

ALGUNAS CUESTIONES DE DERECHO SANCIONADOR RELACIONADAS CON LAS SOCIEDADES PROFESIONALES Y PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Santiago Nogueira Gandásegui*
Universidade de Santiago de Compostela

Resumen

El presente artículo analiza la relación entre Derecho penal y la Ley 2/2007, de sociedades profesionales

Palabras clave: sociedad profesional, Derecho penal

Abstract

The present contribution analyzes the relationship between Professional Companies Act n. 2/2007 and criminal law

Keywords: professional company, criminal law

I. Cuestiones previas. Infracción penal e infracción administrativa

El primer problema que se nos plantea en el enjuiciamiento de las actividades ilícitas en que puedan incurrir quienes ejercen en el ámbito de una sociedad profesional es, como sucede en muchos otros ámbitos jurídicos en los que interviene el *ius puniendi*, la delimitación entre los ámbitos del Derecho penal y el Derecho administrativo.

La cuestión no solo incide en la interdicción constitucional de sancionar dos veces el mismo hecho, tesis planteada en primer lugar por la doctrina

Recibido: 30/04/08. Aceptado: 22/05/08

* Doctor en Derecho. Abogado. Profesor asociado de Derecho procesal. Departamento de Derecho Público Especial.

científica y mantenida por el Tribunal Constitucional ya desde sus primeras sentencias (STC de 30 de enero de 1981), que consideró el principio *non bis in idem* como algo íntimamente ligado a los principio de legalidad y tipicidad del artículo 25 CE.; así, la Ley 30/1992 ha incorporado en la legislación ordinaria la prohibición de la doble sanción penal y administrativa por un mismo hecho, cuestión que el constituyente no incorporó al texto constitucional, omisión que suplió, según GONZÁLEZ PÉREZ el Tribunal Constitucional en una interpretación voluntarista y que ha mantenido a través de numerosas sentencias¹.

La propia Exposición de motivos de la Ley 30/1992 manifiesta que, en base al artículo 25 CE, existe un tratamiento conjunto de las sanciones administrativas y penales, lo que ha de conllevar un similar sistema de garantías, puesto que no es admisible que la degradación de una conducta delictiva a falta lleve consigo una disminución de las garantías del sujeto activo².

Es obvio que la actuación ilícita del profesional puede ser constitutiva de delitos (p. e. los delitos de deslealtad profesional del artículo 467 o falso testimonios del artículo 461, sobre los que luego volveremos) o de infracción administrativa, por vulneración de las normas deontológicas de la respectiva profesión.

Sin perjuicio de que más adelante hagamos una comparación entre unas y otras conductas, es preciso adoptar una postura inicial respecto de la cuestión que hemos planteado. Si la sanción penal y la sanción administrativa son diferentes por tener distinta naturaleza jurídica o, por el contrario, nos encontramos ante una diferencia meramente cualitativa.

La diferente consideración que se dé a la diferencia entre sanción penal y sanción administrativa determinará la existencia o no de una unidad fundamental en la exigencia de unos requisitos comunes a ambos sistemas sancionadores o, por el contrario, a una diversidad y autonomía de criterios.

¹ GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Comentarios a la Ley de la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento administrativo común*, 2ª ed., Madrid, 1999, p. 2700.

² BENEYTEZ MERINO, L. *Comentario al artículo 34 del Código penal*, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Director) "Código penal comentado", T. I, p. 204.

La polémica es antigua y más que centenaria, pues ya Goldschmidt³ intentó establecer una clara diferencia entre ambos sistemas sancionadores, aunque sin éxito y sin reflejo en la legislación alemana ni en la doctrina.⁴

En España, la polémica parece unánimemente resuelta a favor de la tesis de que la infracción penal y la infracción administrativa son antológicamente iguales, siendo sus diferencias meramente cuantitativas⁵.

Si partimos de esta premisa, será necesario que exista un sistema de garantías paralelo al que se manifiesta en torno a la pena... La citada Ley (30/1992) ha consagrado como principios que han de inspirar la imposición de las sanciones administrativas los de legalidad, tipicidad, irretroactividad y proporcionalidad. La reducción de un ilícito penal a ilícito meramente administrativo no puede significar un aflojamiento o relajación de las garantías que autolimitan la potestad del Estado, cuando se trata de sancionar en el plano administrativo determinadas conductas de los ciudadanos⁶. Ya desde hace bastantes años, la doctrina penalista viene entendiendo que el poder sancionador de la Administración en el Derecho español es inadmisibles y sin parangón en ningún otro país del entorno cultural inmediato⁷. Desde la óptica del Derecho administrativo, GARCÍA DE ENTERRIA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ mantienen que la dualidad de sistemas sancionadores, uno en manos del poder ejecutivo y otros en manos de la Jurisdicción obedece tanto a razones históricas e influencias de otros sistemas jurídicos, como el norteamericano

³ GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsrecht. Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgleisistischer und rechtweigleichender Grundlage*. Berlin, 1902

⁴ MARTÍNEZ PÉREZ, C. *El Delito fiscal*, Madrid, 1982, p.98 y s.

⁵ MARTÍNEZ PÉREZ, loc. Cit. y bibliografía allí citada.: COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, S. *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed. Valencia, 1999, pp. 54 y ss.; también en la doctrina alemana JESCHECK, J. J. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Vol. I, trad. por F. Muñoz Conde y S. Mir Puig., Barcelona, 1981, p. 82, manifiesta: "La estructura del hecho ilícito en la normativa de las infracciones administrativas está estrechamente relacionado con el concepto de la estructura de delito en Derecho Penal".

⁶ SÁNCHEZ-JUNCO MANS, J. Comentario al artículo 35 del Código penal, en CONDE PUMPIDO FERREIRO, (Director) et. Al. *Código penal comentado*. T. I, Barcelona, 2004, p. 204

⁷ BAJO FERNÁNDEZ, M. *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1989, p. 415. Con durísimas palabras califica A. NIETO al derecho administrativo sancionador afirmando que *se ha convertido en una coartada miserable para justificar las conductas más miserables de los poderes públicos*. Cit. por GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, T. II., Madrid, 1999, p. 2427.

o el comunitario, así como la despenalización de determinadas conductas⁸; en el interesante estudio que hacen estos autores de la cuestión, destaca, a nuestro juicio una importante apreciación sobre la Decisión 88-248, de 17 de febrero de 1989 del Consejo de Estado francés, que declara conforme a la teoría de la división de poderes la existencia de éste doble sistema sancionador *en referencia exclusiva a las infracciones de un título administrativo preexistente* –en este caso, se trataba de una potestad sancionadora sobre unas empresas concesionarias de servicios públicos. Lo importante de esta resolución reside, precisamente, en el límite de la potestad sancionadora administrativa que constituye la existencia del vínculo administrativo previo, en este caso la concesión, puesto que, entonces, se trata de que la Administración pueda controlar la adecuación de la actuación del concesionario a la concesión⁹. En todo caso, la posición de estos dos prestigiosos autores frente a la identidad o diferenciación de las sanciones administrativas o jurisdiccionales no es diferente a la que habíamos visto desde la óptica de la doctrina iuspenalista, toda vez que concluyen: *Todos los esfuerzos por dotar a las sanciones administrativas de alguna significación teórica y de una sustancia propia han fracasado. Solo razones de política criminal explican las opciones varias, y a menudo contradictorias, del legislador a favor de una u otra de esas dos vías represivas*.¹⁰. Por su parte, también desde la óptica de la doctrina administrativista, GONZÁPEZ PEREZ, sin negar la posibilidad de un derecho administrativo sancionador, proclama la necesidad de un absoluto respeto de las garantías inherentes al ejercicio de tal potestad, *sumamente grave y temible*, con cita de la STS de 12 de febrero de 1986, que equipara, como consecuencia da la Constitución de 1978, la potestad sancionadora penal y administrativa, *con ligeras diferencias de matiz*, pero que, por su sustancial identidad, exigen un tratamiento unitario en cuanto a la existencia de un común sistema de garantías¹¹

Entonces, entre el derecho sancionador *penal* y derecho sancionador *administrativo* no existe una diferencia ontológica, sino mera mente formal,

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R. *Curso de Derecho administrativo*, II, 5ª Ed. Madrid, 1998, pp. 161 y s.

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, cit., p. 161.

¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, cit., p. 162.

¹¹ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Tomo II, 2ªEd. Madrid, 1999, pp. 2425 y s.

topográfica que lleva al Estado a situar unas u otras infracciones en una u otra sede por conveniencias políticas o de eficacia, que no afectan en absoluto a la esencia del sistema sancionador¹².

La única diferencia estriba en el monopolio exclusivo de la Jurisdicción penal para la imposición de penas privativas de libertad¹³, pero, como es sabido, ello no afecta en absoluto a la naturaleza jurídica de la infracción.

La consecuencia de todo ello habrá de ser que con independencia de que la represión de una conducta sea realizada por el cauce del Derecho administrativo o del Derecho penal, el sistema de garantías ha de ser el mismo, puesto que no es admisible que razones de política represiva o, simplemente aleatorias, puesto que las razones del legislador para situar esta represión en uno u otro ámbito no son siempre claras, como acabamos de ver. La pena no forma parte del delito, sino que es una consecuencia del mismo o, si se quiere, siguiendo a ROXIN, *la punibilidad es una nota conceptual, pero no un elemento de la estructura del tipo*¹⁴.

Un paso más en la materia debe llevarnos a la consideración de que, en la relación entre la sociedad y sus miembros, por un lado y la Administración corporativa por otro, estamos, con toda claridad ante una relación de especial sujeción, es decir, que, en este tipo de actuaciones, la Administración ordena y sanciona las actividades ilícitas de los agentes que están integrados en su organización¹⁵ y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que las garantías del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos son perfectamente aplicables a las actividades sancionadoras administrativas (*Casos Le Compte y otros, 1981 y Lecompte, 1983*).

En conclusión, es posible afirmar que, salvo las *ligeras diferencias de matiz* de las que hablaba la citada STS de 12 de febrero de 1986, existe una unidad de principios comunes al ejercicio de la potestad sancionadora que son los siguientes: a) legalidad; b) tipicidad; c) proporcionalidad; d) Derecho a la presunción de inocencia y e) Culpabilidad

¹² En el mismo sentido, desde una óptica procesalista, GARBERI LLOBREGAT, J. *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*. Madrid, 1980, p. 68 y s.; FONZALES PEREZ, *Comentarios*, II, cit., p. 2433 habla de dos ramas de un mismo tronco.

¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, loc. cit.

¹⁴ COBO-VIVES, Op. cit., p. 261.

¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, cit., p. 165

Hemos dejado el de culpabilidad porque, a juicio de quien esto escribe, es el que presentaría mayores escollos para lograr esa expresada unidad ontológica del derecho sancionador.

En un principio, la responsabilidad administrativa tenía carácter meramente objetivo, pero el Tribunal Constitucional, en la importantísima Sentencia de 26 de abril de 1990, manifiesta expresamente la vigencia del principio de culpabilidad, de modo similar al existente en Derecho penal:

Pero ello no puede llevar a la errónea conclusión de que se haya suprimido en la configuración del ilícito tributario el elemento subjetivo de la culpabilidad para sustituirlo por un sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa. En la medida en que las sanciones tributarias es una de las manifestaciones del ius puniendi del estado, tal resultado sería inadmisibile en nuestro ordenamiento jurídico.¹⁶

Así pues, queda perfectamente claro que el principio de culpabilidad es inherente a toda norma sancionadora, por mucho que el Legislador pueda, eventual y deliberadamente dejarla fuera de un texto sancionador.

Y la culpabilidades un elemento de la infracción que consiste en un juicio de reprochabilidad personal de la conducta al sujeto agente por un hecho aislado¹⁷, siempre basado en la existencia de una libertad de actuación¹⁸. La evolución doctrinal y jurisprudencial ha ido en el sentido señalado, lo que ha acabado por conducir al legislador por la senda del reconocimiento del principio de culpabilidad, ya que , en caso de infracciones y sanciones realizadas por sociedades, se establece la responsabilidad de los administradores de las mismas¹⁹; de forma tajante, GONZÁLEZ PÉREZ afirma que la responsabilidad por la comisión de infracciones administrativas es personal y no cabe imputar responsabilidad objetiva por el mero resultado, que, a juicio de este autor, sigue siendo frecuente *y poco conforme con lo que dicta el sentido común*²⁰.

¹⁶ La cuestión tratada en dicha sentencia era, precisamente, el intento del legislador de establecer en la Ley General Tributaria una responsabilidad meramente objetiva, suprimiendo el término de "voluntarias", que sí figuraba en el texto de 1963, en las infracciones y acciones tipificadas y sancionadas por las leyes tributarias. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, cit., p. 174.

¹⁷ COBO-VIVES, *Parte general*. cit., p. 556

¹⁸ JESCHECK. H. H., *Tratado*. I., cit., p. 562.

¹⁹ V. gr. Ley General tributaria, art. 41; Desarrolla ampliamente la cuestión GONZÁLEZ PÉREZ, op. cit., II, pp. 2615 y ss.

²⁰ op. cit. II, p.- 2610 y s.

Queda pues establecida la identidad ontológica y la unidad esencial en el derecho sancionador, sea éste administrativo o penal, aunque seguimos en dos campos que, en principio parecen diametralmente opuestos, como son el ámbito de la Administración y el de la Jurisdicción, por cuanto que las sanciones penales están reservadas exclusivamente a los jueces.

Siendo esto cierto, también lo es que, al final, las sanciones administrativas pueden ser controladas jurisdiccionalmente, lo que ocurre, como explica SERRA DOMÍNGUEZ es que el hecho de que todo ciudadano pueda acudir a la Jurisdicción para controlar la actividad administrativa, porque ésta, al contrario que la sentencia judicial, por sí sola no crea cosa juzgada

De ello, concluye GARBERI, *la aplicación al procedimiento administrativo de las garantías constitucionalmente señaladas en el artículo 24.2 es perfectamente plausible*²¹.

II. El régimen disciplinar deontológico-colegial y el ordenamiento penal

El artículo 9 de la Ley remite el régimen deontológico y disciplinario al respectivo de cada actividad profesional; no obstante, esta remisión genéricamente realizada, merece algunas consideraciones.

En primer lugar, la norma deontológica, por su propia naturaleza, implica una conducta que solo puede ser realizada por una persona física y no por un colectivo, dado el marcado carácter ético de tales normas²², de manera que las conductas típicas de este carácter se aproximan a las normas

²¹ GARBERI LLOBREGAT, J. *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, Madrid, 1980. p.46

²² *La honradez, probidad, rectitud, lealtad, diligencia y veracidad son virtudes que deben adornar cualquier actuación del Abogado. Ellas son la causa de las necesarias relaciones de confianza Abogado-Cliente y la base del honor y la dignidad de la profesión. El Abogado debe actuar siempre honesta y diligentemente, con competencia, con lealtad al cliente, respeto a la parte contraria, guardando secreto de cuanto conociere por razón de su profesión. Y si cualquier Abogado así no lo hiciere, su actividad afecta al honor y dignidad de toda profesión.* Del Preámbulo del CÓDIGO DEONTOLÓGICO adaptado el Nuevo Estatuto general de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio. Hemos tomado como paradigma de código deontológico el de la Abogacía española, ya que, en en ámbito deontológico, son similares las conductas y la referencia a las múltiples profesiones colegiadas haría excesivamente amplio este trabajo.

penales, en cuanto que, se ha dicho en múltiples ocasiones, que el Derecho penal es *una Constitución en negativo*, en cuanto que define las conductas más reprobables a las que asigna una sanción de carácter criminal²³.

Por lo tanto, aunque estemos en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, es claro que la naturaleza de las conductas a que nos referimos es propia de actos individuales y no colectivos, por lo que el principio *societas delinquere non potest* es perfectamente aplicable en este ámbito en la mayoría de las conductas, toda vez que los comportamientos éticos son predicables de las personas y las sociedades no hacen sino comportarse del modo que deciden quienes las integran o administran, de manera que nuestro ordenamiento penal distingue con toda claridad la *pena* derivada del delito, por lo tanto, personal, y la *medida* que pueda ser impuesta a la sociedad como consecuencia de la comisión de un delito por parte de los administradores²⁴.

El artículo 9.2 de la Ley establece la posibilidad de sancionar a la Sociedad en la misma medida que al profesional *sin perjuicio* de la responsabilidad personal de éste, lo que, en principio, tendría como consecuencia que los socios profesionales no infractores se verían perjudicados por la actuación del socio sancionado, sufriendo así las consecuencias de la infracción, que incluso puede ser desconocida por los demás, en su propia actividad profesional; pensemos, por ejemplo, que un abogado de un bufete en régimen de sociedad profesional, con ignorancia del hecho por parte de los demás socios, por ejemplo, infringiendo la norma del artículo 7 e) del Código deontológico²⁵. La sanción correspondiente al abogado infractor, podrá hacerse extensiva a la sociedad.

Evidentemente, los demás socios serían afectados, porque, si esta falta acarrea la suspensión temporal de la actividad profesional, ellos mismos,

²³ Cfr., por todos, MIR PUIG, S. Y MUÑOZ CONDE, F, en *Adiciones de Derecho español* en JESCHECK, H. H., cit., pp. 12 y ss. Y ROXIN, C. *Introducción al Derecho penal de hoy*. Trad. de F. Muñoz Conde y D. M. Luzón Peña, Sevilla, 1981, pp. 23 y ss.

²⁴ QUINTERO OLIVARES, G. En *Comentarios al nuevo Código penal*, Cizur menor, 2004, p. 335., señala que, si bien el principio de responsabilidad penal societaria se va abriendo camino en otros ordenamientos, el nuestro diferencia claramente la *pena* impuesta como consecuencia de la comisión de un delito y la *medida* que pueda ser aplicada a la sociedad.

²⁵ *Dirigirse por sí o mediante terceros a víctimas de accidentes o desgracias que carecen de plena y serena libertad para la elección de abogado por encontrarse en ese momento sufriendo una reciente desgracia personal o colectiva, o a sus herederos o causahabientes.*

desconocedores del hecho, se verían imposibilitados de continuar el ejercicio de su profesión en la forma en que venían haciéndolo o, en caso de una sanción económica, la multa impuesta, ya que este pasivo, irá a la cuenta de pérdidas y ganancias y repercutirá en el patrimonio de los socios al repartirse los beneficios en función de los pactos habidos entre ellos²⁶. Al ser plenamente aplicable el régimen deontológico y disciplinario colegial propio de cada actividad profesional a los profesionales que la desarrollen y a la propia sociedad profesional, se estatuye un “plus” de responsabilidad, por cuanto los conflictos de un profesional en este campo se extienden por la Ley a la sociedad profesional; así, las causas de incompatibilidad o inhabilitación de un socio profesional se comunican a la sociedad y a los restantes socios profesionales, salvo que se proceda a su exclusión. Se puede comunicar también a la sociedad la posibilidad de ser sancionada por aplicación a un socio profesional del régimen disciplinario colegial²⁷, claro está, otra cosa será la exigencia de resarcimiento que la sociedad pueda ejercitar contra el socio infractor por incumplimiento del contrato social.

A mi juicio esta solución no puede ser satisfactoria, por cuanto que soslaya radicalmente el principio de culpabilidad, de tal manera que extiende una sanción a quienes ni han participado ni consentido el hecho típico.

La solución a este problema, puede estar en la locución (la sociedad) *podrá ser sancionada...* esta expresión excluye la aplicación automática de la sanción a la sociedad de la sanción correspondiente al socio infractor, debiendo serlo, solo cuando se aprecie que los demás socios han sido partícipes o consentidores del hecho.

Por otro lado, de la misma manera que el régimen de incompatibilidades de un socio es extensible a los demás socios si el incompatible no es separado²⁸.

De esta forma, entendemos que sería perfectamente admisible que, cometida una infracción por un socio, la responsabilidad pudiera extenderse a la sociedad

²⁶ Vid. art. 10 de la Ley.

²⁷ LITEM ABOGADOS, *Informe sobre la Ley de sociedades profesionales*, <http://www.anembe.com/informe.pdf>

²⁸ Art. 9.1

- a) Si los demás socios fuesen partícipes de la infracción, por acción u omisión culpables o
- b) Si requerida la sociedad para la expulsión del socio infractor, dicha expulsión no se verificase en el plazo concedido.