

TRABAJO DE FIN DE GRADO:
**Análisis multidisciplinar de la delincuencia
socioeconómica**

Alumna: Sandra Casanova Leira

Profesor: Don José Antonio Ramos Vázquez

ÍNDICE

I) SUPUESTO DE HECHO

II) INFORME JURÍDICO DEL BUFETE “OREGÓN Y ASOCIADOS”

1) Conductas típicas

1.1) Delitos e infracciones tributarias contra la Hacienda Pública

1.2) Delitos de blanqueo de capitales

1.3) Delito de aborto

1.4) Delito de falsedad documental

1.5) Concurso entre los delitos cometidos

2) Responsabilidad de los sujetos activos de las conductas típicas

2.1) Responsabilidades penales de las personas físicas y de la persona jurídica

2.2) Responsabilidad abogados

2.3) Posible elusión o atenuación de responsabilidad de la persona jurídica

2.3.1) Por sometimiento de la sociedad a las “reglas de buen gobierno corporativo”

2.3.2) Por transformación de la S.L. en S.A.

3) Penas aplicables a la persona jurídica

4) Amnistía fiscal

4.1) Acogida de los responsables de la defraudación

4.2) Inconstitucionalidad de la amnistía

5) Aspectos procesales

5.1) Competencia funcional

5.2) Medidas cautelares

5.3) Medidas restrictivas de Derechos Fundamentales

5.3.1) Intervención en las comunicaciones de la sociedad

5.3.2) Registro de las sedes de la sociedad

5.4) Posibilidad de registro de la cuenta abierta en Gibraltar

5.5) Representación procesal de la sociedad

5.6) ¿Cómo afectaría una condena de la sociedad a los socios, y viceversa?

6) Impugnación de acuerdo social

III) BIBLIOGRAFÍA Y PÁGINAS WEB CONSULTADAS

I) SUPUESTO DE HECHO

La sociedad SERVICIOS MÉDICOS S.L., con domicilio social en C/Real, 21, (A Coruña) se constituyó como tal sociedad limitada con fecha 1 de febrero de 2006 y fue inscrita en el Registro Mercantil de dicha ciudad con fecha 3 de febrero del mismo año. En los estatutos de dicha sociedad se hizo constar como objeto social la prestación de servicios médicos en el ámbito de la UE, contando a esos efectos con establecimientos abiertos en A Coruña, Madrid y Lisboa.

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

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

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

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

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

Ejercicio 2006: 125.000 euros
Ejercicio 2007: 119.000 euros
Ejercicio 2008: 117.000 euros
Ejercicio 2009: 156.000 euros
Ejercicio 2010: 161.000 euros
Ejercicio 2011: 170.000 euros

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

El sistema de evasión de capitales funcionaba así: los encargados de cada clínica enviaban las cantidades no declaradas a A Coruña, donde la administradora, junto con los socios, asesorados por el despacho de abogados Mato & Asociados (uno de cuyos miembros, el letrado Xaime Castro, fue quien sugirió la idea) acordaban enviar este dinero a la cuenta de Gibraltar.

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

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

No consta acreditado que los responsables de las clínicas de Madrid y A Coruña tuviesen conocimiento de las actividades llevadas a cabo en la clínica portuguesa. Ante la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público, incluyendo la polémica “amnistía fiscal”, la Sociedad quiere valorar la posibilidad de acogerse a dicha posibilidad.

Para asesorarse, y con el fin de tomar una decisión, opta por solicitar un informe al prestigioso despacho de abogados “Oregón y asociados”, en el que trabaja, y se le encarga confeccionar un informe en el que se le aclaren los siguientes extremos:

-En qué se traduce la posibilidad de regularización contemplada en el aludido R. D. Ley, esto es, cuáles serían las obligaciones fiscales que la Sociedad debería cumplir en el caso de acogerse a esa posibilidad.

-Consecuencias de la simultaneidad de regulaciones (penal y tributaria) en este ámbito.

-Posibles responsabilidades penales de la sociedad y de las personas físicas implicadas, tanto en caso de acogerse a la amnistía como de no hacerlo.

-Posibles penas a imponerse a la persona jurídica, en caso de acreditarse su responsabilidad penal.

-Responsabilidades penales, tanto de la persona jurídica como de las personas físicas, derivadas de la práctica de los abortos en la clínica lisboeta.

-Al extenderse las actividades ilícitas durante varios años, ¿qué consecuencias se generan a efectos de prescripción, cambios en la normativa, retroactividad etc.?

-Posible inconstitucionalidad de la amnistía, posibilidades de tramitación de un proceso al respecto y consecuencias de una declaración en tal sentido por el Tribunal Constitucional.

- 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.

-En caso de abrirse una investigación judicial en España – se sospecha de la misma por parte de los miembros de la sociedad – ¿quién sería el encargado de la investigación? ¿y del posterior proceso? Si existiese tal investigación procesal, ¿podrían tomarse medidas contra la sociedad antes de dictarse sentencia? ¿Es posible que estén intervenidas las comunicaciones de la sociedad? ¿Es posible que se acuerde un registro de las sedes de la misma? ¿También en Lisboa? ¿Podrían investigarse los movimientos de la cuenta gibraltareña? ¿Se podría detener y someter a juicio al responsable de la clínica lisboeta?

- En caso de que se abra un proceso penal, ¿cómo se debería articular la representación en juicio de la sociedad? ¿Cómo afectaría una condena de la sociedad a los socios y viceversa?

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

- ¿Se podría intentar eludir responsabilidades para la sociedad a través de una adaptación de sus modos de funcionamiento a las reglas de buen gobierno corporativo? ¿Qué habría que hacer?

-Se sospecha que uno de los socios – D. Juan Pérez – está planeando impugnar judicialmente alguno de los acuerdos sociales donde se decidió abrir la cuenta en Gibraltar. ¿De qué acuerdos estaríamos hablando? ¿Puede hacerlo? ¿Cómo? ¿Dónde? ¿Afectaría a sus responsabilidades penales?

Nota explicativa: Las cuestiones que se plantean en este supuesto de hecho serán resueltas a lo largo del trabajo. Debido a mi voluntad de redactar un informe jurídico en que aparezcan las materias objeto del supuesto de la forma más ordenada posible, no siempre se guardará el orden de las preguntas del caso.

II) INFORME JURÍDICO DEL BUFETE “OREGÓN Y ASOCIADOS

1) CONDUCTAS TÍPICAS

1.1) DELITOS E INFRACCIONES TRIBUTARIAS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA

La primera conducta reprochable desde el punto de vista del Derecho es la descrita en el supuesto de hecho objeto de análisis como el cobro de cantidades defraudadas por parte de la sociedad SERVICIOS MÉDICOS, S.L., desde su nacimiento. El Código Penal tipifica tal conducta como delito contra la Hacienda Pública cuando la cantidad defraudada supera los ciento veinte mil euros y la Ley General Tributaria, como infracción tributaria, en los casos en los que la cantidad no declarada no llegue a tal límite.¹

El primer problema que nos plantea esta doble regulación de la conducta llevada a cabo por la persona jurídica es el impedimento de que pueda ser juzgada al mismo tiempo como infracción tributaria y delito penal, impedimento contemplado en los principios generales tanto del Derecho Penal como del Tributario.

Así, el Derecho Penal recoge el denominado principio "*non bis in idem*", que aunque no está expresamente reconocido en el texto constitucional, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ha de estimarse comprendido en su art. 25.1, en cuanto *integrado en el derecho fundamental a la legalidad penal* con el que

¹ **Artículo 305 CP**

1. 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.

Artículo 191 LGT *Infracción tributaria por dejar de ingresar la deuda tributaria que debiera resultar de una autoliquidación.*

1. Constituye infracción tributaria dejar de ingresar dentro del plazo establecido en la normativa de cada tributo la totalidad o parte de la deuda tributaria que debiera resultar de la correcta autoliquidación del tributo, salvo que se regularice con arreglo al artículo 27 o proceda la aplicación del párrafo b del apartado 1 del artículo 161, ambos de esta Ley.

guarda íntima relación². El *non bis in idem* supone, en definitiva, la prohibición de un ejercicio reiterado del *ius puniendi* del Estado, que impide castigar doblemente tanto en el ámbito de las sanciones penales como en el de las administrativas, y prohíbe la compatibilidad entre penas y sanciones administrativas en aquellos casos en los que adecuadamente se constate que concurre "identidad de sujeto, hecho y fundamento".

Por otro lado, el artículo 180 de la Ley General Tributaria sienta el principio de "no concurrencia de sanciones tributarias", que establece que si la Administración tributaria estima que la infracción puede ser constitutiva de delito contra la Hacienda Pública se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo, pasando el tanto de culpa a la jurisdicción competente.

En un primer momento, las normas del sistema tributario fueron estableciendo sanciones administrativas y apremios, pero la intervención del Derecho Penal no tardó en llegar, aunque lo hizo con un tipo penal en blanco que configura el *quantum* defraudatorio como elemento diferenciador entre el delito fiscal y la infracción administrativa.

El artículo 305 del Código Penal tipifica como delito penal contra la Hacienda Pública la conducta de defraudar a ésta con cantidades que excedan de ciento veinte mil euros. En nuestro caso, vemos que las cantidades defraudadas por la sociedad varían en cada período, superando esta cantidad limítrofe solo en algunos casos.

Para valorar si el *quantum* defraudado supera el umbral del tipo (los 120.000 euros), habrá que calcularlo teniendo en cuenta que la cuota será el resultado de aplicar el tipo de gravamen a la base imponible determinada conforme a la regla de cada uno de los tributos de cuotas variables o, en aplicar directamente la cantidad fijada por los correspondientes textos legales cuando nos encontremos ante tributos de cuota fija.

Por su parte, siguiendo las reglas del artículo 305.2 del Código Penal, en los tributos de declaración periódica, como lo es el Impuesto de Sociedades, habrá que estar a lo defraudado en cada período impositivo, de forma que solo cuando se superen los 120.000 euros en el ejercicio correspondiente, la defraudación será penalmente reprochable. Así se pronuncia la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo, negando la posibilidad de que pueda producirse un delito continuado, ya que el número 2 del artículo 305 del Código Penal hace referencia a un acto impositivo concreto, por lo que en cada momento en que se infringe la obligación de la declaración y pago del impuesto va a producirse un delito diferente. Defiende el Tribunal Supremo que tampoco es posible acumular infracciones de varios periodos impositivos para conseguir el umbral mínimo que convierta en delictiva la conducta defraudatoria.³

Estos pronunciamientos aclaran que, en el supuesto de hecho objeto de análisis, nos encontramos ante varios delitos e infracciones tributarias contra la Hacienda Pública, descartando la posibilidad de un delito o infracción continuados.

² SSTC 2/1981, 154/1990, 204/1996, 221/1997, entre otras).

³ Resoluciones como la Sentencia de la Sala 2ª de 29 de mayo de 2009

Como consecuencia de lo explicado, el esquema anual de la tipificación de las cantidades defraudadas sería el siguiente:

2006: delito contra la Hacienda Pública (305 CP)

2007: infracción tributaria (66 LGT)

2008: infracción tributaria (66 LGT)

2009: delito contra la Hacienda Pública (305 CP)

2010: delito contra la Hacienda Pública (305 CP)

2011: delito contra la Hacienda Pública (305 CP)

Los delitos contra la Hacienda Pública que se llevan a cabo en nuestro caso tienen pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía (305 CP). En virtud de la pena que se les impone en el Código, su prescripción sigue el artículo 131.1 Párrafo Cuarto CP: *1. Los delitos prescriben: A los cinco, los demás delitos, excepto los de injuria y calumnia, que prescriben al año.* Por tanto, estos delitos prescriben a los cinco años.

Por otro lado, las infracciones tributarias a la Hacienda Pública prescriben a los cuatro años, en virtud del precepto del artículo 66 a. de la Ley General Tributaria, que reza lo siguiente: *Prescribirán a los cuatro años los siguientes derechos: a. El derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación.*

Para el cómputo del plazo de prescripción, existe una regla especial en el artículo 67 de la misma ley, que, en su primer apartado, establece lo siguiente: *1. El plazo de prescripción comenzará a contarse en los distintos casos a los que se refiere el artículo anterior conforme a las siguientes reglas: En el caso a, desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo reglamentario para presentar la correspondiente declaración o autoliquidación.*

El plazo para presentar la declaración en el Impuesto de Sociedades lo encontramos en el artículo 136 de la ley reguladora de tal impuesto: *La declaración se presentará en el plazo de los 25 días naturales siguientes a los seis meses posteriores a la conclusión del período impositivo.*

Actualmente, la situación de la prescripción de los delitos e infracciones, ordenada anualmente, sería la que sigue:

2006: delito prescrito (131 CP)

2007: infracción tributaria prescrita (66 LGT)

2008: infracción tributaria no prescrita (teniendo en cuenta la regla especial para el cómputo del plazo de prescripción y que el período impositivo finaliza el 31 de diciembre, podremos presentar la declaración del 1 al 25 de julio de 2009, por lo que la infracción tributaria no prescribe hasta el 25 de julio de 2013).

2009: delito no prescrito

2010: delito no prescrito

2011: delito no prescrito

La solución que venimos de aportar nos sería útil en el caso de que los delitos e infracciones contra la Hacienda Pública fuesen totalmente independientes. Como será explicado cuando nos refiramos a los aspectos procesales del caso, los delitos contra la Hacienda Pública son conexos entre sí, con el delito de blanqueo cuyo tipo subyacente es el fraude y con el delito de falsedad documental. Por ello, en virtud del artículo 131.5 CP, que establece que *“En los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave.”*, los delitos e infracciones contra la Hacienda Pública prescribirán a los diez años, por ser éste el plazo de prescripción del delito más grave, el blanqueo de capitales.

Por tanto, considerando los delitos e infracciones contra la Hacienda Pública como conexos con el blanqueo, ninguno de ellos estaría prescrito.

1.2) DELITOS DE BLANQUEO DE CAPITALS

El blanqueo de capitales, delito que ha sufrido importantes modificaciones en 2010, en las que no nos cansaremos de insistir en este trabajo, aparece tipificado en el artículo 301 del Código Penal:

Artículo 301.

1. El que adquiriera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triple 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.

En el caso que nos ocupa, nos encontramos con dos delitos de blanqueo de capitales: el primero de ellos tiene como objeto la posesión del dinero defraudado a la

Hacienda Pública y el segundo, el dinero obtenido como consecuencia de la práctica de los abortos ilegales.

Con la reforma del Código Penal del 23 de junio de 2010, el blanqueo se amplía en dos direcciones: en primer lugar, creando la figura del “autoblanqueo”, que incluye en el tipo a los propios partícipes en los delitos, de manera que los autores del delito subyacente del blanqueo, esto es, los responsables de convertir en ilícitos los bienes objeto del blanqueo, son también responsables de este tipo y, en segundo lugar, incorporando como forma comitiva la mera posesión o uso de los bienes.

En el caso del delito de blanqueo que tiene como objeto los bienes defraudados a la Hacienda Pública, la posesión de los bienes ilícitos se lleva a cabo desde el año 2006, cuando se produce la primera defraudación. Esta posesión continúa en el tiempo hasta el presente, pues los autores siguen poseyendo los bienes ilícitos. El blanqueo por los abortos ilegales comienza en enero de 2010 y, como en el caso anterior, continúa hasta el momento presente. Esta situación nos lleva a calificar el blanqueo como delito continuado.

Cuando nos encontramos ante delitos continuados, la ley aplicable será la vigente en el momento de su última comisión (en este caso, la normativa actual, reformada en 2010). Si bien es cierto que esto no aparece expresamente regulado en ningún precepto legal, debido a razones de justicia material, la doctrina se muestra unánime en este pronunciamiento, lo cual excluye la regla general de aplicación de la ley más favorable, ya que la misma fomentaría la comisión del delito continuado.

El Código Penal castiga en su artículo 301 al sujeto activo del blanqueo con la pena de *prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes*. Por ello, se acoge al 131.1 párrafo tercero del Código Penal, que establece que *1. Los delitos prescriben: A los 10, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de 10.*

La determinación del momento en el que empiezan a computar los 10 años de prescripción no es sencilla en el caso del blanqueo:

-
- El Código Penal califica como sujeto pasivo de este tipo al que *adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva (...)*.
 - El artículo primero de la ley 10/2010 de 28/04 sobre Prevención del Blanqueo de Capitales establece que *“A los efectos de esta Ley se entenderá por bienes procedentes de una actividad delictiva todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito (...)”*

La conclusión que se deriva de las dos regulaciones enunciadas es que, en el caso del blanqueo, la simple posesión o tenencia del dinero ilícito determina la consumación del delito.

Por lo tanto, el blanqueo cuyo delito o infracción tributaria subyacente es la defraudación a la Hacienda Pública, no prescribe hasta que no se regularice la situación tributaria (cumpliendo los deberes dictados por la Disposición Adicional Primera del Real Decreto-ley 12/2012, que trataremos de explicar en este trabajo), pues la mera tenencia de los bienes de procedencia ilícita hace que el delito se consume de manera continuada y no podamos iniciar el cómputo del plazo de prescripción.

En el caso en que los obligados tributarios regularicen su situación, existen dudas acerca de si empezaría a computar el plazo de 10 años para la prescripción del delito de blanqueo en el momento de la regularización, ya que será cuando el sujeto ya no posea el bien objeto del delito (el bien ilícito), o si por el contrario, la desaparición del delito subyacente del blanqueo (la defraudación a la Hacienda Pública) como consecuencia de la regularización determina la desaparición del blanqueo. Esta cuestión parece resuelta por el Real Decreto-ley 12/2012 en su Disposición Adicional Primera: *"Si la Administración tributaria estimase que el obligado tributario, antes de que se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación, ha regularizado su situación tributaria mediante el completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, la regularización practicada le exoneraría de su responsabilidad penal, aunque la infracción en su día cometida pudiera ser constitutiva de delito contra la Hacienda Pública, y la Administración podrá continuar con el procedimiento administrativo sin pasar el tanto de culpa a la autoridad judicial ni al Ministerio Fiscal"*, y por el Ministerio de Economía y Competitividad, que en un informe referido a si se mantiene el deber de los abogados de denunciar conductas de blanqueo llevadas a cabo por sus clientes una vez que éstos se hayan acogido a la amnistía fiscal y hayan regularizado su situación tributaria, deber introducido por el artículo 1 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del *blanqueo* de capitales y de la financiación del terrorismo, establece lo siguiente: *"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"*. De este informe se interpreta de forma general que si el dinero ya no proviene de una actividad delictiva, tampoco se podrá juzgar el delito de blanqueo y éste desaparece automáticamente con la desaparición del delito subyacente.

Lo expuesto en el párrafo anterior nos lleva necesariamente a la reflexión de si un Real-Decreto ley dictado por el poder ejecutivo y un informe de un Ministerio pueden hacer que la regularización tributaria en virtud de la amnistía fiscal extinga automáticamente el delito contra la Hacienda Pública, regulado por una Ley Orgánica, el Código Penal. En un primer momento, se duda acerca de si, tanto el Real Decreto-ley como el informe están vulnerando el principio de jerarquía normativa, pero recordamos que las disposiciones tributarias del Código Penal son leyes penales en blanco, por lo que afirmamos que el blanqueo desaparece de manera automática con la extinción del delito subyacente contra la Hacienda Pública; sin embargo, el delito de blanqueo de capitales cuyo objeto es el dinero obtenido por los abortos ilegales nunca va a prescribir automáticamente.

El problema aparece en el momento en que nos planteamos qué ocurriría cuando la conducta que constituye la actividad ilícita (el delito o infracción tributaria contra la Hacienda Pública, o el aborto ilegal) ha prescrito. Es decir, si se considera objeto de blanqueo al dinero defraudado en ejercicios ya prescritos o el dinero obtenido en la práctica de abortos ilegales que ya han prescrito. Si bien es cierto que la jurisprudencia se ha pronunciado sobre este tema en todas las direcciones, en mi opinión, solo transcurridos los diez años que se requieren para la prescripción del blanqueo, contados desde que éste se deje de cometer –es decir, desde que se dejen de poseer los bienes ilícitos- éste prescribirá.

1.3) DELITO DE ABORTO

Partimos de que los abortos se llevan a cabo fuera del territorio español, por lo que habría que estar a lo dispuesto en el Código Penal Portugués para analizar este delito y para determinar su prescripción. Sin embargo, analizaremos el delito como si se hubiese llevado a cabo en España.

El supuesto de hecho se refiere a “abortos ilegales”, sin especificar cuál de los cuatro tipos del Código Penal Español es el que se ha llevado a cabo. En base al contexto, presumimos que se ha ejecutado la conducta típica del 145 CP, abortos con consentimiento de la mujer fuera de los casos permitidos por la Ley, con pena de prisión de uno a tres años.

Artículo 145.

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.

Por lo tanto, si analizamos el delito de aborto de forma independiente, en virtud del artículo 131.1 párrafo cuarto, prescribe a los cinco años, en enero de 2015.

Sin embargo, si el aborto se cometiese en España, siendo la jurisdicción española competente para conocer del mismo, el proceso que se abriría a estos efectos sería el mismo que el del blanqueo cuyo objeto es el dinero obtenido ilícitamente de las prácticas abortivas. En este caso, al igual que hemos explicado en los delitos contra la Hacienda Pública, al tratarse de delitos conexos el aborto y el blanqueo, ambos prescribirán a los diez años, por ser este el plazo de prescripción del tipo más grave –el blanqueo de capitales-. Por ello, el aborto prescribirá en enero de 2020.

1.4) DELITO DE FALSEDAD DOCUMENTAL

Desde que la sociedad se constituye, en 2006, su administradora, con consentimiento de los socios lleva a cabo la elaboración de facturas por servicios médicos inexistentes. Esta conducta aparece tipificada en el artículo 392 C.P.:

Artículo 392.

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

Ana López, la administradora única de la sociedad, comete la falsedad descrita en el apartado 1.2 del artículo 390:

Artículo 390.

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

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

Se plantea la cuestión de si la falsedad instrumental, como medio para la comisión del delito fiscal, queda absorbida por éste. La respuesta es negativa, pues ni el desvalor de la acción defraudatoria ni el desvalor del resultado sancionado en el delito del artículo 305 C.P. incluyen falsedades documentales autónomas que, conceptualmente, no son necesarias para la defraudación fiscal, como es la emisión de facturas falsas por simulación total del negocio jurídico que en ellas se documenta.

En este sentido, es clara la Jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴ cuando señala que la absorción de la falsedad documental, conforme al artículo 8.3 CP, por otros delitos, como la estafa, solo se produce en los supuestos en los que se trata de un documento privado, pero no es aplicable cuando se trata de documentos públicos, oficiales o de comercio (dentro de los que se encuentran las facturas, de acuerdo con abundante jurisprudencia), pues en estos casos el artículo 392 CP no exige como elemento del tipo la finalidad de perjudicar a otro.

⁴ STS 1.538/2.005, de 27 de diciembre, entre otras

El supuesto de emisión de facturas falsas con fines de defraudación fiscal ha sido resuelto por la Jurisprudencia como un caso de concurso de delitos y nunca como un supuesto de consunción o absorción.⁵

En nuestro caso, los documentos falsos que acompañan al delito fiscal van a ser varios, lo que plantea el problema de la consideración jurídica de los mismos. Nos encontramos ante un supuesto de continuidad delictiva, pues los distintos documentos han sido realizados en ejecución de un plan preconcebido, que es precisamente defraudar a la Hacienda Pública.

Si considerásemos la falsedad documental como un delito independiente de la conducta de defraudación a la Hacienda Pública del 305 CP y del blanqueo cuyo delito subyacente es el anterior, afirmaríamos que, en virtud del artículo 131.1 párrafo cuarto CP, la falsedad documental prescribe a los cinco años. En el supuesto no se detalla la fecha de elaboración de la última factura falsa -como hemos explicado en el caso del blanqueo, al hallarnos ante un delito continuado, tendremos en cuenta la fecha de la última comisión del tipo para empezar a computar los años de prescripción-, por lo que no podemos determinar la fecha exacta en la que el tipo se encontrará prescrito.

Sin embargo, como más tarde se explicará con mayor profundidad, el tipo del 392 CP es conexo con el delito contra la Hacienda Pública, que es a su vez conexo con el blanqueo de capitales. Por lo tanto, el plazo de prescripción será de diez años, pues éste es el plazo de prescripción mayor entre los de los tres delitos, correspondiente al blanqueo.

1.5) CONCURSO ENTRE LOS DELITOS COMETIDOS

En el hipotético caso de que un sujeto fuese condenado por todos los delitos anteriores, los mismos entrarían en concurso del siguiente modo:

Concurso real entre todos los delitos contra la Hacienda Pública, a su vez en concurso real con un delito de blanqueo de capitales con causa en el capital defraudado, en concurso real una falsedad de documento mercantil, en concurso real con tantos delitos de aborto como se hubiesen cometido – dato que desconocemos-, en concurso real con un delito de blanqueo de capitales cuyo delito subyacente es el aborto.

⁵ En este sentido, Sentencia 1/1997 de 28 de octubre de 1997, “caso Filesa”

2) RESPONSABILIDAD DE LOS SUJETOS ACTIVOS DE LAS CONDUCTAS TÍPICAS:

2.1) RESPONSABILIDADES PENALES DE LAS PERSONAS FÍSICAS Y DE LA PERSONA JURÍDICA

Con la entrada en vigor el pasado 23 de diciembre de 2010 de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, el Derecho español deja atrás el axioma *societas delinquere non potest*.⁶

El artículo 31 bis del Código Penal introduce el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas; este precepto se aplica a las personas jurídico-privadas del Derecho civil y mercantil y determinadas personas jurídico-públicas, constituyendo la ostentación de personalidad jurídica un requisito imprescindible en todo caso. En virtud del citado precepto, los delitos de los que las personas jurídicas pueden ser penalmente responsables componen un *numerus clausus* señalado en el nuevo Código Penal, pues éstas solo responderán de los delitos en cuya configuración legal haya una expresa remisión al artículo 31 bis del Código. Estos delitos son, entre otros, los delitos contra la Hacienda Pública (310 bis CP) y el delito de blanqueo de capitales (302 CP). El aborto y la falsedad documental, sin embargo, quedan fuera de esta lista cerrada.

En los dos párrafos del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal se establece un mecanismo normativo de atribución de la responsabilidad por transferencia o de tipo vicarial, de modo que las personas jurídicas pueden resultar penalmente responsables de los hechos cometidos por determinadas personas físicas siempre que concurren las específicas condiciones a las que se refiere el precepto aludido.

Para condenar a las personas jurídicas, las conductas tienen que ser cometidas por dos clases de personas físicas:

- a) Sus administradores de hecho o de derecho y sus representantes legales
- b) Sujetos sometidos a la autoridad de los mencionados en el apartado anterior. En este caso, se exige que hayan “podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso”.

⁶ La Exposición de Motivos de la Ley explica las razones de política criminal que motivan la inclusión en el Código de un modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas por una escueta apelación al necesario cumplimiento de las obligaciones que se derivan de los tratados internacionales y del denominado Derecho penal de la Unión Europea.

Para ser imputadas ambas personas físicas en virtud del 31 bis, los delitos han de cometerse en nombre o por cuenta y en provecho de la persona jurídica, de manera que los delitos cometidos por los referidos sujetos en su propio nombre y/o sin provecho o perjudicando a la persona jurídica, no se imputan a ésta.

En virtud de lo explicado, procedemos a analizar la responsabilidad de la persona jurídica SERVICIOS MÉDICOS, S.L. por las conductas llevadas a cabo en el supuesto práctico:

- **Delitos contra la Hacienda Pública:**

Nos encontramos ante delitos especiales propios, en los que se realiza una extensión de la autoría al asignar un representante persona física -en nuestro caso, la administradora única, Ana López- aun cuando dichas condiciones no se den en ella y sí en la persona jurídica a la que representa -SERVICIOS MÉDICOS, S.L.-. En este sentido, nos encontramos ante una defraudación del Impuesto de Sociedades penalmente relevante cuyo obligado tributario no es el representante de la sociedad, sino ella misma.

En virtud del artículo 31 bis, podemos calificar como responsable de estos delitos a la persona jurídica, no excluyendo la responsabilidad vicarial de la administradora, con arreglo al artículo 31 CP: *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.*

Por tanto, defendemos que tanto la sociedad SERVICIOS MÉDICOS, S.L. como su administradora única, Ana López, son responsables de los delitos contra la Hacienda Pública, en calidad de coautores.

- **Delitos de blanqueo de capitales:**

La explicación realizada para resolver la responsabilidad por los delitos anteriores podría repetirse en este caso, ya que, al incluirse el delito de blanqueo en el *numerus clausus* del 31 bis, podemos calificar como coautores de este tipo tanto a la persona jurídica como a la administradora de la misma.

Por otro lado, la responsabilidad por este tipo también se extiende a los socios, pues con el reparto de beneficios en forma de dividendos, van a poseer los bienes ilícitos objeto de los dos delitos de blanqueo llevados a cabo (el dinero no defraudado y el dinero obtenido de la realización de abortos ilegales). Además, tanto los trabajadores de la clínica lisboeta como sus responsable médicos serán también coautores del blanqueo por los abortos desde el momento en que reciban cualquier beneficio, entiéndase en forma de salario, por la realización de los abortos ilegales.

- **Delito de aborto:**

En virtud de lo explicado anteriormente, el delito de aborto no se compone en la lista de los delitos de los que son responsables las personas jurídicas, con arreglo al 31 bis CP. En consecuencia, la persona jurídica, la sociedad SERVICIOS MÉDICOS, S.L., no es responsable desde el punto de vista penal.

- Amália Rodrigues, Anabela Miranda, Vítor Pinto y Gustavo Oliveira, miembros del personal sanitario de la clínica lisboeta:

Responsables del delito en calidad de coautores. En virtud del artículo 28 Párrafo Primero del Código Penal, “*Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.*”. No cabe duda a la hora de juzgar a los miembros del personal sanitario como autores, pues realizan materialmente el hecho por sí mismos.

- Paulo Gonçalves, responsable médico de Lisboa:

Lleva a cabo la conducta delictiva como coautor. Como establece el citado precepto, el responsable médico realiza la conducta tipificada como aborto ilegal *por medio de otro que le sirve como instrumento*. Me refiero, como es obvio, a los miembros del personal sanitario.

- Ana López, administradora única de la sociedad:

Autora de la conducta tipificada en el artículo 450 CP, de la omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución, que castiga al 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*. Se le imputaría como autora de este tipo desde que tiene conocimiento de los abortos, desde septiembre de 2010. Parece bastante claro identificar a la administradora como autora de este delito, pues fue la primera persona en conocer la comisión de los abortos.

- Socios:

En un primer momento, se suscita la duda sobre la posibilidad de acusar a los socios como partícipes del delito de aborto. En mi opinión, a pesar de que no se niegan a que la conducta siga llevándose a cabo una vez que conocen su existencia, *no cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos* al mismo, lo que establece el artículo 29 CP como requisito para ser cómplice.

Por otro lado, cabría la posibilidad de imputar a los socios, al igual que a Ana López, como autores del delito del 450 CP. Desde mi punto de vista, aunque no lo descartaría rotundamente, creo que no tendría sentido juzgar a los socios en España por no perseguir un delito cometido en Portugal, que ni siquiera sabemos si se trata de un delito desde el punto de vista del ordenamiento penal español (recordamos que el supuesto de hecho se refiere a “abortos ilegales”, sin mayor especificación).

Un caso particular es el del socio Juan Pérez, con el que se acuerda de manera informal no recibir beneficios de la sociedad lisboeta a cambio de no denunciar las prácticas ilegales que allí se llevan a cabo. Podemos identificar este acuerdo como un pacto parasocial. Estos pactos privados, amparados por el artículo 1255 CC, regulan las relaciones entre los socios y la sociedad y las relaciones de los socios entre sí. Estos acuerdos siempre serán válidos mientras no contradigan las leyes, la moral o el orden público, por lo que, en el caso de acusar a los socios como partícipes del delito de aborto o como autores del delito de omisión del deber de denunciar, el socio Juan Pérez no podría ampararse en la celebración del acuerdo informal que llevó a cabo, sino que tendría la misma responsabilidad que los socios Andrés Martínez y Pedro Suárez.

Sin embargo, este socio no podrá ser acusado del delito de blanqueo cuyo objeto es el dinero obtenido por los abortos, ya que, en virtud del citado acuerdo informal, en ningún momento llega a poseer este dinero ilícito.

- **Delito de falsedad documental:**

Como ya hemos destacado, el *numerus clausus* del 31 bis del Código Penal excluye la falsedad documental como conducta delictiva por la que se puede exigir responsabilidad penal a la persona jurídica, la sociedad SERVICIOS MÉDICOS, S.L.

Como consecuencia de lo explicado en el supuesto de hecho, podemos calificar a la administradora de la sociedad como autora de este tipo, en virtud de su participación directa en la elaboración de facturas por servicios médicos inexistentes.

2.2) RESPONSABILIDAD ABOGADOS

En nuestro supuesto de hecho, un bufete de abogados, dirigido por Xaime Castro, asesora a su cliente recomendándole que lleve a cabo una conducta constitutiva de delito de blanqueo de capitales. De manera general, esta conducta no se ajusta al

Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, que en su artículo 30 establece el principal deber del abogado: *El deber fundamental del abogado, como partícipe en la función pública de la Administración de Justicia, es cooperar a ella asesorando, conciliando y defendiendo en derecho los intereses que le sean confiados. En ningún caso la tutela de tales intereses puede justificar la desviación del fin supremo de Justicia a que la abogacía se halla vinculada.*

La Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo establece en su artículo 2. ñ) lo siguiente: *La presente Ley será de aplicación a los siguientes sujetos obligados: Los abogados, procuradores u otros profesionales independientes cuando participen en la concepción, realización o asesoramiento de operaciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, la gestión de fondos, valores u otros activos, la apertura o gestión de cuentas corrientes, cuentas de ahorros o cuentas de valores, la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fideicomisos («trusts»), sociedades o estructuras análogas, o cuando actúen por cuenta de clientes en cualquier operación financiera o inmobiliaria.*

En el caso que nos ocupa, los letrados asesoran a un cliente sobre la gestión de créditos, lo que nos permite afirmar que los abogados son sujetos obligados por esta norma.

La citada ley incluye un régimen de sanciones administrativas a los sujetos obligados por la misma que actúen en contra de sus deberes de no informar a las autoridades pertinentes ante una conducta de blanqueo de capitales por parte de sus clientes. Así, los artículos 50-62 clasifican las sanciones en muy graves, graves y leves. Por exclusión, podemos plantearnos imponer a los abogados una sanción leve, pero, desde mi punto de vista, en nuestro caso, los letrados colaboran en la perpetración de la conducta delictiva, por lo que incurren directamente en un delito penal, en calidad de cómplices. Como es sabido, la responsabilidad penal excluye la administrativa, por lo que desecharía la posibilidad de aplicarle la sanción pertinente en virtud de la Ley 10/2010.

La doctrina se refiere en ocasiones a la responsabilidad penal de los abogados en el asesoramiento a sus clientes de conductas típicas de blanqueo como absurdas, pues numerosos autores consideran que esto choca con el secreto profesional del jurista, regulado por el artículo 542.3 LOPJ: *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.*

En mi opinión, no se puede identificar el asesoramiento del letrado contrario a su deber fundamental de no desviar el fin de la Justicia con el deber del secreto profesional, que es la obligación legal que tienen ciertos profesionales (entre ellos, los abogados) de mantener en secreto la información que han recibido de sus clientes.

2.3) POSIBLE ELUSIÓN O ATENUACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA

2.3.1) POR SOMETIMIENTO DE LA SOCIEDAD A LAS “REGLAS DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO”

La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no vino acompañada de la necesaria concreción en sus disposiciones. A este respecto, resulta paradigmática la ausencia de precisión del concepto de “debido control”, a que alude el artículo 31 bis y que encuentra su reverso en el número 4 de dicho artículo, al reseñar como atenuante: *“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”*.

El “debido control” se identifica con el programa de Corporate Compliance, que establece las llamadas “reglas de buen gobierno corporativo”, consistente en el establecimiento por parte de la sociedad de medidas para prevenir y descubrir delitos futuros. Este programa se ha convertido prácticamente en una obligación para la empresa, no en sentido jurídico, pero sí desde un punto de vista preventivo.

Dada la importancia que adquiere la elaboración y cumplimiento de las normas que puedan ser implantadas en cada una de las personas jurídicas, podría llegarse a la conclusión de que una sociedad que tiene implementados sistemas para prevenir y descubrir los delitos, ejercería el debido control sobre sus empleados, lo que le eximiría de la derivación de la responsabilidad por delitos cometidos por los mismos. Si bien, no debe pensarse que la mera formalización de códigos de actuación estándares son suficientes para eludir de manera automática la responsabilidad penal a la persona jurídica.

En estos términos se manifiesta la Fiscalía General del Estado, en la Circular 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en la cual se expone lo siguiente: “La elaboración y el cumplimiento de las normas de autorregulación de las empresas o compliance guide, solo son relevantes en la medida en que traduzcan una conducta. Su formalización no aporta ni su inexistencia resta la capacidad potencial de incurrir en responsabilidad penal, porque lo determinante no es si se actuó de acuerdo con la guía o si esta era hipotética u objetivamente apta para evitar el delito, sino si con guía o sin ella, procede atribuir a la persona jurídica la responsabilidad penal derivada de los delitos cometidos por sus gestores, por haber tenido lugar dichas conductas ilícitas cuando los mismos actuaban en nombre, por cuenta y en provecho de la corporación, o como consecuencia de haber omitido aquellos el debido control sobre sus subordinados jerárquicos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de la entidad”.

Y es más, de la Circular parece posible concluir que siempre que se cometa delito existe responsabilidad penal debido a que las medidas implantadas no han sido suficientes.

El proceso de elaboración de estas reglas puede dividirse en cinco fases, que de forma muy escueta se resumen a continuación:

- Una primera fase abarca la detección de riesgos penales, para lo que es conveniente efectuar entrevistas con los responsables de cada área, identificando los riesgos penales existentes y verificando los controles actuales con los que cuenta para mitigar el riesgo identificado.
- Esta verificación de los controles existentes va unida a lo que podemos delimitar como una segunda fase, de revisión y mejora de los procedimientos, con una identificación de las medidas a implantar.
- Seguidamente, y con el objetivo de llevar a cabo una acción preventiva, conviene efectuar un plan de acción, que como fase tercera, contenga acciones correctoras específicas para cada empresa.
- La implantación del plan previsto, como fase cuarta, requiere la concienciación de los empleados, lo que puede llevarse a cabo mediante comunicaciones y planes de formación de los mismos (podría ser recomendable que la empresa contara con un certificado en el que se indique que en la misma se ha implantado un programa de detección y prevención de delitos).
- Y, finalmente, una última etapa de evaluación, que requiere una revisión de los controles establecidos, con las adaptaciones respecto a los riesgos que surjan y las mejoras que sean necesarias para una actualización continua, con el objetivo de encontrarse siempre protegido.

En conclusión, el sometimiento de la sociedad **SERVICIOS MÉDICOS, S.L.** al programa Corporate Compliance o reglas de buen gobierno corporativo no eludiría, en ningún caso, su responsabilidad penal, pero en virtud del artículo 34.bis 4 CP, los Jueces pueden atenuar su responsabilidad si determinan, en el momento del juicio oral, que los miembros de la empresa han llevado a cabo las medidas pertinentes, siguiendo las etapas que venimos de explicar.⁷

2.3.2) POR TRANSFORMACIÓN DE LA S.L. EN S.A.

La Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles establece la posibilidad de llevar a cabo la transformación de la sociedad **SERVICIOS MÉDICOS, S.L.** en sociedad anónima, así como en cualquier otro tipo de sociedad mercantil, conservando su personalidad jurídica.

⁷ Sin perjuicio de lo expuesto en este apartado, cabe recordar que la aparición de la atenuación de la responsabilidad de las personas jurídicas tiene poco más de dos años, por lo que será la práctica la que resolverá el verdadero funcionamiento de estas medidas de Compliance.

De acuerdo con el artículo 8 de esta Ley, la transformación de la sociedad habrá de ser acordada necesariamente por la Junta de socios. Al tratarse de un acuerdo que supone la modificación de los estatutos sociales, se requerirá la mayoría legal reforzada, sin perjuicio de que los estatutos de la sociedad puedan exigir una mayoría estatutaria reforzada.⁸

La mayoría legal reforzada requiere el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social, por lo que en nuestro caso concreto, para la transformación de la sociedad limitada en sociedad anónima será necesario, en cualquier caso, el voto favorable del socio Don Andrés Martínez, por ser titular de 51% de las participaciones, de manera que si este socio mayoritario vota en contra, la transformación no podrá llevarse a cabo.

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:

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

La transformación por sí sola no liberará a los socios del cumplimiento de sus obligaciones frente a la sociedad.

El acuerdo de transformación no podrá modificar la participación social de los socios si no es con el consentimiento de todos los que permanezcan en la sociedad.

Este acuerdo de transformación se publicará una vez 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. La publicación no será necesaria cuando el acuerdo se comunique individualmente por escrito a todos los socios y, en su caso, a los titulares de derechos especiales distintos de las participaciones que no puedan mantenerse después de la transformación, a través de un procedimiento que asegure la recepción de aquél en el domicilio que figure en la documentación de la sociedad, así como a todos los acreedores en los domicilios que hayan puesto en conocimiento de la sociedad o, en su defecto, en sus domicilios legales.

⁸ Artículos 199 y 200 Ley de Sociedades de Capital.

Los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo podrán separarse de la sociedad que se transforma.

La transformación no podrá tener lugar si, dentro del mes siguiente a la publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil del acuerdo de la misma o del envío de la comunicación individual por escrito, se opusieran titulares de derechos especiales distintos de las acciones, de las participaciones o de las cuotas que no puedan mantenerse después de la transformación.

La escritura pública de transformación habrá de ser otorgada por la sociedad y por todos los socios que pasen a responder personalmente de las deudas sociales.

A pesar de que la sociedad pueda transformarse, el Código Penal determina que esto no extingue la responsabilidad penal de la misma, que se trasladará, en el caso que nos ocupa, a la sociedad anónima en que se transforme:

Artículo 130.

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.

En estos supuestos, la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado da concretas instrucciones a sus Fiscales, que aunque se refieren a la voluntad de elusión de responsabilidad de la persona jurídica por parte de la misma a través de su disolución, es perfectamente aplicable a la misma voluntad de la empresa, a través de su transformación en un tipo social distinto: *"cuando la persona jurídica trate de eludir su responsabilidad penal por medio de mecanismos tan particularmente lesivos para los intereses de trabajadores y acreedores como su disolución preordenada a tal fin y/o ficticia, los Sres. Fiscales, valorando las concretas circunstancias del caso, podrán solicitar del juez la adopción de la medida cautelar de intervención judicial de la corporación, conforme a lo previsto en el último párrafo del art. 33.7 del Código Penal".*

Por otra parte, analizaremos la posibilidad de sacar a Bolsa la sociedad:

La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV) y el Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la misma, determinan la posibilidad de admisión de valores a negociación en un mercado secundario oficial español –la Bolsa de Valores constituye, junto con AIAF y el mercado de Deuda Pública en anotaciones, un mercado de valores-.

Ambas normas condicionan la admisión a negociación de valores al cumplimiento de los requisitos de elegibilidad (artículo 25 LMV) y de los requisitos de información (artículo 26 LMV). En el Real Decreto, los requisitos de elegibilidad o idoneidad se contienen en los artículos 8 a 10 y los requisitos de información en los artículos 11 a 13.

En cuanto a la idoneidad de los valores y del emisor, el Real Decreto introduce un sistema mucho más flexible en comparación con el anterior del Reglamento de Bolsas. Por ejemplo, se elimina la obligación de que el emisor cuente al menos con 100 accionistas, sustituyéndose por un requisito de distribución suficiente más adecuado para tener en cuenta las circunstancias del caso concreto.

El sistema establecido por la LMV y por el Real Decreto no requiere que el emisor presente una cierta historia de beneficios para obtener la admisión de sus acciones a un mercado regulado como se exigía anteriormente.

En cuanto al número de años de existencia del emisor exigido para la admisión de sus acciones, el Real Decreto impone como regla general la obligación de aportar estados financieros que comprendan al menos los tres últimos ejercicios en el caso de valores participativos y los dos últimos ejercicios en los restantes casos.

La Ley del Mercado de Valores especifica en su artículo 26.1 a) los documentos acreditativos que deben aportarse junto con el folleto informativo en los casos en que se requiera la elaboración de éste: “los que acrediten la sujeción del emisor y de los valores al régimen jurídico que les sea aplicable”.

Estos documentos, que la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) verificará y depositará en el registro de documentos acreditativos del artículo 92 LMV serán los necesarios para que a su vez la CNMV pueda constatar que el emisor cumple con los requisitos exigidos por el artículo 25 apartados 3 y 4 y el artículo 26.1 letra a) de la LMV, que generalmente son:

- a) Estatutos
- b) Acuerdos sociales de emisión
- c) Poderes vigentes del firmante del folleto

Existen supuestos en los que el contenido de documentos privados como contratos de colocación, aseguramiento, liquidez etc., puede ser relevante para el inversor. Por ello los modelos de folletos exigen que se describan en el mismo todos los aspectos relevantes de dichos contratos.

La comprobación de posibles incongruencias entre el folleto y el contenido de los contratos corresponde al emisor. Esta tarea se enmarca dentro de la obligación general que tiene el emisor de asegurarse de que el contenido del folleto es conforme a la realidad y no se omite en él ningún hecho que por su naturaleza pudiera alterar su alcance (artículo 28.2 LMV).

La Orden EHA/3537/2005 establece en su artículo tercero que la CNMV especificará los documentos acreditativos que el emisor deberá aportar en función de la naturaleza del emisor y de los valores.

Según el apartado primero del artículo 30 bis de la Ley del Mercado de Valores, dicha operación no constituiría una oferta pública de venta y por lo tanto no se exigiría folleto informativo en el momento de la colocación de las acciones a los inversores cualificados. Tampoco se exigiría ningún otro requisito en dicho momento, de

conformidad con el apartado tercero del artículo 30 bis de la Ley del Mercado de Valores.

En el caso de que las acciones colocadas a inversores cualificados representen menos del 10% del capital social del emisor, la operación estaría además exceptuada de folleto de admisión. Por lo tanto, la solicitud de admisión de las nuevas acciones debería cumplir únicamente con los requisitos establecidos en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 26 de la Ley del Mercado de Valores (documentos acreditativos y estados financieros) y sus normas de desarrollo.

El plazo para la verificación de dichos requisitos de admisión es de cinco días hábiles cuando la admisión esté exceptuada de folleto informativo y de diez días hábiles cuando la admisión no esté exceptuada de folleto.

3) PENAS APLICABLES A LA PERSONA JURÍDICA

Con la reforma de 2010 del Código Penal, en la que como venimos de explicar, se añade un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, prevé el legislador un amplio catálogo de penas específicas susceptibles de ser impuestas a las personas jurídicas, para lo cual, se añade un apartado 7 en el artículo 33.

Es preciso recordar que las conductas de defraudación y blanqueo, de las que en virtud del 31 bis CP son responsables las personas jurídicas, se llevan a cabo a partir del año 2006, cuatro años antes de la modificación del Código por la que se introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esto nos lleva a plantearnos si la responsabilidad de la sociedad solo puede tenerse en cuenta desde el 23 de diciembre de 2010, fecha de esta modificación o si, por el contrario, podemos extender la responsabilidad desde que empiezan a cometerse las conductas delictivas.

Como ya ha sido explicado, el delito de blanqueo es un delito continuado, por lo que, teniendo en cuenta la legislación vigente en el momento de su última comisión, las personas jurídicas serán responsables del mismo desde que éste comienza a llevarse a cabo. Por otro lado, como los delitos contra la Hacienda Pública se juzgan período a período –por la razón ya explicada anteriormente-, la persona jurídica solo será responsable de aquellos cometidos a partir de la fecha de la reforma, es decir, por la defraudación correspondiente al ejercicio de 2011.

Las penas que se van a imponer a la sociedad SERVICIOS MÉDICOS, S.L. son las siguientes:

a) Delito contra la Hacienda Pública cometido en 2011:

Artículo 310 bis.

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

- a. Multa del doble al cuádruple de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años.*
- b. Multa de seis meses a un año, en los supuestos recogidos en el artículo 310.*

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

De acuerdo con el 66 bis.1 CP, los tribunales podrán imponer a la persona jurídica las siguientes penas, solo cuando sea necesario prevenir la continuidad de la actividad delictiva o sus efectos y por un tiempo limitado, en cuyo caso no pueden superar la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para la persona física en el concreto tipo penal, aunque alguna de ellas puede ser impuesta de modo definitivo (como por ejemplo la disolución):

- **Disolución (artículo 33.7.b):**

Según establece el Código penal, tras la reforma de 2010:

“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”.

Esta pena es la más grave que le puede ser impuesta a una persona jurídica y, por tanto, debe ser reservada sólo para los casos extremos, especialmente cuando nos encontremos antes empresas pantalla. Desde mi punto de vista, en el caso que nos ocupa, no nos encontramos ante una empresa pantalla, la cual suele ser definida como aquella que se constituyó “para encubrir actividades ilegales”, sino que, naciendo la sociedad SERVICIOS MÉDICOS, S.L. en un principio de forma legal, en su seno se llevan a cabo las conductas ilícitas analizadas en este trabajo, en un momento posterior y no como fin último para el que se ha constituido la empresa. Por lo tanto, la pena tipificada en el artículo 33.7.b) del Código Penal no se impondría en este supuesto.

- **Suspensión de actividades (artículo 33.7.c):**

El Código penal habla de suspensión de “*sus actividades*”, lo que parece indicar que se refiere a todas las actividades de la persona jurídica (lo cual, *de facto*, viene siendo una disolución).

Por ello, parece preferible que sea el juez o tribunal el que decida si suspende todas o sólo parte de las actividades del ente, reservando la suspensión de todas las actividades sólo para los supuestos de grave necesidad de impedir la continuidad delictiva de un ente.

El plazo de suspensión de las actividades no puede exceder de cinco años.

- **Clausura de locales y establecimientos (artículo 33.7.d):**

Más que una pena autónoma, esta medida constituye, en cierto modo, una única pena junto con la suspensión de actividades.

Al igual que en la suspensión de actividades, el plazo de clausura de locales y establecimientos no puede exceder de cinco años.

- **Prohibición de realizar las actividades en cuyo ejercicio se cometió, favoreció o encubrió el delito (artículo 33.7.e):**

El juez o tribunal deberá, en este sentido, seleccionar la concreta actividad que se prohíbe realizar, teniendo en cuenta siempre que han de ser aquéllas en cuyo ejercicio tuvo lugar la conducta delictiva.

Atendiendo, pues, al concreto perfil delictivo de la persona jurídica, se le puede prohibir realizar cualquier tipo de actividad en un determinado sector o especificar una concreta y específica actividad.

Esta prohibición puede ser temporal o definitiva. Si es temporal, su duración no podrá exceder de 15 años. Este límite temporal es concretado para cada caso en el precepto del artículo 66bis.2 del Código Penal, que reza lo siguiente: “*Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física.*”.

De este precepto extraemos que la pena del 33.7.e) no puede ser impuesta a la persona jurídica por un período mayor a seis años, siendo ésta la duración

máxima de la pena privativa de libertad que prevista para la persona física culpable del blanqueo de capitales.⁹

- **Inhabilitaciones administrativas (artículo 33.7.f):**

La figura de las inhabilitaciones no es solo una pena, sino un conjunto de ellas. El juez o tribunal puede decidir imponer una o varias de ellas en función de las necesidades preventivo-especiales.

No se trata de buscar una aflicción específica para la persona jurídica en forma de multa o restricción de sus actividades, sino alejarlas de los intereses estatales.

La primera de las inhabilitaciones, para contratar con el sector público, plasma perfectamente esa idea: su finalidad primordial es impedir que el sector público contrate con entidades con historial delictivo.

La inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas sigue también esa línea: las Administraciones no colaborarán en la consecución de objetivos de interés común con personas jurídicas condenadas por delitos.

Por el contrario, la tercera de las inhabilitaciones, la inhabilitación para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social parece tener más un factor aflictivo, al consistir en una especie de indignidad para la obtención de beneficios estatales.

En cualquier caso, la duración de esta inhabilitación no podrá exceder de los quince años.

- **Intervención judicial (artículo 33.7.g):**

La intervención judicial es, junto con la multa, la única pena imponible a las personas jurídicas que cuenta con un mínimo de regulación en el Código penal.

⁹ Utilizamos como referencia la pena máxima del delito de blanqueo del 301 CP y no la del delito contra la Hacienda Pública o la de la falsedad documental, de los que también es responsable la persona jurídica porque nos encontramos ante delitos conexos, siendo el blanqueo el que cuenta con una pena mayor.

El presupuesto de esta pena es proteger los intereses de los trabajadores y de los acreedores, de modo que si concurre la necesidad de interrumpir o prevenir la continuidad delictiva de un ente y otros intereses sociales como los antedichos, el juez o tribunal deberá optar por la intervención más que por la disolución o la suspensión de actividades (que pondrían en grave riesgo las posibilidades de defensa de los intereses de los acreedores, proveedores, trabajadores etc.).

La extensión y contenido de la intervención debe ser decidida y motivada por el juez o tribunal atendiendo a criterios preventivo-especiales, en función de las necesidades de interrupción de la continuidad delictiva o de sus efectos.

La regulación en este punto es enormemente flexible, y el contenido de la intervención puede ir desde la remoción y sustitución de los administradores hasta la mera supervisión de la implantación de un programa de medidas de prevención y reacción ante el delito.

En la propia sentencia condenatoria o en auto posterior, el juez o tribunal deberá determinar quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar y entregarle los informes de seguimiento.

En todo caso, la duración máxima de esta pena es de cinco años. Sin embargo, la intervención puede ser suspendida o modificada en cualquier momento, previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal si se entiende que ya no es necesaria.

b) Delitos de blanqueo (por los bienes defraudados, desde 2006 y por abortos, desde 2010):

Artículo 302.

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.

Al igual que en el delito anterior, los tribunales podrán imponer a la sociedad las penas a las que nos hemos referido anteriormente.

Cabe destacar que las sanciones previstas para las personas jurídicas tienen todas ellas la naturaleza de graves, lo que incide en su plazo de prescripción, que tendrá lugar a los diez años, conforme a lo previsto en el artículo 133 del Código Penal. Cabe la posibilidad, por tanto, de que estén afectos a términos de prescripción diferentes los delitos de las personas físicas y los de las jurídicas, lo que constituye una opción político criminal perfectamente asumible.

4) AMNISTÍA FISCAL

4.1) ACOGIDA DE LOS RESPONSABLES DE LA DEFRAUDACIÓN

El objeto de este apartado es plantear qué ocurriría si los sujetos activos de los delitos e infracciones tributarias de defraudación a la Hacienda Pública se acogiesen a la llamada “amnistía fiscal”, declaración especial recogida en el 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, que permite a quienes hayan defraudado en el IRPF, Impuesto de Sociedades -lo que nos interesa- o en el Impuesto sobre la Renta de no residentes puedan regularizar su situación pagando el 10% de la cantidad total sin recargos, sanciones o intereses, siempre que no se hubiese iniciado anteriormente el procedimiento por la Inspección de Hacienda.

La Disposición Adicional Primera del Real Decreto-ley establece que los contribuyentes del Impuesto de Sociedades titulares de bienes y derechos que no se correspondan con las rentas declaradas en el citado tributo podrán acogerse a la llamada amnistía fiscal, siempre que hubieran sido titulares de tales bienes o derechos con anterioridad a la finalización del último período impositivo cuyo plazo de declaración hubiera finalizado antes de 31 de marzo de 2012, fecha de entrada en vigor de la citada disposición adicional. La acogida a esta norma con rango de ley supone el cumplimiento por parte del declarante – en nuestro caso, la sociedad SERVICIOS MÉDICOS S.L.- de las siguientes obligaciones fiscales:

- a) Presentar una declaración
- b) Ingresar la cuantía resultante de aplicar al importe o valor de adquisición de los bienes o derechos no correspondientes a las rentas declaradas por el contribuyente; el porcentaje del 10%
- c) Incorporar, junto con la declaración, la información necesaria que permita identificar los citados bienes y derechos

El importe declarado tendrá la consideración de renta declarada.

El plazo de presentación e ingreso de la declaración tributaria especial, tanto de la declaración inicial como, en su caso, de las complementarias que pudieran efectuarse, finalizará el 30 de noviembre de 2012.

La Orden HAP/1182/2012, de 31 de mayo, por la que se desarrolla la disposición adicional primera 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, aprueba el modelo de presentación de la declaración tributaria especial, la forma en que la misma se tiene que presentar y las disposiciones necesarias para su aplicación.

4.2) INCONSTITUCIONALIDAD DE LA AMNISTÍA

Desde el momento de entrada en vigor de esta norma con rango de ley, no han sido pocos quienes la han tachado de injusta. Así, el PSOE presentó el pasado junio su recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley, argumentando que esa regularización fiscal viola por partida doble la Constitución. Por un lado, vulnera el artículo 86 de la CE, que establece que los decretos leyes urgentes no pueden afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos, y, por otro lado, el artículo 31.1 de la CE que estipula que todos los ciudadanos contribuirán con su capacidad económica al sistema tributario.

Antes de este cambio, una persona que quisiera regularizar una renta de un millón de euros obtenida en 2008 y ocultada a la Administración Tributaria, debería pagar 565.315 euros (430.000 euros en concepto de cuota, 86.000 por recargo y 49.315 en concepto de intereses de demora devengados), mientras que con la nueva normativa solo serán 100.000 euros.

Al mismo tiempo, la Audiencia Nacional admitió a trámite a principios de julio el recurso presentado por el PSOE.

Centrándonos ahora en las consecuencias que tendría la estimación por parte del Tribunal Constitucional del recurso presentado por el Partido Socialista, analizaremos los efectos generales de la declaración de inconstitucionalidad de una norma, así como las consecuencias del triunfo del citado recurso en el caso que nos ocupa:

En términos generales, la resolución por la que se declara la inconstitucionalidad de una norma, tiene los siguientes efectos, en virtud de los artículos 38-40 LOTC:

a) Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

b) Las sentencias desestimatorias dictadas en recursos de inconstitucionalidad y en conflictos en defensa de la autonomía local impedirán cualquier planteamiento ulterior de la cuestión por cualquiera de las dos vías, fundado en la misma infracción de idéntico precepto constitucional.

c) Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia.

d) Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de 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.

e) En todo caso, la jurisprudencia de los tribunales de justicia recaída sobre Leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los procesos constitucionales.

Actualmente, la pronunciación del Tribunal Constitucional acerca de la constitucionalidad del Decreto-ley está pendiente. Como es sabido, los procesos judiciales en España son verdaderamente lentos, por lo que la tardanza del Constitucional a la hora de resolver el recurso implicaría que, aunque el tribunal anulara el Decreto, todas las declaraciones presentadas para regularizar bienes ocultos ya estarían prescritas, si transcurren más de cuatro años (en el caso de tratarse de infracciones tributarias) o más de cinco (si se trata de delitos contra la Hacienda pública), a contar desde el próximo 30 de noviembre. En este caso, la nulidad de la norma impugnada no tendría efectos.

Con respecto a las declaraciones no prescritas en el momento en que se declare la inconstitucionalidad del Decreto-ley, desde mi punto de vista, no tendría sentido que la declaración de inconstitucionalidad de la norma llevase a situaciones retroactivas a los contribuyentes que han regularizado su situación tributaria durante la vigencia de la amnistía. Las razones de mi argumentación son las siguientes:

- Infracciones tributarias:

Partimos de que el procedimiento tributario es un procedimiento administrativo. Como tal, ha de regirse por los principios del Derecho Administrativo, recogidos en el artículo 103.1 del texto Constitucional: *La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con*

sometimiento pleno a la ley y al Derecho. La idea de objetividad, compaginada con las de eficacia y de sometimiento a la ley, conducen al principio de seguridad jurídica, recogido en el artículo 9.3 de la Constitución Española.

Definimos la seguridad jurídica como la “suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad...”,¹⁰ pero “no ampara la necesidad de preservar indefinidamente el régimen jurídico que se establece en un momento histórico dado en relación con derechos o situaciones determinadas, pues ello conduciría a la petrificación del ordenamiento.”¹¹

Además, nos encontramos ante un procedimiento administrativo-sancionador, por lo que rige el principio de no retroactividad de disposiciones desfavorables.

Con arreglo a lo expuesto, deduzco que, pese a que el principio de seguridad jurídica no impide que una norma jurídica pueda expulsarse del ordenamiento como causa, en nuestro caso, de su incompatibilidad con la *Lex Suprema*, garantiza que el sujeto que se acoge a una norma, tenga la certeza de que la misma será la que se le aplique, sin que su nulidad le lleve a situaciones retroactivas desfavorables.

- Delitos contra la Hacienda Pública:

Del mismo modo que en el procedimiento administrativo-sancionador rige el principio de irretroactividad de disposiciones desfavorables, también se aplica en el ámbito penal.

También de la base del principio de seguridad jurídica, que impide que alguien pueda estar indefinidamente sujeto a persecuciones litigiosas, cuando ya ha sido condenado y cumplido su condena o ya fue absuelto, es menester referirnos de nuevo al principio “ne bis in idem”.

Este principio, que se entiende comprendido en el artículo 25.1 de la Constitución Española: *Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.*, y del que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional entiende que “*está integrado en el derecho a la legalidad penal con el que guarda íntima relación*”,¹² supone la prohibición de castigar dos veces por el mismo delito a una persona.

¹⁰ STC 27/1981.

¹¹ STC 227/1988.

¹² STC 2/1981, STC 221/1997.

En conclusión, la declaración de inconstitucionalidad de la amnistía excluye de responsabilidad penal a los sujetos que, acogiéndose a ella, regularizaron su situación tributaria dentro del plazo convenido.

5) ASPECTOS PROCESALES

En este punto, se analizará la posibilidad de apertura de una investigación judicial en España por los delitos cometidos en el caso analizado.

En primer lugar, debemos analizar qué delitos son llevados a cabo fuera del territorio español y cuál es la situación procesal de los mismos. Así, tanto los abortos ilegales como el blanqueo de capitales cuyo delito subyacente es el de aborto se llevan a cabo en Portugal -esto no causa ninguna confusión en el primer caso, y, en el segundo, cabe recordar que al introducir la reforma del Código Penal de 2010 que el blanqueo se consume con la mera posesión de los bienes ilícitos, este delito se lleva a cabo en Lisboa-.

Para determinar si compete a la jurisdicción española el conocimiento de los citados tipos, debemos acudir a las reglas de extensión de la jurisdicción, en su límite territorial, establecidas por el artículo 23 de la LOPJ:

1. 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 españolas, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en que España sea parte.

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

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

3. Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a. *De traición y contra la paz o la independencia del Estado.*
- b. *Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente.*
- c. *Rebelión y sedición.*
- d. *Falsificación de la Firma o Estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales.*
- e. *Falsificación de moneda española y su expedición.*
- f. *Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado.*
- g. *Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles.*
- h. *Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española.*
- i. *Los relativos al control de cambios.*

Siguiendo las reglas introducidas por este precepto, vemos que no se cumplen los presupuestos para que los delitos de aborto y blanqueo de capitales relacionado con el mismo sean juzgados en España. Por ello, descartamos la posibilidad planteada en el supuesto de hecho de llevar a cabo en España la detención y sometimiento a juicio del responsable de la clínica de Lisboa.

Como consecuencia de la explicación aportada, analizaremos el proceso penal que tendrá por objeto el conocimiento de los delitos contra la Hacienda Pública, el blanqueo del dinero defraudado a la misma y el delito de falsedad documental.

5.1) COMPETENCIA FUNCIONAL

Como ya hemos adelantado al analizar la prescripción de los delitos, en virtud de los artículos 17 y 300 de la L.E.Crim., tanto estos delitos entre sí, como con el de blanqueo cuyo objeto es el dinero defraudado y con la falsedad documental, tienen la consideración de delitos conexos, por lo que serán objeto de un mismo proceso. Para llegar a esta conclusión, nos basamos en la explicación que sigue:

El proceso penal, a través del cual se determinan y, en su caso, se castigan los delitos y faltas, ha de iniciarse ante una acción u omisión dolosa o imprudente penada por la ley.¹³ Como regla general, para la averiguación y enjuiciamiento de cada hecho delictivo, debe abrirse un procedimiento penal independiente: “*Cada delito de que conozca la autoridad judicial será objeto de un sumario*”.¹⁴ De este precepto extraemos dos consecuencias: en primer lugar, los hechos delictivos solo pueden ser juzgados una vez; en segundo lugar, cada hecho debe ser objeto de un procedimiento, con independencia o separación de los demás delitos que haya podido cometer un imputado. La citada regla presenta una importante excepción: “*Los delitos conexos se comprenderán, sin embargo, en un solo proceso*”.¹⁵

El artículo 17 L.E.Crim. regula los elementos de conexidad. Este precepto reza lo siguiente:

¹³ Artículo 10 CP.

¹⁴ Artículo 300 L.E.Crim.

¹⁵ Artículo 30 L.E.Crim.

“Considérense delitos conexos:

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

Tiene lugar la conexión entre distintos procesos cuando existan elementos comunes, bien en relación con los imputados (conexidad subjetiva: artículo 17.1 y 2), bien en relación con los hechos delictivos (conexidad objetiva: artículos 17.3 y 4), o bien en relación con ambos (conexidad mixta: artículo 17.5). En nuestro caso, se dan los tres tipos de conexidad.

Estos puntos de conexión se establecen tanto en aplicación de principios procesales (el de economía, o el de evitar sentencias contradictorias sobre cuestiones idénticas o análogas, rompiendo la continencia de la causa), como en aplicación de las normas materiales (los supuestos de concursos de delitos y los límites de las penas que se hayan de imponer; sin embargo no puede hablarse de delitos conexos en los supuestos de concurso ideal).

El principal efecto derivado de la conexidad es la acumulación de los distintos procesos en un único procedimiento.

Los órganos competentes para la instrucción y enjuiciamiento de los citados tipos, serán los siguientes:

- Competencia para instruir:

El órgano encargado de la instrucción del proceso será el Juzgado de Instrucción de A Coruña, con arreglo al artículo 14.2 L.E.Crim.

- Competencia objetiva:

Si nos encontrásemos con que los tres delitos fuesen independientes, el órgano competente para conocer de la defraudación y la falsedad documental sería el Juzgado de lo Penal, pues la ley señala que las penas privativas de libertad que corresponden con ambos tipos son de duración no superior a cinco años (artículo 14.3 L.E.Crim.). Por otro lado, del conocimiento y decisión del fondo del asunto con respecto al delito de blanqueo de capitales es competente la Audiencia Provincial (artículo 14.4 L.E.Crim.). Al tratarse de delitos conexos, la competencia corresponderá el Juzgado o Tribunal al que corresponda la decisión por la infracción que tenga señalada pena mayor. En nuestro caso, el delito con pena mayor es el blanqueo, por lo que será competente la Audiencia Provincial de A Coruña.

5.2) MEDIDAS CAUTELARES

El legislador ha previsto en el artículo 33.7 in fine CP que, durante la instrucción de la causa, el juez instructor puede adoptar las siguientes medidas cautelares contra la persona jurídica imputada:

- La clausura temporal de los locales o establecimientos
- La suspensión de las actividades sociales
- La intervención judicial

Dado el carácter de tales medidas, la finalidad de tal adopción no está en el aseguramiento de las futuras responsabilidades en que pueda incurrir la persona jurídica, sino en impedir que durante la sustanciación del procedimiento se puedan seguir cometiendo hechos ilícitos.

Por lo demás, como cualquier medida cautelar a adoptar en un procedimiento penal, para su adopción deberán cumplirse los requisitos establecidos en la legislación y la jurisprudencia, esto es, deben concurrir *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho y *periculum in mora*, o peligro o riesgo por el paso del tiempo. En nuestro supuesto, vemos que se cumplen ambos requisitos, el primero, porque los hechos investigados tienen la apariencia de delitos, como ya se ha analizado, y existe la probabilidad suficiente de que el imputado, -la persona jurídica- haya participado en su comisión; el segundo requisito necesario para la adopción de una medida cautelar también se cumple, ya que existe un peligro de un daño jurídico derivado del retraso de la resolución definitiva, es decir, la medida cautelar encuentra su justificación en la “mora” en que incurre el órgano judicial al dictar su resolución definitiva.

La Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, ha introducido un nuevo artículo 544, en cuyo apartado 2 se dispone expresamente que tales medidas se acordarán previa petición de parte y celebración de vista, a la que se citará a todas las partes personadas. El auto que decida sobre la medida cautelar será recurrible en apelación.

5.3) MEDIDAS RESTRICTIVAS DERECHOS FUNDAMENTALES

5.3.1) INTERVENCIÓN EN LAS COMUNICACIONES DE LA SOCIEDAD

Para analizar la posibilidad de intervenir las comunicaciones de la sociedad SERVICIOS MÉDICOS, S.L., se nos plantea la duda de si es posible acceder a las comunicaciones de las personas jurídicas.

Hemos de partir de que para que la intervención en las comunicaciones, se trate de postales, telegráficas o telefónicas no vulnere el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones garantizado por el artículo 18.3 CE, ésta ha de llevarse a cabo en situaciones de urgencia, con resolución judicial motivada que la autorice, respetando el

principio de proporcionalidad y en el marco de un proceso penal existente –requisitos que ha ido estableciendo la jurisprudencia-.

El criterio que nos lleva a resolver si las comunicaciones de las personas jurídicas pueden ser intervenidas descansa en su reconocimiento, al igual que las personas físicas como titulares de este derecho.

Es cierto que en nuestra Constitución no existe ningún precepto similar al del art. 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn, según el cual: “*Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en tanto en cuanto por su naturaleza sean aplicables a las mismas*”, por lo que ha sido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la que ha ido delimitando qué derechos fundamentales podían ser reconocidos a las personas jurídicas. Así, la STC 64/1988, de 12 de abril estableció: “la titularidad de 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”. Por tanto, partiendo de la referida doctrina jurisprudencial podemos afirmar que las personas jurídicas de derecho privado únicamente tienen reconocidos aquellos derechos que por su naturaleza pueden serle atribuidos. En consecuencia, procede analizar si la naturaleza del derecho al secreto de las comunicaciones permite que sea ejercitado por personas jurídicas.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sostenido de forma pacífica y unánime que la investigación podrá incidir tanto respecto de personas físicas como jurídicas.¹⁶

Con arreglo a lo explicado, las comunicaciones de la sociedad de nuestro caso podrían ser intervenidas, siempre y cuando se cumplan los requisitos necesarios para que dicha intervención no determine la vulneración del derecho del 18.3 CE.

5.3.2) REGISTRO DE LAS SEDES DE LA SOCIEDAD

La entrada en las sedes de la sociedad SERVICIOS MÉDICOS, S.L. por la autoridad pertinente, así como el registro de la misma constituye una medida de investigación que restringe el derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio, recogido en el artículo 18.2 CE y en el artículo 545 de la L.E.Crim.

Al igual que en el caso de intervención en las comunicaciones de la sociedad, el registro, como restricción de un derecho fundamental, debe respetar el principio de proporcionalidad y realizarse solo en los casos de gravedad o trascendencia social del hecho a investigar, valorando las molestias o invasiones que puedan producirse en el derecho fundamental. Además, para la práctica de la diligencia de entrada y registro es necesario el consentimiento del representante legal de la persona jurídica libremente

¹⁶ Entre otras, STS, 2ª, de 31 de octubre de 1994.

prestado¹⁷ o, en su defecto, una resolución judicial fundada en la que el juez exprese concretamente el edificio o lugar cerrado en que vaya a practicarse, la fecha y el funcionario que lo realizará.

Nuestro objetivo en este punto es determinar si es posible vulnerar el citado derecho fundamental a una persona jurídica, lo que una vez más se responde determinando si las personas jurídicas son titulares del derecho reconocido por el 18.2.

Nuestro interrogante es respondido por el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 137/1985, de 17 de octubre, en la que se extiende el derecho constitucional de inviolabilidad del domicilio a las personas jurídicas, al señalar que “ausente de nuestro ordenamiento constitucional un precepto similar al que integra el art. 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn, según el cual los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales, en la medida en que, por su naturaleza, les resulten aplicables, lo que ha permitido que la jurisprudencia aplicativa de tal norma entienda que el derecho a la inviolabilidad del domicilio conviene también a las Entidades mercantiles, parece claro que nuestro Texto Constitucional, al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente en cuanto a las personas jurídicas, del mismo modo que este Tribunal ha tenido ya ocasión de pronunciarse respecto de otros derechos fundamentales, como pueden ser los fijados en el art. 24 de la misma C. E., sobre prestación de tutela judicial efectiva, tanto a personas físicas como a jurídicas.”

La jurisprudencia parece unánime al considerar como domicilio de las personas jurídicas “los espacios que requieren de reserva y no intromisión de terceros en razón a la actividad que en los mismos se lleva a cabo, esto es, los lugares utilizados por representantes de la persona jurídica para desarrollar sus actividades internas, bien porque en ellos se ejerza la habitual dirección y administración de la sociedad, bien porque sirvan de custodia de documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento, y todo ello con independencia de que sea el domicilio fiscal, la sede principal o la sede secundaria, exigiéndose en estos casos la autorización judicial o el consentimiento del interesado”¹⁸.

Sin embargo, continúa el Tribunal en la misma resolución, no son objeto de protección: “los establecimientos abiertos al público o en que se lleve a cabo una actividad laboral o comercial por cuenta de la sociedad mercantil que no está vinculada con la dirección de la sociedad ni sirve a la custodia de su documentación. Tampoco, las oficinas donde únicamente se exhiben productos comerciales o los almacenes, tiendas, depósitos o similares.”

Un problema que se nos plantea con respecto al registro de las sedes de la sociedad SERVICIOS MÉDICOS, S.L. es que una de ellas se encuentra en Lisboa. La Ley Orgánica del Poder Judicial trata de resolver estos casos en que se duda si los jueces españoles podrán realizar diligencias de instrucción penal en lugares no comprendidos en el territorio de su jurisdicción.

¹⁷ STS de 13 de diciembre de 2002.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2010.

Los artículos 273 y siguientes de esta Ley regulan, de modo general, la llamada cooperación jurisdiccional, cuyo contenido se resume en el precepto del 273, que establece que *“Los jueces y tribunales cooperarán y se auxiliarán entre sí en el ejercicio de la función jurisdiccional.”*

Además, el Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, firmado en Bruselas el 29 de mayo de 2000, dispone que para llevar a cabo actos de instrucción fuera del territorio nacional y en un Estado Miembro de la Unión Europea, como es el caso del registro por parte de las autoridades judiciales españolas de las sedes de sociedad sitas en Lisboa (Portugal), se requiere la transmisión de una comisión rogatoria del Estado requirente –España- al requerido–Potugal- y viceversa, una vez cumplimentada la misma.

Podemos definir las comisiones rogatorias como “comunicaciones oficiales que un juez o tribunal dirige a una autoridad judicial extranjera, para que ésta ejecute un acto de instrucción o practique otra diligencia”.

De acuerdo con el artículo 3.1 del Convenio de 1959, cuyas disposiciones tratan de completar y facilitar la aplicación del anteriormente citado Convenio del año 2000, las comisiones rogatorias se ejecutarán conforme a la legislación del Estado requerido, pudiendo la parte requirente solicitar expresamente que la declaración de peritos o testigos se haga bajo juramento cuando a ello no se oponga la legislación del Estado requerido, o estar presente en su ejecución, siempre que medie el consentimiento de la parte requerida.

En cuanto a la validez de las diligencias practicadas en Lisboa, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en la STS de 5 de mayo de 2003, entre otras, estableciendo que “no cabe efectuar controles sobre el valor de los realizados ante las autoridades judiciales de los diversos países de la Unión, ni menos de su adecuación a la legislación española cuando aquéllos se hayan efectuado en el marco de una Comisión rogatoria y por tanto de acuerdo con el artículo 3 del Convenio Europeo de 1959...”

Con respecto a la posibilidad de la intervención de las autoridades españolas en la ejecución de la comisión rogatoria, la Recomendación núm. R (80), adoptada por el Comité de ministros del Consejo de Europa el 27 de junio de 1980 señaló que la autoridad competente del Estado requerido debería hacer amplio uso de la facultad de permitir a las autoridades del Estado requirente que colaboren en la mayor medida posible.

En cuanto a la forma de transmisión de las Comisiones rogatorias, el cauce normal de remisión será, de acuerdo con el artículo 15 del Convenio, por vía de los Ministerios de Justicia de los Estados implicados, sin perjuicio de la transmisión directa entre autoridades judiciales que se permite en caso de urgencia. Esta transmisión directa cuenta con dos limitaciones: por un lado, solo será posible de ida pero no de vuelta, que deberá seguir el cauce de los Ministerios de Justicia y por otro lado, España ha formulado una declaración en virtud de la cual, cuando se curse una comisión rogatoria directamente entre autoridades judiciales, se deberá remitir al mismo tiempo una copia al Ministerio de Justicia.

5.4) POSIBILIDAD DE REGISTRO DE LOS MOVIMIENTOS DE LA CUENTA ABIERTA EN GIBRALTAR

En un primer momento, podríamos resolver que el registro de los movimientos de la cuenta abierta en Gibraltar por parte de las autoridades judiciales españolas podría llevarse a cabo mediante la transmisión de una comisión rogatoria, como hemos explicado en el caso anterior.

Sin embargo, la normativa comunitaria se pronuncia expresamente sobre la posibilidad de registro de las cuentas abiertas en Estados comunitarios.

Así, diecinueve Estados miembros de la Unión Europea, entre los que se encuentran España y Reino Unido, convencidos de la necesidad de adoptar medidas adicionales en el ámbito de la asistencia judicial en materia penal con objeto de combatir la delincuencia organizada, el blanqueo de capitales y la delincuencia financiera, han firmado en 2001 el Protocolo del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea. Dicho Convenio de Asistencia Judicial tiene una importancia capital para poder realizar solicitudes de información sobre cuentas bancarias, sobre información y solicitudes de control de transacciones bancarias o sobre solicitudes complementarias de asistencia judicial en los Estados extranjeros firmantes, cuando se haya abierto un proceso penal que requiera la intervención fuera de las fronteras del Estado.

El problema que se nos plantea en nuestro caso es que la aplicación de dicho Convenio a Gibraltar solo surtirá efecto en el momento de la ampliación a dicho territorio del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal, de 29 de mayo de 2000, pues actualmente, no es factible la aplicación de esta norma comunitaria a Gibraltar.

Por ese motivo, y en un momento donde el proceso de unión fiscal y bancaria es una necesidad de la UE, parece razonable que, al menos, España reclame al Reino Unido que extienda el ámbito de aplicación territorial del Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal a Gibraltar.

En conclusión, las autoridades españolas no podrán, a día de hoy, registrar los movimientos de la cuenta abierta en Gibraltar por la sociedad SERVICIOS MÉDICOS, S.L.

5.5) REPRESENTACIÓN PROCESAL DE LA SOCIEDAD

Con arreglo a los artículos 209 y 210 de la Ley de Sociedades de Capital, los administradores son los encargados de la representación de la sociedad. Si la administración se compone de un administrador único, como sucede en nuestro caso, en el que la administradora única es Ana López, será éste quien represente a la sociedad.

El problema que se plantea en nuestro caso es que tanto la persona jurídica como la administradora están en el proceso penal en calidad de imputadas, por lo que será preciso determinar en qué medida pueden ser destinatarias de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución y en los correspondientes textos normativos supranacionales garantizadores de la tutela judicial efectiva.

Existe en la actualidad un borrador de texto articulado que se quiere incorporar al Proyecto de ley de medidas de agilización procesal, en el que se prevé la reforma de algunos artículos de la L.E.Crim. y la LOPJ relativos a la imputación penal de las personas jurídicas. Sin embargo, dicho texto en su redacción primera no prevé soluciones al problema que se nos plantea en nuestro supuesto de hecho -cómo debe realizarse el acceso al proceso de la persona jurídica en su condición de imputada- y su contenido último resulta en este momento una incógnita.

Este tema es tratado por la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley orgánica número 5/2010, que establece que “en caso de ser simultánea o sucesivamente imputados en el mismo procedimiento tanto el legal representante de la persona jurídica a título individual, como la propia corporación, esta última puede designar un nuevo representante legal en el procedimiento si lo considera necesario para el ejercicio de su defensa”. La Fiscalía General del Estado añade en esta Circular que esta representación no excluye la que con carácter general ostentarán tanto el legal representante como la persona jurídica por el procurador, así como la defensa del abogado, pudiendo en estos casos compartir letrado y procurador ambos sujetos, sin perjuicio de que “en caso de apreciarse la existencia de un conflicto de intereses, los Señores Fiscales deberán hacer notar dicha circunstancia al Juez, quien de considerando oportuno, apercibirá al letrado acerca de dicho conflicto, y en su caso, adoptará las medidas oportunas para designar un procurador y una dirección letrada diferentes para cada uno de los imputados”.

En conclusión, la representación originaria de la sociedad por parte de su administradora, Ana López, puede llevarse a cabo por una tercera persona designada por la sociedad SERVICIOS MÉDICOS, S.L., siempre que ésta lo considere necesario. Además, tanto la administradora como la persona jurídica estarán representadas en el proceso por su abogado y procurador, pudiendo ser los mismos para ambas, siempre que no se aprecie la existencia de un conflicto de intereses.

5.6) ¿CÓMO AFECTARÍA UNA CONDENAS DE LA SOCIEDAD A LOS SOCIOS Y VICEVERSA?

Para la resolución de esta cuestión, me remito a lo anteriormente explicado sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, que solo puede tener lugar en los casos del 31.bis CP, de manera que en el caso de una condena a los socios, su responsabilidad

solo será transferida a la persona jurídica si se trata de sujetos sometidos a la autoridad de administradores, que hayan “podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso”.

6) IMPUGNACIÓN DE ACUERDO SOCIAL

En el supuesto de hecho objeto de análisis se plantea la posibilidad de que el socio Don Juan Pérez impugne judicialmente alguno de los acuerdos sociales donde se decidió abrir la cuenta en Gibraltar.

Nos encontraríamos ante un acuerdo en Junta general extraordinaria, impugnabile por ser contrario al orden público. Este socio puede interponer la acción de impugnación en cualquier momento, pues el artículo 205 de la Ley de Sociedades de Capital establece que la impugnación de acuerdos sociales contrarios al orden público no está sometida a plazo de caducidad alguno:

Artículo 205. Caducidad de la acción de impugnación.

1. La acción de impugnación de los acuerdos nulos caducará en el plazo de un año. Quedan exceptuados de esta regla los acuerdos que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público.

El Tribunal supremo ha venido a señalar que el concepto de orden público es de los denominados indeterminados. 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".

Este concepto ha sido interpretado constantemente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, la evolución doctrinal parte de 1966¹⁹ en una sentencia que recoge la más moderna de 2002²⁰ y que se refiere también a otra de 18 de mayo de 2000, para conceptuar el “orden público en el área de los acuerdos sociales” como “constituido por los principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en el pueblo y en una época determinada”.

De acuerdo con todo lo expuesto, identificamos el acuerdo en Junta extraordinaria por el que se decide abrir una cuenta bancaria en Gibraltar, con la clara función de depositar el dinero “negro” obtenido tanto de la defraudación a la Hacienda Pública como de los abortos, como contrario al orden público, pues es claramente discordante con los principios económicos, en concreto la igualdad y transparencia tributarias.

¹⁹ SSTs de 5 de abril de 1966 y 31 de diciembre de 1979.

²⁰ La STS de 5 de febrero de 2002.

Del citado artículo 205 LSC se extrae que estos acuerdos son nulos, por lo que Don Juan Pérez está legitimado para impugnarlos, dirigiendo su acción contra la sociedad SERVICIOS MÉDICOS, S.L.:

Artículo 206. *Legitimación para impugnar.*

1. *Para la impugnación de los acuerdos nulos están legitimados todos los socios, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo.*
2. *Para la impugnación de acuerdos anulables están legitimados los socios asistentes a la junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes y los que hubiesen sido ilegítimamente privados del voto, así como los administradores.*
3. *Las acciones de impugnación deberán dirigirse contra la sociedad.*

El procedimiento de impugnación, así como la sentencia estimatoria de la misma, aparecen regulados en los artículos 207 y 208 de la misma Ley:

Artículo 207. *Procedimiento de impugnación.*

1. *Para la impugnación de los acuerdos sociales, se seguirán los trámites del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.*
2. *En el caso de que fuera posible eliminar la causa de impugnación, el juez, a solicitud de la sociedad demandada, otorgará un plazo razonable para que aquella pueda ser subsanada.*

Artículo 208. *Sentencia estimatoria de la impugnación.*

1. *La sentencia firme que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil. El Boletín Oficial del Registro Mercantil publicará un extracto.*
2. *En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, la sentencia determinará además la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella.*

Cabe señalar que la impugnación de este acuerdo no afectaría a la responsabilidad penal de los socios.

III) BIBLIOGRAFÍA Y PÁGINAS WEB CONSULTADAS

ALEJANDRE GARCÍA, J. A. (2012), *Falsedad documental y falsedad testimonial: estudio histórico-jurídico de dos tipos delictivos*, Dykison.

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

BACIGALUPO ZAPATER, E., (2012), *Monografías sobre el concurso de delito fiscal y blanqueo de dinero*. Civitas.

BADÁS CEREZO, J., (2012), *Prevención del fraude y amnistía fiscal*, Lex nova.

BLANCO CORDERO, I., (2012), *La amnistía fiscal*, Tirant lo Blanch.

GIMENO SENDRA, V. (2007), *Introducción al Derecho Procesal*, Colex.

GÓMEZ TOMILLO, M. (2010), *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*. Lex Nova.

MALLADA FERNÁNDEZ, C. (2012), *Blanqueo de capitales y evasión fiscal*, Lex Nova.

MOYA JIMÉNEZ, A., (2009), *Disolución, liquidación y transformación de sociedades de capital*. Bosch.

MUÑOZ BAÑOS, C., (1999), *Infracciones tributarias y delitos contra la Hacienda Pública*, Editoriales de Derecho Reunidas.

NEILA NEILA, J.M., (2012), *La responsabilidad penal ante delitos cometidos por administradores sociales y personas jurídicas..* Bosch.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J., FERREIRO BAAMONDE, X.X., PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., SEOANE SPIEGELBERG, J.L., (2009), *Derecho Procesal Penal* Civitas.

VEGA SÁNCHEZ, M. V., (2010), *Prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo*, Editorial Universitaria Ramón Areces.

www.amnistiafiscal.es

www.cpbctesoro.es

www.diariojuridico.com

www.encyclopedia-juridica.biz14.com

www.finanzas.com

www.noticias.juridicas.com

www.sepblac.es

www.vlex.es

www.westlaw.es