceso penal, y que son perfectamente aplicables en este caso (299 LECrim), como son la fianza y el embargo. Y además de estas medidas directamente encaminadas a la protección de los intereses particulares de los afectados, también suelen existir otras muy similares, también aplicables, y que tienen por objeto ocupar, retener y custodiar ciertos instrumentos, efectos o vestigios derivados de la realización del hecho punible, a fin de permitir el adecuado desarrollo del proceso, o de garantizar las posibles responsabilidades pecuniarias derivadas del delito o del propio proceso, como serían la multa (artículo 32 y ss. CP), y las consecuencias accesorias (127 y ss. CP) o, por supuesto, las costas.

En relación con las medidas de intervención de las comunicaciones de la Sociedad, y el registro de sus sedes, en plena fase de investigación, debemos partir del hecho de que se tratan de unas medidas limitadoras de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución Española, que se deben llevar a cabo de manera proporcionada, protegiendo a la persona contra actuaciones innecesarias. Incluso de que esta sea una entidad, pues siempre y cuando estemos ante un derecho susceptible de pertenecer a una persona jurídica, el Tribunal Constitucional entiende que esta goza de la misma protección que cualquier otra persona natural ostentaría respecto a aquéllos.

Por la intervención de las comunicaciones postales, telegráficas, y telefónicas de la Sociedad, protegidas en la Constitución Española en el artículo 18.3º que garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales telegráficas y telefónicas salvo resolución judicial, cabe plantear el problema de que - con la intervención de las comunicaciones de una entidad - se pueda incidir, a su vez, en el secreto de las comunicaciones de todas las personas físicas que la componen, llevándose a cabo así la restricción de dicho derecho fundamental perteneciente a sujetos a los que no se les debería extender la limitación. Pese a todo, la jurisprudencia parece haber sido clara en la admisión de tales intervenciones sobre personas jurídicas, que con la reforma en el año 2010 han pasado a ostentar también responsabilidad penal. Carecería de sentido, ya que podrían darse situaciones absurdas o cuanto menos ilógicas, si no fuese posible investigar de esta manera a una persona jurídica, responsable de hechos ilícitos, en el cauce de un procedimiento criminal.

En cuanto al registro de las sedes de la Sociedad, se limita el derecho consagrado en el artículo 18.2 de nuestra Norma Fundamental, y en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los artículos 545 y siguientes. No hay ninguna duda de que el domicilio social, las sedes y establecimientos de la entidad pueden ser objeto de registro. Por lo que respecta al establecimiento que radica en Lisboa, resultará posible practicar dicha diligencia gracias a la cooperación jurídica internacional en materia penal, tal y como ya explicamos, a través de una comisión rogatoria con el fin de que se practique la entrada y registro en la sede lisboeta de la Sociedad responsable penalmente en España.

Y por lo que concierne a una posible investigación de los movimientos de la cuenta que radica en Gibraltar, territorio de ultramar del Reino Unido, con el estatus de Territorio Británico de Ultramar, se puede resumir la cuestión en el hecho de que, por muchos intentos que se hagan, enviando una comisión rogatoria, esto resultará casi una tarea inútil. La colonia británica es la que pone más pegas a las peticiones de auxilio remitidas por España y la única que se niega a contestar a los Jueces españoles. En la Roca se paralizan con multitud de pegas y supuestos defectos formales planteados por los jueces gibraltareños. La totalidad de las peticiones de auxilio españolas fracasa, más de un centenar en los últimos años, y la información solicitada no llega jamás. Simplemente se niega sistemáticamente, según señalan fuentes policiales y judiciales españolas. No hay que olvidar que Gibraltar fue un territorio considerado durante muchos años por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) como un territorio que se negaba a intercambiar información financiera y que no se comprometía con efectividad a respetar los estándares internacionales de intercambio de información tributaria, formando parte de su “lista negra” o su “lista gris”. Y en este sentido, el Estado español, considera desde 1991, y aún hoy, a Gibraltar paraíso fiscal, entendido como un territorio en el que la imposición es nula o muy baja y en el que apenas existe intercambio de información tributaria.

Debemos reiterar que no cabe la detención y juicio del responsable de la clínica lisboeta ni, en resumen, la apertura en nuestro Estado de un procedimiento penal contra los responsables por los delitos de abortos ilegales cometidos en Lisboa, dado que los Tribunales españoles carecen de competencia para intervenir penalmente en dicha causa. Esto es así por lo establecido en el artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. En relación con los sujetos españoles y la posible imputación a los mismos del delito del 450 del Código Penal, por no haber denunciado la comisión de los abortos clandestinos, ya señalamos la casi imposibilidad de que se abra un procedimiento penal contra ellos en España. Pero en el caso de que los Tribunales portugueses estimasen que incurren en algún tipo de responsabilidad por los delitos de abortos ilegales, tomando como base la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, se podría llevar a cabo la entrega de dichos individuos a las autoridades del Estado extranjero, en el momento en que sean así requeridos.

Por la representación en juicio de la persona jurídica, está claro que dado que la administradora única de la Sociedad está imputada también, lo más pertinente es la separación de la misma y el nombramiento de alguien nuevo para que defienda los intereses de la entidad en el proceso. Las penas que se le pueden imponer a SERVICIOS MÉDICOS, S.L. se recogen en el artículo 310 bis del Código Penal – para los diversos delitos de defraudación a la Hacienda Pública – que se remite también a las penas del artículo 33.7 el Código Penal, y en el artículo 302 – para el delito continuado de blanqueo de capitales -. Todo ello sin perjuicio de las penas en que puedan incurrir las personas físicas también implicadas, pues las responsabilidades penales de cada uno de los sujetos – de las personas físicas y de la persona jurídica – van, de acuerdo con la legislación vigente, en paralelo, y son independientes.

Ante una condena penal o administrativa a la sociedad, ya dejamos claro que, en virtud del artículo 130.2 del Código Penal, se excluye la posibilidad de evitar esa responsabilidad por medio de la transformación de la S.L. en una S.A. Proceso que, en cualquier caso, se lleva a cabo siguiendo lo que dispone la Ley 3/2009, de 3 de abril, de

modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, y el Reglamento del Registro Mercantil. Una vez se transformase, si así se desea, los trámites que son ya necesarios para llevar a cabo una ampliación de capital, se encuentran en la Ley de Sociedades de Capital, en el Capítulo II de su Título VIII. Y para sacar dicha entidad a Bolsa, tendremos que atender, fundamentalmente, a lo que dispone el Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos.

En relación con el intento de eludir responsabilidades para la Sociedad, no mediante su transformación, sino a través de una adaptación de sus modos de funcionamiento a las reglas de buen gobierno corporativo, debemos acudir, como bien hemos hecho, a la idea del “*Compliance*” o cumplimiento normativo, que procede del mundo jurídico-empresarial anglosajón, pero su expansión es imparable en los países latinos. Por este concepto se entiende el establecimiento de políticas internas, códigos éticos y compromisos contractuales dentro de la empresa - cuyo cumplimiento normalmente está sometido a algún tipo de auditoría - implantándose, en definitiva, controles internos en los procesos de producción y/o comercialización de la compañía, con el fin de gestionar y prevenir riesgos legales y de cumplimiento. Se nos preguntó, pues, sobre la posibilidad de eludir o atenuar, mediante la adopción de reglas de buen funcionamiento corporativo, vinculadas directamente con la idea del “*Compliance*”, la responsabilidad penal de la persona jurídica. Como se puede deducir con facilidad, la adopción de tales reglas no puede suponer más que una simple atenuación de la responsabilidad penal de la entidad por los delitos cometidos previamente, siguiendo lo que dispone el artículo 31 bis. 4 del Código Penal.

Finalmente, ante la posibilidad de que uno de los socios – D. Juan Pérez – impugne judicialmente alguno de los acuerdos sociales donde se decidió abrir la cuenta en Gibraltar, lo más destacable que podemos volver a señalar es el hecho de que dentro de los acuerdos impugnables existen dos categorías esenciales: los acuerdos nulos y los anulables. Mientras que son nulos los contrarios a la Ley, tienen la consideración legal de anulables aquellos que infrinjan los estatutos o que lesionen los intereses sociales en beneficio de uno o varios socios o un tercero. En base a los hechos, tal y como indicamos, se habrá de estimar nulo el acuerdo por el que se llevan cantidades defraudadas a Gibraltar, en el sentido de que dicha actividad contraviene, más que a una Ley concreta, al orden público lo que tiene implica, además, que la acción de impugnación no caduque, como es lo normal, al año.

El procedimiento de impugnación de los acuerdos sociales se sigue, como dijimos, por los trámites del juicio ordinario, en virtud del artículo 249.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y son competentes los recién creados Juzgados de lo Mercantil del lugar del domicilio social. Y en cuanto a la manera en que afectaría dicha impugnación del acuerdo social, a la responsabilidad penal del socio, no tenemos más que reiterar que el sujeto seguirá siendo, con seguridad, responsable del delito de blanqueo de capitales del artículo 301 del Código Penal, al constar dicho precepto de un elenco de conductas punibles tan amplio que incrimina hasta la mera posesión de bienes procedentes de una actividad delictiva.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PÉREZ, F.; *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Aspectos penales y criminológicos, legislación, comentarios, jurisprudencia.* Colex, 2003, Madrid.

BACIGALUPO ZAPATER, E.; *Compliance y derecho penal.* Aranzadi Thomson Reuters, 2011.

CARAMUTI, C.; *Concurso de delitos unidad y pluralidad de delitos, teorías para su determinación, distintos casos, concurso real, concurso ideal, concurso aparente de tipos.* Hammurabi, 2005.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; *Responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos económicos: especial referencia a los consejos de administración.* Consejo General del Poder Judicial, 2007, Madrid.

FERREIRO BAAMONDE, X.X.; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R.; SEOANE SPIEGELBER, J.L.; *Derecho Procesal Penal.* Civitas, 2º edición, 2010.

MARTÍN QUERALT, J.; *Curso de Derecho Financiero y Tributario.* Tecnos, 21º edición, 2010.

MARTÍN QUERALT, J.; LOZANO SERRANO, C.; POVEDA BLANCO, F.; *Manual de Derecho tributario.* Thomson Reuters-Aranzadi, 17º edición, 2012.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.; *Lecciones derecho mercantil Volumen I y II.* Civitas, 10º edición, septiembre 2012.

MOYA JIMÉNEZ, A.; *La responsabilidad penal de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas.* Bosch, 2010, Barcelona.

NEILA NEILA, J.M.; *La responsabilidad penal ante delitos cometidos por administradores sociales y personas jurídicas : adaptada a la Ley de sociedades de capital, a la reforma del Código penal de 2010 y a las medidas de agilización procesal de 2011; así como al RDL 9-2012, de 16 de marzo.* Bosch, 2012, Barcelona.

PORTERO MOLINA, J.A.; *Constitución y jurisprudencia constitucional.* Tirant lo Blanch, 2010, Valencia.

ROIG TORRES. R.; *El concurso ideal de delitos.* Tirant lo Blanch, 2012, Valencia.

SÁNCHEZ CALERO, F.; *Instituciones de derecho mercantil. Volumen I y II.* Aranzadi-Thomson Reuters, 2012.

SUÁREZ-MIRA, C.; JUDEL PRIETO, A.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R.; *Manual de derecho penal. Parte general.* 6ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2011.

SUÁREZ-MIRA, C.; JUDEL PRIETO, A.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual de derecho penal. Parte especial.* 6ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2011.

VIVES ANTÓN, T.; ORTS BERENGUER, E.; CARLOS CARBONELL, J.;
Derecho Penal Parte Especial. Tirant lo Blanch 3ª Edición, Madrid.

PÁGINAS WEB

Westlaw Aranzadi: http://www.westlaw.es/index_spa.html?brand=nwles

Noticias Jurídicas: <http://noticias.juridicas.com/>

Ministerio de Economía y competitividad:

<http://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/menuitem.d288f4af5ced702fafb0240e026041a0/?vgnnextoid=bbbc3d07a9bc7310VgnVCM1000001d04140aRCRD>

Wikipedia: <http://es.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Portada>

Tribunal Constitucional:

<http://www.tribunalconstitucional.es/es/Paginas/Home.aspx>

Consejo General del Poder Judicial:

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial

Portal de la UE: http://europa.eu/index_es.htm

TEXTOS LEGALES

Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal, de 20 de abril de 1959, y su Protocolo Adicional de 17 de marzo de 1982.

Constitución española de 1978.

Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición pasiva.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

Tratado de Maastricht, de 29 de julio de 1992.

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

Tratado de Ámsterdam, de 1 de mayo de 1999.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Tratado de Niza, de 26 de febrero de 2001.

Convenio de Asistencia judicial en materia penal, de Bruselas, del 29 de mayo de 2000 y su Protocolo de 16 de octubre de 2001.

Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la Orden Europea de Detención e Entrega.

Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos.

Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007.

Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles.

Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

Ley 1/2010, de 2 de julio, de Sociedades de Capital.

Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introdujeron diversas medidas tributarias y administrativas.

Orden HAP/1182/2012, de 31 de mayo, por la que se desarrolló la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional

STC 27/1981, de 20 julio.

STC 6/1983, de 4 de febrero.

STC 137/1985, de 17 de octubre.

STC 15/1986, de 31 de enero.

STC 19/1987, de 17 de febrero.

STC 144/1987, de 23 de septiembre.

STC 64/1988, de 12 de abril.
STC 164/1988, de 26 de septiembre.
STC 45/1989, de 20 de febrero.
STC 149/1991, de 1 de julio.
STC 241/1992, de 21 de diciembre.
STC 139/1995, de 26 de septiembre.
STC 183/1995, de 11 de diciembre.
STC 211/1996, de 17 de diciembre.
STC 182/1997, de 28 octubre.
STC 177/1999, de 11 octubre.
STC 64/2001, de 17 de marzo.
STC 2/2003, de 16 de enero.
STC 108/2004, de 30 junio.
STC 182/2005, de 4 de julio.

Tribunal Supremo

STS 1889/1994, de 31 octubre.
STS 246/1995, de 20 febrero.
STS 649/1996, de 7 diciembre.
STS 755/1997, de 23 mayo.
STS 1452/1997, de 25 noviembre.
STS 381/1998, de 11 marzo.
STS 470/1998, de 1 abril.
STS 579/1998, de 22 abril.
STS 1842/1999, de 28 diciembre.
STS 496/2000, de 18 mayo.
STS 1336/2002, de 15 julio.
STS 1113/2005, de 15 septiembre.
STS 13/2006, de 20 enero.
STS 769/2008, de 30 octubre.
STS 663/2009, de 30 de mayo.
STS 634/2010, de 28 junio.
STS 1136/2010, de 21 de diciembre.
STS 340/2012, de 30 de abril.
STS 557/2012 de 9 julio.