

DELITO SOCIETARIO. APROPIACIÓN INDEBIDA (Comentario a la STS, Sala de lo Penal, de 19 de abril de 2012) ¹

JOSÉ IGNACIO ESQUIVIAS JARAMILLO
Fiscal (Fiscalía Provincial de Madrid)

Extracto:

Los delitos societarios son delitos de infracción de deber predicable con relación a aquellas personas que por su posición en el organigrama societario tienen un específico deber de lealtad y transparencia en relación con la sociedad que representan, por lo que son delitos con un sujeto especial activo, constituido por el que manda y dirige la actividad societaria, actuando como administrador de derecho, en virtud del oportuno nombramiento, o cuando de hecho lo sea, aunque carezca de nombramiento.

Palabras clave: apropiación indebida, delito societario.

¹ Véase el texto de esta sentencia en *Ceflegal. Legislación y Jurisprudencia*, núm. 142, noviembre 2012.

CORPORATE CRIME. MISAPPROPRIATION

(Commentary on the Supreme Court, of 19 April 2012) ¹

JOSÉ IGNACIO ESQUIVIAS JARAMILLO
Fiscal (Fiscalía Provincial de Madrid)

Abstract:

THE corporate crimes are crimes of breach of duty in relation to predicable those who by their position in the corporate organization have a specific duty of loyalty and transparency in relation to the society they represent, so they are crimes with a special subject asset, consisting of the shots and directs corporate activity, acting as administrator of law, under timely appointment, or when in fact it is, but lacks appointment.

Keywords: misappropriation, corporate crime.

¹ Véase el texto de esta sentencia en *Ceflegal. Legislación y Jurisprudencia*, núm. 142, noviembre 2012.

La sentencia del Tribunal Supremo analiza la figura del administrador societario a los efectos de la aplicación del artículo 290 del Código Penal (CP). La apropiación indebida de un dinero y el falseamiento de las cuentas de una sociedad, así como la connivencia de otra persona en el entramado delictivo, constituyen la esencia de la sentencia. Sucintamente –y nos remitimos a la lectura de la misma– concretándonos a la parte más sobresaliente de la resolución judicial, diremos que el falseamiento de las cuentas societarias, dejando de ingresar al fisco unas cantidades, cobradas por un socio y otra persona, en detrimento de la Hacienda Pública y de otro socio al 50 por 100, es la causa de la condena al administrador de derecho y al cooperador necesario. Ambos reclamaron de la Agencia Tributaria unas cantidades en concepto de devolución del IVA. También, efectuadas las oportunas comprobaciones mediante el examen de los libros, dicha Agencia acreditó que no se habían contabilizado cantidades en las cuentas de la sociedad durante varios años. Esas cantidades se las apropiaron el administrador y el cooperador, en detrimento de otro socio.

En relación con el delito de apropiación indebida, sucede que el acta levantada por la Agencia deviene prueba indubitada. Alegar que otras pruebas periciales propuestas por las partes eran determinantes a fin de poder impugnar el acta referida, supone eludir la pretensión de la inexistencia de prueba de cargo por este motivo, por la circunstancia evidente de que la pericial particular no había arrojado otra luz sobre el tema que la proveniente de los datos aportados al perito de parte por los implicados. Esta pericia sería parcial, pues se basó en la documental aportada por la empresa y se sabe que no toda prueba es pertinente, sino aquella considerada útil y suficiente para destruir la presunción de inocencia. Y cuando la sala desgrana los motivos incriminatorios deducidos del informe pericial de la Agencia Tributaria, lo hace con tal precisión que no ha lugar a dudas del resultado del mismo. La credibilidad de esta prueba le lleva al tribunal a decir: «Un examen de la sentencia acredita que el tribunal, si bien de forma sintética, valoró todas las pruebas de cargo y de descargo, en concreto las periciales contables, estimando de forma razonada la superior credibilidad del informe de la Agencia Tributaria, de una claridad y contundencia obvia».

Por lo que respecta al delito societario del artículo 290 del CP, lo que nos gusta es la delimitación de la figura del administrador, distinguiendo entre el de hecho y el de derecho. El código se refiere a ellos cuando sanciona la conducta de falseamiento de las cuentas donde se deba reflejar la situación contable de la empresa. Cosa distinta sería la confección de un documento para generar una apariencia jurídica de un negocio no preexistente. En este caso, habría que analizar si esa falsedad es inane y no tiene connotaciones jurídicas con el delito societario al que nos estamos refiriendo. Porque las falsedades ideológicas no resultan despenalizadas si los hechos se pueden subsumir en otro

apartado del CP, del artículo 390. La introducción de algunos datos falsos «en un documento emitido en una relación jurídica preexistente» no es equivalente a la conducta de crear la apariencia de un negocio jurídico; lo cual significa que la conducta no se integra en la simulación de un documento en todo o en parte de manera que induzca error sobre su autenticidad (art. 390.2.º). El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 26 de febrero de 1999 concluyó en mantener las falsedades ideológicas, pero solo cuando los hechos se integran en otros apartados del precepto indicado. Aquí, sin embargo, no se cuestiona falsedad documental alguna, sino ocultación en las cuentas de los verdaderos datos contables que deberían ser reflejados, reclamando un IVA inexistente y apropiándose de dinero no computado. Es el hecho punible del artículo 290 del CP, en sentido estricto.

Y lo importante (o interesante) es observar cómo el Tribunal Supremo va desgranando el concepto de administrador de hecho o de derecho. Por supuesto que todo aquel que adopta o impone decisiones de gestión en una sociedad, es administrador y evidentemente que quien figura como tal, tras la inscripción registral, consta públicamente como administrador de la empresa. Además, la legislación al efecto es clara respecto de la consideración de un administrador de derecho. Pero, en cuanto al administrador de hecho, parece que el acento se impone en las actividades desplegadas por él dentro de la empresa, en la toma de decisiones, o en la intervención a través de un testaferro, por ejemplo. También se acepta la cualidad de administrador cuando la persona actúa como tal, incluso frente al administrador de derecho o el irregular (este por haber caducado su mandato, por no haberlo aceptado, etc.). Por tanto, un administrador es aquel que administra, bien de hecho o de derecho, y esta definición, no por simple, no deja clara la tipificación legal. El CP necesita al administrador de hecho, y por ello su figura la encontramos dispersa a lo largo del articulado (arts. 293, 294 y 295), porque el administrador que cometa alguno de los delitos tipificados ha de ser quien ejerce poder de decisión dentro de la empresa, «concretando en él los poderes de un administrador de derecho».

Con estas premisas, la sentencia distingue entre quien es claramente un administrador de derecho –Epifanio– y el coadyuvante como coautor necesario. Rectifica la inicial consideración de administrador de hecho definida por la Audiencia. Cree que, por las razones apuntadas ejerció el poder de decisión como de derecho, al ser administrador de la sociedad «Promociones Aguardulce, SL». El arquitecto era también administrador solidario –referido a otra empresa–; pero a este no se le condena por el delito societario como administrador sino por cooperador necesario, al haber ideado la trama conjuntamente y dominar el hecho consciente por la voluntad compartida de ambos. De ahí que la sentencia nos diga: «Todo este entramado societario acredita los intereses del recurrente, y sin desconocer que el quebrantamiento de los deberes de lealtad que vertebran el tipo penal del artículo 290 del CP, los ejecutó con claridad Epifanio, el actual recurrente coadyuvó eficazmente en la realización de la actividad como un *extraneus*». Pues bien, la respuesta penal que debe tener la conducta del *extraneus* es la del artículo 65.3.º del CP, imponiendo una pena más reducida que la del autor *intraneus*, por no concurrir en él «las condiciones, cualidades o reacciones personales» en las que se debe fundamentar la responsabilidad del autor. De esta manera se completa la doble responsabilidad, no confundiendo la del administrador con la del arquitecto, aun cuando este también sea administrador; por aplicación del factor de corrección del artículo 65.3.º ya indicado. Que haya una voluntad común no significa que la intervención de ambas personas obtenga el mismo reproche penal.