Algunas reflexiones sobre la intervención judicial de la persona jurídica como medida cautelar personal y la intervención o administración judicial de la persona jurídica como medida cautelar real:

Luis Suárez Mariño
Abogado
Socio de Defensa y Compliance s.l.p.

Las medidas cautelares son aquellas que se adoptan con la finalidad de asegurar el resultado de un proceso. GOMEZ ORBANEJA define las mismas como:

> *"Aquel conjunto de actuaciones encaminadas al aseguramiento del juicio y a la efectividad de la sentencia que se dicte".*

El Tribunal Constitucional destaca esa finalidad al indicar que "la finalidad constitucionalmente protegida de las medidas cautelares no es otra, que la de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial, en el proceso principal en el que se resuelve la cuestión de fondo. El art. 24.1 C.E. exige que la tutela judicial sea efectiva y para ello debe evitarse que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede (contra lo dispuesto en el art. 24.1 C.E. desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano judicial en su momento" (STC, Sala Segunda, 218/1994 de 18 de Julio, . Rec. 2566/1991)

Tradicionalmente en el proceso penal se ha distinguido entre **medidas cautelares personales y reales.**

Las primeras son aquéllas que tienen como finalidad: evitar el riesgo de que: 1.- el delito siga cometiéndose, 2.- el investigado se sustraiga del proceso o 3.- se oculten o destruyan pruebas. Dichas medidas pueden ser limitativas del derecho fundamental a la libertad (ex art. 17 C.E.), singularmente la prisión provisional (regulada en el 502 y ss. de la Lecr.) o restrictivas de derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución (reguladas en el título VIII del libro II Lecr.).

Las segundas, medidas cautelares reales, tienen como finalidad: garantizar las responsabilidades pecuniarias que puedan declararse en la sentencia, tanto los pronunciamientos penales de contenido patrimonial: la pena de multa, como los pronunciamientos propios de la responsabilidad civil ex delito, así como las costas del proceso. Dichas medidas son por antonomasia la fianza y el embargo preventivo (regulados en el título IX del libro II de la Lecr. y 764 de la propia Lecr. en el ámbito del procedimiento abreviado).

Por lo que se refiere a la persona jurídica objeto de un proceso penal, la Lecr., establece en su **art. 544 quater., que las medidas cautelares que podrán imponérsele son las expresamente previstas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; y que las 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, cuya tramitación tendrá carácter preferente.**

Precisamente el C.P. en su **art. 33.7** tras regular las penas aplicables a las personas jurídicas, establece en su párrafo final:

"La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa".

Son por tanto, estas tres concretas medidas, por exigencia del pº de legalidad penal en su aspecto de legalidad procesal ("Nullum iuditio sine praevia lege"), las únicas medidas cautelares personales que pueden decretarse durante la fase de instrucción respecto de la persona jurídica investigada.

Por lo que se refiere a la intervención judicial, la letra g) del apartado 7 del art. 33 del Código Penal establece -al tratar de la intervención judicial como pena-, una limitación finalística y otra temporal: La primera: que la intervención judicial de la persona jurídica solo será plausible para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores, y la segunda: que solo lo será por el tiempo que sea necesario hasta el máximo de cinco años. También aclara el art. 33.7 g):

1º.- Que la intervención judicial podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio;

2º.- Que el Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y quién se hará cargo de la misma y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial.

3º- Que la intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal.

4º.- Que el interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones.

5º.- Que reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria".

Todas estas disposiciones las prevé el C.P. al tratar de la intervención judicial como pena, por lo que habrá que colegir que todas ellas deberán de aplicarse - a falta de otras concretas disposiciones - a la intervención judicial decretada como medida cautelar durante la instrucción.

Ahora bien mientras la finalidad de la pena de intervención judicial ha de ser por ministerio de ley, salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores, la finalidad de la intervención judicial como medida cautelar ha de ser asegurar bien que, frente a la existencia de una determinada conducta que pudiera ser constitutiva de infracción penal, ésta no siga produciéndose en tanto se tramita el proceso; bien que la persona jurídica investigada no se sustraiga del proceso, disolviéndose y liquidándose, o desapareciendo de facto del tráfico, o bien impedir que por medio de la misma se oculten o destruyan pruebas.

En cuanto a la forma, la adopción y mantenimiento de la medida analizada, debe contenerse en un Auto que ha de ser motivado: expresando, en relación al caso, la concurrencia de los presupuestos legales y los riesgos legalmente previstos que trata de evitar.

La intervención o administración judicial como medida cautelar real.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 764 de la Lecr., la medida de intervención judicial puede ser también adoptada por el Juez de instrucción para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias –pena de multa y responsabilidades civiles- incluidas las costas. Tales medidas se acordarán mediante Auto, aplicando las normas sobre contenido, presupuestos y caución sustitutoria de las medidas cautelares establecidas en la Lec.

El art. 726 de la Lec. prevé como requisitos para la adopción de la medida:

En cuanto al fondo: 1.ª Ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente. (art. 728.1 pfo. 1º Lec.). No pudiendo acordarse medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces. (art. 728.1 pfo. 2º Lec).

y 2.ª No ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz, a los efectos del apartado precedente, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado.

Y en cuanto a los **requisitos de forma**:

1º.- Que se soliciten por quien sea actor en el proceso (habrá que entender en sede de instrucción el Ministerio Fiscal y la acusación particular, cuando la soliciten para asegurar las responsabilidades pecuniarias en relación al delito investigado, bien la pena de la multa o la indemnización de los daños y perjuicios como responsabilidad civil ex delito, o en relación a estos último al actor civil).

2º. Que el solicitante presente con su solicitud los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios de prueba, que deberá proponer en forma en el mismo escrito. (art. 728.2 LEC.)

3º. Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar preste caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado.(art. 728.3 LEC) Esto en sede penal podrá exigirse a la acusación particular no al Ministerio Público.

El tribunal determinará la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice, según el apartado anterior, sobre el fundamento de la solicitud de la medida.

La caución a que se refiere el párrafo anterior podrá otorgarse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 529 de la propia Lec.

Por lo que aquí interesa la **intervención judicial se puede solicitar con la finalidad expresamente prevista en el art. 727.2º,** cuando se pretenda obtener una sentencia de condena a entregar bienes productivos a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que comporte interés legítimo en mantener o mejorar la productividad o cuando la garantía de ésta sea de primordial interés para la efectividad de la condena que pudiere recaer; pero también al amparo del art. **727.11º, que permite adoptar cualquiera "otra medida" y por tanto "la de intervención judicial", con tal de que la misma "se estime necesaria para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio".**

Precisamente, este precepto que abre la puerta a la adopción de cualquier otra medida no específicamente prevista dejando a la libre valoración del juez su adopción, se ha utilizado por los tribunales civiles para el nombramiento de un administrador judicial como medida cautelar: Asi. V.gr. **el Auto de la AP de Asturias, Sección 7ª, de 30 de noviembre de 2002, rec. 362/2002, que es interesante, además, en cuanto diferencia, la intervención de la administración judicial.**

"En la intervención judicial, -señala el Auto- se impide al administrador realizar actos propios de su cargo sin el conocimiento y anuencia del interventor, y se estima como garantía suficientemente de la efectividad de una eventual sentencia estimatoria. Tal medida, la intervención judicial, se considera menos gravosa para la sociedad a la que se impone, pues no se sustituye la administración por una designada judicialmente sino que se mantiene la administración societaria si bien con el control de sus actos por parte del interventor judicial."

En el supuesto enjuiciado por el citado Auto de la AP de Asturias, el Tribunal sustituye la medida acordada por el juez de instancia de administración judicial por la de intervención, pues: *"La Administración Judicial de la empresa –señala el Auto-, no aparece justificada, existiendo otra cual es la intervención judicial, que impide al administrador realizar actos propios de su cargo sin el conocimiento y anuencia del interventor, y se estima garantiza suficientemente la efectividad de una eventual sentencia estimatoria. Tal medida, la intervención judicial, menos gravosa para el demandado, es en el criterio de este Tribunal, suficiente y más acorde a las circunstancias, pues no puede desconocerse y en eso tiene razón la apelante, la especificidad del género de comercio a que se dedica la sociedad demandada y la consiguiente dificultad para hallar un administrador judicial con experiencia en el sector. Al sustituirse la Administración Judicial por la Intervención, no se justifica el aumento de la caución impuesta."*

No obstante la misma Sección 7ª de la AP de Asturias, en Auto posterior de 16 de abril de 2003, rec. 291/2003, y en relación a la misma sociedad, con base en el art. 743 Lec., acuerda sustituir la medida de intervención judicial primeramente adoptada por la de administración judicial, sobre la base de informes emitidos por el interventor judicial, que acreditan la competencia desleal que a través de otras sociedades viene haciendo el administrador a la sociedad intervenida así como que el mismo ha intentado sustituirla en contratos de arrendamiento que ésta tenía concertados, negándose igualmente a realizar inversiones necesarias para la buena marcha de la sociedad.

Igualmente del 630 Lec. en relación con el antedicho art. 727.11º resulta factible acordar como medida cautelar la administración judicial cuando se decrete el embargo de alguna empresa o grupo de empresas o cuando se embargaren acciones o participaciones que representen la mayoría del capital social, del patrimonio común o de los bienes o derechos pertenecientes a las empresas, o adscritos a su explotación, y también podrá constituirse una administración judicial para la garantía del embargo de frutos y rentas, en los casos previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 622.

El **Auto de la A.P. de Barcelona, Sección 15ª, Auto de 31 de marzo de 2005, rec.. 654/2004;** la AP de Barcelona, resuelve adoptar la medida cautelar de administración judicial, sin que tenga que venir precedida de alguno de los supuestos previstos en el art. 630 LEC.

"La administración judicial – señala el Auto- se regula expresamente en la Ley de Enjuiciamiento Civil como una medida de aseguramiento del embargo de empresa, de las participaciones de una sociedad o de los frutos y rentas de un negocio (art. 630 LEC), con independencia de si dicho embargo es preventivo o de ejecución.

*Pero l**a administración judicial, además de poder acordarse como medida de aseguramiento, puede ser adoptada como medida cautelar, sin que entonces se exijan los requisitos del aseguramiento de embargo, pues no cumple esta finalidad sino otra propia e independiente, cual es o bien garantizar la efectividad de la resolución que se dicte en el pleito principal (art. 726.1 LEC), o bien anticipar sus efectos (art. 726.2 LEC).***

Si bien no existe ninguna medida de administración judicial de una sociedad entre las tipificadas en el art. 727 LEC, al no constituir numerus clausus dicha enumeración, nada impide que pueda llegar a acordarse como medida innominada, siempre y cuando se cumplan los requisitos legales."

No obstante en defecto de regulación propia la medida de administración judicial como medida cautelar podrá seguir, en cuanto al modo de constituir la administración y al contenido del cargo, las disposiciones de los arts. 631 y 632 LEC.

Asi, v.gr. **el Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 6, de 21 de Julio de 2014. Nº de Recurso: 87/2013. Ref. CJ 86496/2014**, en un supuesto de entramado societario de empresas conformado para alzar y ocultar beneficios procedentes del tráfico de hachís, decreta la medida cautelar de administración judicial para evitar la continuidad delictiva en la actividad blanqueadora del ilícito beneficio del tráfico de drogas, analizando la concurrencia de fumus boni iuris y del periculum in mora -riesgo de desaparición y ocultación de bienes y pruebas-. a fin de evitar generar daños colaterales a terceros ajenos a la trama delictiva – trabajadores, proveedores, clientes, etc.- y con la idea de conservar y gestionar su patrimonio, salvaguardando los intereses procesales y los de esos terceros no implicados en responsabilidades penales, constituyendo la administración conforme a lo dispuesto en el art, 631 LEC.

El Auto señala que la medida cautelar de administración judicial puede cumplir el doble objetivo de restaurar tanto el orden jurídico lesionado por la infracción (asegurando tanto la hipotética pena), neutralizar la actividad delictiva (limitando la libertad de obrar del presunto infractor), evitar la destrucción de pruebas, efectos delictivos; como evitar las consecuencias negativas de la acción presuntamente delictiva en los intereses particulares de los afectados -trabajadores, proveedores, compradores, etc.- y que, en consecuencia, tiene fines además de asegurativos (Art. 299 LECrim), también conservativos.

Respecto a la modalidad de la administración, y sobre la base de la ambigüedad que posibilita el art. 631 de la Lec. el **Auto que comentamos resulta de interés en cuanto concreta el contenido de la medida, acordando: 1º.- La remoción de los actuales administradores imputados y testaferros de estos,** orillando las dificultades y discrepancias que pudiera derivarse de la cogestión que llevaría a divergencias que harían inviable el control de las actividades de las mismas. **2º.- Designa en su lugar a un administrador judicial** en la persona aportada por una de las defensas que, aleja a imputados de la gestión empresarial blanqueadora, haciendo posible la administración del entramado societario aquí enjuiciado, sin generar daños colaterales a terceros ajenos a la trama delictiva - trabajadores, proveedores, clientes, etc.- . **3º.- Autoriza al administrador designado a actuar auxiliado de un contable de su confianza, si así lo solicita, con propuesta efectiva. 4º.- Fija la retribución del administrador judicial conforme a los precios medios de mercado que tenga señalado su Colegio Profesional** asimilándola mientras no haya prescripción legal a otras actividades tarifadas similares.

5º.- Ordena la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil y a petición del administrador, si fuere preciso, en otros Registros públicos. 6º.- Limita la duración de la medida hasta que finalice la tramitación de la presente causa, con un límite máximo de 5 años (ex art. 33.7 y 66 bis CP en relación con el 302.2 CP) a contar desde la firmeza de la presente resolución, reservando –como es lógico- la medida cautelar exclusivamente para las sociedades del entramado delictivo expresamente indicadas, con la idea de conservar y gestionar su patrimonio, salvaguardando los intereses procesales y los de terceros no implicados en responsabilidades penales.

Por último el **Auto considera innecesaria la fijación de caución** para garantizar los perjuicios que pudieran derivarse de su actuación cautelar, bastando con el seguro de responsabilidad civil que tiene suscrito.

Cómo resulta obvio –aunque no lo diga el Auto- la administración judicial deberá de cumplir los deberes propios del cargo y, concretamente, si el administrador lo es de una sociedad de capital los previstos en los arts. 225 a 231 LSC., desempeñando el cargo y cumpliendo los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, con dedicación adecuada y adoptando las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad; entre ellas -entiendo- la elaboración e implantación de un eficaz programa de prevención penal (ex art. 31 bis. 5 C.P.) a fin de que el mismo sirva no solo para prevenir y evitar en el futuro conductas similares a las que sean objeto de la concreta investigación penal que dio origen a la medida cautelar sino para que dicha implantación actúe como atenuante (ex art. 31 quater d) de la responsabilidad criminal de la persona jurídica.