



Impunidades en la delincuencia económica, a propósito de la "Sentencia Messi"

Por Luis Alamán

Muchos estábamos convencidos de la posibilidad de una hipotética sentencia condenatoria. Tan seguros como que, ahora, estamos convencidos, sabemos, que el jugador argentino no entrará en prisión. Posiblemente, todavía no estemos maduros como Sociedad, para admitir (siquiera como posibilidad) que una mega-estrella del deporte-negocio del fútbol, pueda ver suspendida su brillante carrera, total: por la banal razón de haber defraudado a la Hacienda de todos unos cuantos millones de euros.

Valoraciones sociales a un lado, que no son el objeto de la presente reflexión, la Sentencia del Caso Messi sí revela dos cuestiones fundamentales, afectantes a nuestro Derecho Penal Económico, una de carácter general y testimonial, otra mucho más técnica y compleja.

La primera -la testimonial, en la que estoy centrando actualmente mis estudios- es la referente a la consabida impunidad de la delincuencia económica. El futbolista ha sido condenado a tres penas, por tres diferentes ejercicios fiscales, de 7 meses de prisión cada una de ellas (total 21 meses). Quiere ello decir que es una pena inferior a dos años, y, por tanto, como no tiene, que sepamos, antecedentes penales, es seguro que el "astro" no entrará en prisión.

Cuidado, no es esto algo excepcional por tratarse de uno de los astros más brillantes; es algo que, curiosamente, viene repitiéndose con demasiada frecuencia, sobre todo cuando hablamos de personalidades de especial relevancia. Y es que nuestro ordenamiento jurídico cuenta con multiplicidad de mecanismos para

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

conseguir que, como suelo señalar reiteradamente, todo aquel que se encuentre debidamente asesorado pueda evitar -con relativa sencillez- la pena de prisión por delito económico.

En los estudios que vengo efectuando al respecto, sobre el catálogo de fallos del sistema, de defectos de tipificación, de agujeros de impunidad, de problemas de perseguibilidad, de interpretaciones judiciales *ad hoc* benignas,... es tan amplio que, como siempre señalo, el delito económico puede salir casi gratis en nuestro país.

No en vano, el futbolista argentino se ha visto beneficiado por un sabio consejo de sus letrados: **la reparación del perjuicio causado antes del inicio del juicio correspondiente**. Ello, tal como prescribe la legislación, ha sido apreciado en la sentencia condenatoria como **atenuante muy cualificada**, lo que le ha ayudado muy sustancialmente a lograr dicha pena tan exigua.

La segunda cuestión, mucho más compleja, propia de expertos penalistas -conocedores a su vez de los entresijos fiscales- es que la sentencia deja abierta, a mi juicio, la conocida **polémica técnica para la integración del tipo del delito fiscal del 305 del Código Penal vigente**. Me explico. Dicho artículo exige que la acción típica consista en defraudar, lo que es interpretado por la doctrina mayoritaria como diferente a "dejar de pagar". Y se exige, además del impago, una especial estrategia conducente a la ocultación a la Hacienda Pública de las bases tributarias, esto es, ocultación o modificación a la Administración de los datos relevantes para que ésta pueda efectuar la liquidación y comprobar la omisión del pago.

Que la compleja estrategia urdida por el futbolista (o por su padre, o por sus asesores) cumple dichos requisitos, está fuera de toda duda. En este sentido, la condena de Messi está sobradamente justificada. **Pero la Sentencia no termina de aclarar las acciones que hubieran sido suficientes para subsumir su conducta en el tipo del 305 y castigar por delito tributario.**

El jugador constituyó dos Sociedades totalmente opacas en Belice y Uruguay, dos países que no venían dando información al respecto. Las dos Sociedades eran difícilmente penetrables, pero al final se pudo comprobar que, de una manera directa o indirecta, ambas pertenecían a Messi o a su familia. En definitiva, que **los cuantiosos ingresos por derechos de imagen del jugador - que durante los ejercicios objeto de condena no declaró a la Hacienda pública española- al final quedaban depositados en casa, esto es, en dos Sociedades propias**. Éstas fueron artificialmente adquiridas para detentar,

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

finalmente y tras diversos pasos por otras Sociedades radicadas en Suiza y Reino Unido, tan cuantiosos ingresos; siendo el destinatario final de esos ingresos el titular real de las Sociedades, el jugador argentino.

La cuestión técnica estriba en que, con tales sociedades opacas, realmente ya tuvo lugar la ocultación de bases tributarias que exige el Código Penal español para castigar por delito fiscal; pero, además de ello, y como muy bien explica la Sentencia, a fin precisamente de dar apariencia legal al destino final en esas dos sociedades, el astro **simuló una compleja estructura societaria**; estructura que nunca se creyó, como lo demuestra la presencia personal del jugador en la firma de varios contratos, a pesar de haber cedido sus derechos de imagen a Sociedades teóricamente independientes.

A partir de ahí, podemos hacernos varias preguntas, referentes a los requisitos que ha de tener un fraude exigido por el artículo 305:

- ¿La expuesta opacidad y la simulación negocial construida están conectadas?, o ¿hubieran sido ya suficientes, cada una de ellas, por separado, para castigar por delito tributario?

- Si, en vez de simular la operativa, el jugador hubiera dado autenticidad a la misma (con traslación real de sus derechos de imagen, pero pretendiendo igualmente ser destinatario final de los beneficios) ¿podría ello haber sido considerado como una actuación en fraude de ley, en lugar de simulación?; esto es, **construcción de unos negocios jurídicos - el entramado societario- amparándose en una normativa existente - la libre circulación de capitales y libre constitución de Sociedades en cualquier país- con la finalidad de alcanzar ciertos objetivos - exclusivamente los de ahorro fiscal, proveniente de la opacidad de las Sociedades destinatarias finales de los ingresos en Uruguay y Belice- que, no siendo los propios de esa norma -los propios son los de planificación societaria mercantil-, sean además contrarios a otra ley existente del ordenamiento jurídico -la ley que obligaba a tributar por tales rendimientos-.**

- En este caso, ese fraude de ley, transparentando toda la operativa societaria, pero efectuada con la única finalidad de elusión fiscal, ¿hubiera sido suficiente para condenar por delito fiscal?; más si tenemos en cuenta

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

que el resultado final -la titularidad opaca de las Sociedades en Belice y Uruguay- implicaba una indudable ocultación de bases tributarias a la Hacienda.

- ¿Acaso por esa situación, y resultado final, de ocultación de bases tributarias (las de los derechos de imagen) en sede de las sociedades destinatarias finales, la calificación de la actuación sólo podría calificarse como simulación, nunca como fraude de ley?

Se trata de **deslindar las fronteras entre la simulación y el fraude de ley**, así como indagar sobre si éste último puede conllevar también, en diversos casos, ocultación de bases tributarias. Con ello, el fraude de ley sería apto también para la penalización de diversas conductas por vía del delito tributario del artículo 305, con lo que de alguna manera se rebatiría la contundente Sentencia del Tribunal Constitucional 120/2005, que negó la aptitud del fraude de ley para constituir delito fiscal por tratarse siempre, bajo ese concepto, de operaciones transparentes.

Habría que analizar si el fraude de ley, mediante la configuración de un sistema distinto de percepción de determinados rendimientos (pero no por motivos económicos o empresariales válidos, sino para ocultarlos en su destino final) puede implicar en consecuencia dicha ocultación de bases tributarias y constituir delito fiscal; o, por el contrario, si la operación, por el mero hecho de conllevar esa ocultación final con el mismo destinatario que el final, sólo y siempre deberá ser calificada como simulada y no como fraudulenta.

En definitiva, se trata, como decimos, de **dilucidar sobre la relevante cuestión de si las operaciones de elusión fiscal, de fraude de ley por ingeniería fiscal -en las que se instrumentan vías distintas a las ortodoxas exclusivamente para obtener beneficio fiscal- son más que aptas para integrar los delitos fiscales de nuestro Código Penal, cuestión ésta que parece puso en entredicho el mismísimo Tribunal Constitucional.**

Luis Alamán

Artículo previamente publicado en el blog personal del autor:
<http://luisalaman.blogspot.com.es/>