

BARCELONA

Diagonal, 640 bis
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (322) 231 12 20

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Tel.: (351) 213 408 600

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC 4R 1QS Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

NUEVA YORK

126 East 56th Street
New York - NY 10022
Tel.: +1 (646) 736 3075

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

NOTA SOBRE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL OPERADA POR LA LEY ORGÁNICA 7/2012, DE 27 DE DICIEMBRE

Área Penal Gómez-Acebo & Pombo

El pasado 28 de diciembre de 2012 el BOE publicó la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, que modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre de 1995, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y seguridad social.

Modificación que entrará en vigor el día 17 de enero de 2013 y que, guiada por la finalidad de combatir el fraude en una situación económica tan delicada como la que nos encontramos, contempla las siguientes novedades:

1. Introducción de responsabilidad penal a partidos políticos y sindicatos.

El legislador ha introducido como una de las principales novedades la responsabilidad penal de los partidos políticos y sindicatos al incluirlos dentro del régimen general de responsabilidad penal de las personas jurídicas del que, hasta la fecha, estaban excluidos. Hecho que había sido objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina, por no encontrar una justificación técnica, y por parte de la ciudadanía en general, por transmitir la sensación de que se pretendía asegurar la impunidad de dichas organizaciones.

Consiguientemente, la reforma suprime la exclusión de los partidos políticos y sindicatos del régimen de atribución de responsabilidad penal a personas jurídicas contemplada en el artículo 31.bis.5 del Código Penal, de manera tal que, a partir del próximo 17 de enero de 2013, tanto los

partidos políticos como los sindicatos podrán ser considerados responsables penales, cuando se den el resto de requisitos y circunstancias establecidos en el mencionado artículo 31 bis del Código Penal. Se sigue manteniendo la exclusión del Estado, las Administraciones Públicas, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, las organizaciones internacionales de derecho público y las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o que presenten servicios de interés económico general.

2. Nueva regulación del delito contra la Hacienda Pública.

La Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, modifica la regulación del delito contra la Hacienda Pública estableciendo nuevas sanciones, cambiando la configuración de la regularización de la situación tributaria e introduciendo una circunstancia atenuante específica, entre otros extremos. Todo ello, movido por la intención del legislador de incrementar el cobro de la deuda tributaria en el contexto de crisis económica en el que nos encontramos.

2.a. Nueva configuración de la regularización tributaria.

El legislador potencia la figura de la completa regularización tributaria, que deja de ser una excusa absoluta, para suponer un "pleno retorno a la legalidad" por parte del infractor

(es decir, parece que se pretende su configuración como un elemento negativo del tipo de injusto).

La regularización exige, (i) que se neutralice el desvalor de la acción cometida, con una declaración completa del infractor que reconoce los hechos y (ii) que se neutralice el desvalor del resultado mediante el pago completo de la deuda tributaria (que incluye recargos e intereses) y no sólo de la cuota tributaria defraudada, como hasta la fecha ha venido sucediendo.

La regularización, además, impedirá que se persiga al obligado tributario por las irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que pudiera haber cometido, exclusivamente en relación a la deuda tributaria.

La reforma también recoge la posibilidad de regularizar la situación tributaria una vez prescrito el derecho de la administración a su determinación en vía administrativa.

2.b. Introducción de una nueva circunstancia atenuante específica.

Igualmente, el artículo 305.6 del Código Penal introduce la posibilidad de alcanzar una *conformidad* ya en fase de instrucción al recoger una circunstancia atenuante específica de la responsabilidad penal rebajando la pena en uno o dos grados para aquéllos que en el plazo de dos meses desde que sean citados para prestar declaración en calidad de imputados procedan a satisfacer la deuda tributaria y a reconocer judicialmente los hechos.

2.c. El procedimiento de recaudación de la Administración no quedará suspendido por el procedimiento penal.

De la misma manera, el legislador establece por primera vez en el artículo 305.5 del Código Penal que la acción de cobro de la deuda tributaria no quedará paralizada por la existencia de un procedimiento penal en curso por la presunta comisión de un delito contra la Hacienda Pública, salvo que el Juzgado Instructor acuerde de oficio o a instancia de parte suspender las actuaciones administrativas previa prestación de garantía.

2.d. Creación de un tipo agravado.

Además, la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, introduce un nuevo tipo agravado en el artículo 305.bis para tipificar las conductas de mayor gravedad o de mayor complejidad, sancionándolas con penas que oscilan de dos a seis años de prisión, incrementando consiguientemente el plazo de prescripción del delito hasta los diez años.

Los comportamientos que este nuevo tipo agravado castiga son los siguientes:

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

defraudada o del patrimonio del obligado tributario o del responsable del delito."

2.e. Unificación de la regulación del delito contra la Hacienda Pública Europea.

La reforma también suprime el apartado 3 del artículo 305 del Código Penal para trasladar definitivamente el comportamiento típico del fraude a la Hacienda Pública Europea al artículo 306 del Código Penal.

Además, el legislador también añade un segundo párrafo al artículo 306 para castigar con penas de prisión de tres meses a un año o multas del tanto al triplo de la citada cuantía y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y el derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales de la seguridad social durante el periodo de 6 meses a dos años a aquellos casos en los que la defraudación a la Hacienda Pública Europea no alcance los 50.000 euros pero supere los 4.000 euros, desapareciendo la tipificación de este comportamiento como falta de los todavía vigentes artículos 627 y 628 del Código Penal.

3. Modificación del delito contra la Seguridad Social.

3.a. Reducción de la cuota defraudada.

A la vista de las cada vez más frecuentes conductas presuntamente delictivas y tramas organizadas que ponen en peligro la sostenibilidad financiera de la Seguridad Social en momentos de especial dificultad económica como los actuales, el legislador ha modificado el artículo 307 del Código Penal para reducir de 120.000 euros a 50.000 euros la cuantía que establece

el tipo delictivo como condición objetiva de punibilidad.

3.b. Creación de un tipo agravado.

Al igual que en los delitos contra la Hacienda Pública, la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre ha introducido un nuevo tipo agravado que impone penas de prisión de dos a seis años y multa del doble al séxtuplo de la cuantía para aquellas conductas especialmente graves que quedan tipificadas en el nuevo artículo 307bis:

- "a) Que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de ciento veinte mil euros.*
- b) Que la defraudación se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal.*
- c) Que la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, negocios o instrumentos fiduciarios o paraísos fiscales o territorios de nula tributación oculte o dificulte la determinación de la identidad del obligado frente a la Seguridad Social o del responsable del delito, la determinación de la cuantía defraudada o del patrimonio del obligado frente a la Seguridad Social o del responsable del delito."*

3.c. Tipificación de nuevo delito de obtención indebida de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social.

Al objeto de combatir nuevas conductas fraudulentas y facilitar la persecución de tramas de fraude contra la Seguridad Social cuyo fin es la obtención de prestaciones del Sistema mediante

la creación de empresas ficticias, el legislador tipifica en artículo 307.ter del Código Penal la obtención para sí o para otro del disfrute de prestaciones del Sistema de Seguridad Social, la prolongación indebida del mismo o su facilitación a otros.

Este nuevo delito prevé un subtipo atenuado (cuando no revista especial gravedad por la cuantía defraudada y los medios utilizados), un subtipo agravado (cuando el valor de las prestaciones supere los 50.000 euros) y recoge una excusa absolutoria (cuando se proceda a la devolución de las prestaciones más intereses).

4. Modificación del delito de fraude de ayudas o subvenciones de las Administraciones Públicas.

La reforma operada por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, ha modificado el artículo 308 del Código Penal que hasta la fecha castigaba la obtención de ayudas o subvenciones de las Administraciones Públicas o de la Seguridad Social para limitar el tipo a la obtención de dichas ayudas procedentes de las Administraciones Públicas que excedan de 120.000 euros, importe que se ha mantenido.

Considerando que algunas interpretaciones jurisprudenciales englobaban dentro del concepto "subvención o ayuda" la prestación de desempleo, sólo en aquéllos casos en los que el fraude operado a través de la obtención del subsidio de desempleo superaba 120.000 euros la conducta resultaba punible, quedando despenalizados el resto de casos.

Por ello, el legislador ha separado la obtención de las prestaciones provenientes de la Seguridad Social tipificando tal

conducta en el artículo 307.ter del Código Penal sin establecer importe de la condición objetiva de punibilidad (agravando únicamente la pena en el caso de exceder el umbral de 50.000 euros), de la obtención de ayudas de las Administraciones Públicas que queda configurada como delito autónomo en el artículo 308 del Código Penal.

5. Ampliación del delito contra los derechos de los trabajadores.

Para mejorar la aplicación del tipo del artículo 311 del Código Penal, delito que castiga la imposición mediante engaño de condiciones laborales que perjudiquen los derechos que tengan reconocidos los trabajadores, y especialmente, para sancionar la desleal competencia de los empresarios y autónomos que producen con unos costes laborales muy inferiores a los que soportan aquéllos que lo hacen cumpliendo con las obligaciones legales en la materia, el legislador ha tipificado en el segundo apartado del artículo 311 del Código Penal la contratación de trabajadores sin haber formalizado su incorporación al Sistema de Seguridad Social que les corresponda, o sin haber obtenido la preceptiva autorización para trabajar en el caso de los extranjeros que lo precisen, siempre y cuando el número total de trabajadores ocupados supongan:

- a) el veinticinco por ciento, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de cien trabajadores,
- b) el cincuenta por ciento, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de diez trabajadores y no más de cien, o
- c) la totalidad de los mismos, en las empresas o centros de trabajo que ocupen

a más de cinco y no más de diez trabajadores.

6. Modificación del delito de expedición de certificados falsos.

El legislador ha modificado el tipo de confección de certificados falsos para excluir los certificados relativos a la Seguridad Social y a la Hacienda Pública y castigar por este delito tan sólo la expedición de aquellos certificados que generen *“escasa trascendencia en el tráfico jurídico”*. Las falsedades cometidas en los referidos certificados relativos a la Seguridad Social y Hacienda, dada la trascendencia que presentan tales documentos, se castigarán como delito de falsedad en documento público del artículo 390 del Código Penal que prevé penas más graves.

7. Creación del delito de falsificación de las cuentas públicas.

A la vista de la coyuntura económica y política actual y pretendiendo dotar de la máxima transparencia al sector público y

garantizar la confianza en la veracidad de la información de las entidades públicas, el legislador ha tipificado por primera vez la conducta del funcionario o autoridad que falsea la contabilidad, documentos o información que deban de reflejar la situación económica, cuando ello pueda causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, creando el artículo 433 bis del Código Penal, que impone una pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 1 a 10 años y multa de 12 a 24 meses.

Igualmente, el nuevo artículo 433.bis.2 del Código Penal castiga la conducta de la autoridad o funcionario público que de forma idónea para causar un perjuicio a la entidad pública de la que dependa, facilite a terceros información mendaz relativa a la situación económica de la misma.

Además, el legislador contempla una agravación de la pena en el caso de que el perjuicio llegara a existir, imponiendo la pena de inhabilitación especial de 3 a 10 años y multa de 12 a 24 meses.