

litigación y arbitraje

9-2012
Diciembre, 2012

LEY ORGÁNICA 7/2012, DE 27 DE DICIEMBRE POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL, EN MATERIA DE TRANSPARENCIA Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE FISCAL Y EN LA SEGURIDAD SOCIAL

En el presente documento de Novedades se recogen los aspectos más relevantes de la **Ley Orgánica 7/2012 de 27 de diciembre por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social** publicada en el BOE el día 27 de diciembre

La citada Ley Orgánica se corresponde en gran medida con el Proyecto de Ley Orgánica del que trae causa y que fue adoptado por el Consejo de Ministros el pasado 27 de julio de 2012. En ese sentido, la única diferencia sustantiva entre el texto finalmente adoptado y el Proyecto es la supresión de la exención de responsabilidad penal de la que gozaban sindicatos y partidos políticos, según lo establecido en el **apartado 5 del artículo 31 bis del Código Penal**, pudiendo ser éstos responsables por las actuaciones ilícitas desarrolladas por su cuenta y en su beneficio.

Así la reforma pivota sobre aquellos sectores en los que existe una mayor percepción del fraude: delitos contra la Hacienda Pública, contra la Seguridad Social, contra los derechos de los trabajadores y cuentas públicas. Para ello, en lo que a las conductas defraudatorias se refiere, el texto se proyecta en tres direcciones fundamentales: **(i)** el tratamiento agravado de ciertas conductas que se entienden merecedoras de un mayor reproche penal (lo que implica que en determinados supuestos la pena máxima de prisión se incremente y, consiguientemente, el plazo de prescripción asciende de los cinco a los diez años); **(ii)** la introducción de incentivos para regularizar las conductas de los presuntos defraudadores; y **(iii)** la dinamización del procedimiento (bien sea para perseguir tramas organizadas o para permitir el cobro de la deuda defraudada antes de que finalice el procedimiento penal).

La reforma incluye la modificación de los **artículos 31 bis, 305, 306, 307, 308, 310 bis, 311, 398, 627 y 628 del Código Penal**, la introducción de cuatro nuevos preceptos (**305 bis, 307 bis, 307 ter y 433 bis**) y la derogación del **artículo 309 del Código Penal** (que quedaría integrado junto con la nueva redacción que se propone del artículo **306**).

Finalmente señalar que en su **Disposición adicional única**, y haciendo referencia a los efectos de la declaración tributaria especial prevista en el Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, dispone que se entenderán declaradas dentro del plazo establecido en la normativa de cada tributo respecto de cada período impositivo en el que deban imputarse, las rentas inicialmente no declaradas regularizadas a través de la declaración tributaria especial prevista en la disposición adicional primera del citado Real Decreto-ley, por el que se introducían diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público.

1. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

En primer lugar se modifica la redacción del **artículo 31 bis** del Código Penal que regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas suprimiendo la referencia que en dicho precepto se hacía a los partidos políticos y sindicatos. Así, a partir de ahora, estos dos actores de la vida política podrán ser responsables por las conductas ilícitas desarrolladas por su cuenta y en su beneficio, por sus representantes legales y administradores, o por los sometidos a la autoridad de los anteriores cuando no haya existido un control adecuado sobre los mismos.

2. ILÍCITOS PENALES CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA

Respecto del delito fiscal (**artículo 305 del Código Penal**) la conducta delictiva pasa a estar definida por dos elementos. Con la regulación anterior, bastaba con la defraudación a la Hacienda Pública en una cantidad que supere los 120.000 euros. Con la nueva redacción, como segundo elemento ha de concurrir la ausencia de regularización de la situación del presunto defraudador –que antes se configuraba como una excusa absolutoria–. Ello implica que para cometer un delito fiscal no bastará con haber defraudado por encima de la cuantía expresada sino que será necesario no haber regularizado la situación ante el fisco.

Respecto de la regla de determinación de la cuota defraudada (para saber si ésta alcanza o no los 120.000 euros), se mantiene la referencia a lo defraudado en cada periodo impositivo o de declaración (y si éstos fueran inferiores a doce meses, al año natural). La principal novedad radica en el establecimiento de una barrera penal anticipada para el caso de que se trate de “*organizaciones o grupos criminales*” o personas o entidades que actúen “*bajo la apariencia de una actividad económica real sin desarrollarla de forma efectiva*”. En estos dos supuestos, el delito pasa a ser perseguible desde el mismo momento en que se alcancen, por mera suma aritmética, los 120.000 euros.

En cuanto al fraude fiscal en relación con la Hacienda de la Unión Europea, se requiere que la defraudación supere los 50.000 euros en un año natural. Se establece también una excepción cuando se trate de “*organizaciones o grupos criminales*” o personas o entidades que actúen “*bajo la apariencia de una actividad económica real sin desarrollarla de forma efectiva*”. En estos dos casos, será perseguible el delito desde el mismo momento en que se alcance la cantidad de los 50.000 euros por simple cálculo aritmético.

La nueva redacción del **apartado cuarto del artículo 305**, antes dedicado a la excusa absolutoria, pretende determinar qué ha de entenderse expresamente por “*tener regularizada la situación tributaria*”. Regularizar no solo implicaría el reconocimiento de la deuda tributaria (cuota tributaria, incluyendo intereses o recargos) sino también el pago de ésta. Tanto el reconocimiento como el pago deberán efectuarse antes de que se hubiera notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación y antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de una administración territorial interpusiera querrela o denuncia, o antes de que la Fiscalía o el Juez de Instrucción realice actuaciones que permitan tener conocimiento del inicio de diligencias.

En ese sentido, los efectos de la regularización podrán darse aun transcurrido el plazo de los cuatro años de que dispone la administración para determinar la deuda tributaria. Dicha regulación está prevista como mecanismo armonizador del texto del Código Penal con la literalidad de la **nueva redacción del artículo 180. 2 de la Ley General Tributaria** dada por el **Real Decreto Ley 12/2012, de 30 de marzo**.

Para permitir el cobro de la deuda tributaria impagada antes de que finalice el procedimiento penal –evitando así la paralización del procedimiento administrativo–, se introduce un nuevo apartado al **artículo 305 (el quinto)** que permite a la Administración tributaria liquidar separadamente dos tipos de conceptos y cuantías tributarias según su vinculación al presunto ilícito penal:

- Por una parte los conceptos y cuantías que entienda que no se encuentran vinculados con el posible delito (se seguirá la tramitación ordinaria y se sujetará al régimen de recursos propios de toda liquidación tributaria); y
- Por otra, los que se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública (continuándose la tramitación que al efecto establezca la normativa tributaria).

La existencia de un procedimiento penal por delito contra la Hacienda Pública no paralizará, insistimos, la acción de cobro de la deuda tributaria estableciéndose la liquidación definitiva a lo que finalmente se decida en el procedimiento penal. De hecho, por parte de la administración tributaria se podrán iniciar las actuaciones para la obtención del cobro; salvo que el juez acuerde la suspensión de las actuaciones de ejecución, siempre previa prestación de garantía (a salvo de que dicho afianzamiento sea dispensado excepcionalmente por el juez).

Dentro de las medidas que se introducen como incentivo para regularizar las conductas de los presuntos defraudadores, se incorpora otro nuevo apartado en el **artículo 305 (el sexto)** que permite apreciar una atenuación de la pena siempre que, tras recibir la citación para declarar como imputado, se satisfaga todo el perjuicio causado antes de dos meses o se hubiese colaborado activamente con las autoridades o sus agentes (bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o bien para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos).

Se mantiene la redacción dada a la extensión del efecto regularizador a las irregularidades contables o falsedades instrumentales que se hubieran cometido exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, así como la posibilidad de recabar el auxilio de los servicios de la administración tributaria para ejecutar la pena de multa y la responsabilidad civil *ex delicto*. Nos referimos a los actuales apartados **cuarto *in fine*** y **quinto**.

Por otro lado, se introduce un tipo agravado con la creación del nuevo **artículo 305 bis**. Así, se castiga a los defraudadores con la pena de prisión de 2 a 6 años, multa del doble al séxtuplo de la cuota defraudada y con la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el periodo de cuatro a ocho años cuando: **(i)** la cuantía defraudada excediera de 600.000 euros; **(ii)** cuando la defraudación se produjese en el seno de una organización o grupo criminal que se dedicase a la realización de esas actividades; o **(iii)** cuando se interpusieran personas o entes sin personalidad jurídica, negocios o instrumentos

fiduciarios o se tratase de territorios que oculten o dificulten la determinación o de la identidad del obligado tributario o del responsable del delito, o la determinación de la cuantía defraudada o del patrimonio del obligado tributario o responsable del delito. Con motivo de la agravación de la pena estos tipos agravados pasarían a tener un plazo de prescripción no ya de 5 años sino de 10.

Con dicho precepto se pretende aplicar a estos supuestos agravados el régimen general del tipo básico (la regulación establecida en el **artículo 305 del Código Penal**) a salvo de lo establecido respecto de la previsión de la atenuación de la pena de su **apartado sexto** (que solo resultaría aplicable al tipo agravado por razón de la cuantía defraudada).

En relación con las *Faltas contra el patrimonio*, relativas a fraudes efectuados a la Hacienda de la Unión Europea, se modifican los **artículos 627 y 628 del Código Penal** a los solos efectos de sustituir la referencia de “*Comunidad Europea*” por la de “*Unión Europea*”.

3. FRAUDE A LOS PRESUPUESTOS DE LA UNIÓN EUROPEA

La nueva redacción del Código Penal se limita a refundir los anteriores **artículos 306 y 309 del Código Penal**, relativos al fraude de los presupuestos generales de la Unión Europea u otros presupuestos que ésta administre.

4. DELITO CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL

Al **artículo 307 del Código Penal** en el que se tipifica el fraude a la Seguridad Social se le da una nueva redacción, estableciéndose como elementos del tipo: **(i)** la cuantía, que se reduciría a 50.000 euros desde los 120.000 euros de límite establecido en la actualidad; y **(ii)** la ausencia de regularización de la situación. Habida cuenta de la polémica existente en aquellos casos en los que las empresas o sociedades que pretenden eludir sus obligaciones para con la Tesorería General de la Seguridad Social proceden a dar de alta a todos sus trabajadores dejando impagadas las cuotas correspondientes consiguiendo, a través de un mecanismo de sucesión de empresas, burlar la actuación de sus Unidades de recaudación ejecutiva, se aclara asimismo que la mera presentación de los documentos de cotización no impedirá la consideración del impago como fraudulento.

Para la determinación de la cuantía de esos 50.000 euros se aprueba estar al importe total defraudado y no prescrito, lo que supone romper con el paralelismo con los delitos contra la Hacienda Pública. Así, para los delitos contra la Seguridad Social basta con que la suma aritmética de todas las cuotas ascienda a 50.000 euros en los 5 años anteriores al momento de la presentación de la denuncia (o en los 10 años en el caso de la modalidad agravada), sin necesidad de aplicar ningún otro criterio.

Como sucede con la regulación del delito fiscal, la nueva redacción aprobada: **(i)** define qué ha de entenderse por regularizar la situación ante la Seguridad Social; **(ii)** prevé que los efectos de la regularización puedan desplegarse aunque ya haya prescrito el derecho de la administración a su determinación en vía administrativa; **(iii)** extiende el efecto de la regularización a las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales; y **(iv)** incluye la posibilidad de atenuar la pena cuando en dos meses desde la citación en calidad de imputado se satisfaga todo el perjuicio económico causado o se colaborase

activamente con las autoridades o sus agentes bien para obtener pruebas decisiva para la identificación o captura de otros responsables, bien para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos.

Al igual que ocurre con la nueva regulación del delito contra la Hacienda Pública, se insiste en que no se paralizará el procedimiento administrativo para el cobro de la deuda contraída con la Seguridad Social ni se impedirá el inicio por la administración de la Seguridad Social de actuaciones dirigidas al cobro por la existencia de un procedimiento penal salvo que el Juez lo acordase previa prestación de garantía. Excepcionalmente, el Juez podrá acordar la suspensión con dispensa del afianzamiento cuando la garantía no pudiese ser prestada. En todo caso, se resalta una diferencia con el régimen que se proyecta para el delito fiscal, cual es que en el caso de defraudación a la Seguridad Social, no existe una cláusula de cierre con pautas de cómo actuar en caso de discrepancia entre el procedimiento administrativo y el judicial.

La reforma del Código Penal, como complementaria del **Proyecto de Ley de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social**, establece un tipo agravado para conductas que el legislador entiende merecen un mayor grado de reproche penal, a las que se le impone una pena de 2 a 6 años –lo que implica que el plazo de prescripción del delito alcance los 10 años– y multa del doble al séxtuplo de la cuantía así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social de 4 a 8 años: **(i)** cuando la cuantía defraudada o las devoluciones o deducciones indebidas exceda de 120.000 euros; **(ii)** cuando la defraudación se cometa en el seno de una organización o grupo criminal que se dedique a la realización de esas actividades; y **(iii)** cuando la defraudación se cometa concurriendo la utilización de personas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, negocios o instrumentos fiduciarios, o se trate de territorios que oculten o dificulten bien la determinación de la identidad del obligado frente a la Seguridad Social o del responsable del delito, bien la determinación de la cuantía defraudada o del patrimonio del obligado o responsable frente a la Seguridad Social.

Se acuerda que a estos tipos agravados les sea de aplicación el régimen general del tipo básico (la regulación prevista en el **artículo 307**), a salvo de lo establecido respecto de la previsión de la atenuación de la pena de su **apartado quinto** (que solo resultaría aplicable al tipo agravado por razón de la cuantía).

5. NUEVO DELITO DE OBTENCIÓN FRAUDULENTO DE PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Se introduce un nuevo **artículo 307 ter** mediante el que se tipifica el delito de obtención de prestaciones de la Seguridad Social por medio de error provocado mediante la simulación de hechos falsos o mediante la tergiversación u ocultación de hechos verdaderos.

6. FRAUDE DE SUBVENCIONES

La Ley Orgánica 7/2012 modifica el **artículo 308 del Código Penal** con una nueva regulación del delito de fraude en la obtención de subvenciones. La nueva regulación del delito de fraude en la obtención de subvenciones o ayudas de las Administraciones Públicas sigue la misma pauta que se ha adoptado con los tipos de delito fiscal y contra la

seguridad social, constituyendo el tipo básico del delito la concurrencia de dos elementos: **(i)** la obtención de subvenciones o ayudas de las administraciones públicas por un valor superior a 120.000 euros falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido o aplicar en una cantidad superior a esos 120.000 subvenciones o ayudas a fines distintos para los que fueron concedidas; y **(ii)** no llevar a cabo el reintegro en los términos exigidos.

Para la determinación de la cantidad defraudada en el delito de fraude en la obtención de subvenciones se estará al año natural y deberá tratarse de subvenciones o ayudas obtenidas para el fomento de la misma actividad privada subvencionable, aunque procediesen de distintas administraciones o entidades públicas.

Respecto de este delito de fraude en la obtención de subvenciones se establece: **(i)** regular los concretos requisitos exigibles para entender realizado el reintegro; **(ii)** extender el efecto de dicha regularización a las posibles falsedades instrumentales que se pudieran haber cometido en relación con la deuda objeto de regularización; **(iii)** la posibilidad de atenuar la pena cuando se procediera por el presunto responsable o al reintegro en el plazo de dos meses desde que se le hubiera citado como imputado o colaborase activamente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos; **(iv)** disponer la no paralización de la exigencia del reintegro por vía administrativa de las subvenciones o ayudas indebidamente aplicadas por la existencia de un procedimiento penal ni la paralización de la acción de cobro de la administración (salvo la suspensión previa prestación de garantía excepto que exista dispensa de afianzamiento); y **(v)** el ajuste de la cantidad debida en función de lo que finalmente resuelva el proceso penal (esa cláusula de cierre que no se contemplaría en los delitos contra la Seguridad Social).

7. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA POR LOS DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA Y LA SEGURIDAD SOCIAL

La modificación que del **artículo 310 bis del Código Penal** se realiza obedece a la necesidad de armonizar la penalidad impuesta a las personas jurídicas responsables de delitos contra la Hacienda Pública. Así, además de la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social y la posible prohibición para contratar con las administraciones públicas, una tripe distinción, se impone: **(i)** la pena de multa del tanto al doble 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; **(ii)** pena de multa del doble al cuádruple de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida en los supuestos agravados (pena de prisión de más de cinco años); y **(iii)** multa de 6 meses a un año en los supuestos del **artículo 310 del Código Penal (infracciones contables en el ámbito tributario)**.

8. DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

Asimismo se incluye nueva configuración del delito contra los derechos de los trabajadores contemplado en el **artículo 311 del Código Penal** (imposición, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, de condiciones laborales y de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan derechos laborales). El legislador prevé no solo la imposición de penas mucho más graves por entender que este tipo de ilícitos afectan de modo grave a la competencia empresarial, pudiéndose alcanzarse los 6 años de prisión, sino la introducción de una nueva conducta típica: el empleo simultáneo a una pluralidad de trabajadores sin comunicar su alta en el régimen de la Seguridad Social que corresponda o, en su caso, sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo, siempre que el número de trabajadores afectados fuese de al menos: **(i)** el 25% en los centros de trabajo que ocupasen a más de 10 empleados; **(ii)** el 50% en los centros de trabajo que ocupasen a más de 10 trabajadores y no más de cien; o **(iii)** la totalidad de los mismos, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de cinco y no más de diez trabajadores.

9. DELITO DE FALSIFICACIÓN DE CERTIFICADOS

Se modifica la redacción del **artículo 398 del Código Penal** para excluir expresamente de este tipo los certificados relativos a la Seguridad Social y a la Hacienda Pública, que se castigarán entonces conforme a las previsiones generales de los delitos de falsedad documental (**artículos 390 y siguientes del Código Penal**).

10. NUEVA FIGURA DELICTIVA DE “MALA GESTIÓN” DE LOS RECURSOS PÚBLICOS

El legislador, en cuanto complemento de la **Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno**, introduce en los delitos de malversación de caudales públicos un nuevo **artículo 433 bis** con el objeto de erradicar la mala gestión de los recursos públicos a los exclusivos efectos de penar las falsedades en la información que deba reflejar la situación económica de las entidades públicas. Así, se tipifica una conducta que, a salvo la novedad del sujeto activo, ya estaría prevista respecto de los administradores de hecho y de derecho de las sociedades mercantiles en el actual **artículo 290 del Código Penal** (falseamiento de cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad).

El nuevo **artículo 433 bis del Código Penal** pena a la autoridad que a sabiendas y de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, falsease su contabilidad, documentos o información que deba reflejar su situación económica; si el perjuicio económico se llegara a causar, se aplicaría un subtipo agravado. Así, en los supuestos básicos se aplicarán penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público y penas de multa de mayor o menor extensión en función de si se llegare a causar el perjuicio económico a la entidad pública, supuesto en el que se podría imponer además pena de prisión de uno a cuatro años.

11. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN TRIBUTARIA ESPECIAL

La Ley Orgánica incluye una disposición adicional única que no estaba prevista en el Proyecto conforme a la cual se establece que las rentas que no han sido declaradas y que han sido regularizadas a través de la declaración tributaria especial regulada en el Real Decreto Ley 2/2012, de 30 de marzo, se entiende que han sido declaradas dentro del plazo establecido en la normativa de cada tributo respecto de cada periodo impositivo en el que deban imputarse.

12. ENTRADA EN VIGOR

La norma entrará en vigor a los veinte días desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

La presente publicación contiene información de carácter general, sin que constituya opinión profesional ni asesoría jurídica-fiscal.

© Diciembre de 2012. J&A Garrigues, S.L.P., quedan reservados todos los derechos. Se prohíbe la explotación, reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, total y parcial, de esta obra bajo cualquier tipo de modalidad, soporte o formato sin autorización escrita de J&A Garrigues, S.L.P.