

APROPIACIÓN INDEBIDA Y FALSEDAD EN DOCUMENTO MERCANTIL

JOSÉ IGNACIO ESQUIVIAS JARAMILLO
Fiscal

Palabras clave: apropiación indebida, falsedad ideológica, receptación civil, atenuante de reparación del daño.

ENUNCIADO

Una persona, administradora de una empresa durante mucho tiempo, alterando las verdaderas cuentas de la sociedad y remitiendo órdenes escritas a los bancos, transfiere a sus cuentas personales diversas e importantes cantidades de dinero. Utiliza, asimismo, un programa informático de gestión y el fax para enviar las órdenes de transferencia bancarias. Evidentemente, anota en los libros de contabilidad, cantidades ficticias que luego hace cuadrar con los balances de la empresa. La mutación de la verdad en los documentos contables deviene incuestionable y necesaria para cometer las distintas apropiaciones de dinero.

Las cuentas personales de la administradora tienen como cotitular a su marido, quien no ignora los ingresos que se vienen produciendo en ellas desde hace tiempo, aunque sí el origen ilícito de los mismos. Desconoce, por tanto, la actividad fraudulenta de su mujer, pero no el hecho objetivo de la recepción del dinero. El marido, a su vez, no fue acusado de delito alguno ni intervino en el proceso como autor, cómplice o encubridor.

Ya iniciada la causa penal, la administradora (imputada) presentó escrito en el que, formalmente, hacía dación de pago del único bien inmueble de que disponía, para, una vez tasado, deducirlo de su importe en la reconocida (así lo hace constar en el escrito) apropiación indebida. Quiso así conseguir la aplicación de la atenuante 21.5.^a del Código Penal.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Hay delito de falsedad documental o sólo apropiación indebida?

2. ¿Se puede entender que el marido, no siendo responsable del delito penal, pudiera ser responsable civil por haber participado a título lucrativo de los efectos del delito, aplicándose, en consecuencia, el artículo 122 del Código Penal?
3. ¿La dación en pago del inmueble indicada en la narración de los hechos puede atenuar la responsabilidad penal de la administradora o este hecho carece de relevancia jurídico-penal?

SOLUCIÓN

1. Con esta cuestión se trata de saber si las alteraciones contables en los registros o balances de una empresa son intrascendentes, son inanes. El artículo 390.4.º del Código Penal sanciona «faltando a la verdad en la narración de los hechos»; pero no toda ausencia de verdad en un documento mercantil tiene trascendencia jurídico-penal y es castigada, pues sucede que las llamadas falsedades ideológicas no son penadas por la ley. El Código Penal de 1995 despenalizó las falsedades de los particulares en los documentos oficiales, públicos o mercantiles cuando consistían en la narración de unos hechos que no se correspondían con la realidad, siempre que el documento así confeccionado no tuviera trascendencia en el tráfico jurídico y que la alteración o mutación de la verdad se correspondiera con un fin social o de mero contenido personal, familiar o afectivo.

Se observa, además, que las distintas conductas están siendo castigadas como delitos de apropiación indebida y que la alteración en los documentos es el medio especial para la apropiación indebida.

En una junta general de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1999, con respecto a esta cuestión, se decidió, para lo sucesivo: que el alcance de la modificación operada en el Código Penal de 1995, en relación con la supresión del delito de falsedad ideológica cometida por particulares, debía ser entendido cometido el delito de falsedad en documento mercantil por simulación, cuando los datos aportados no se correspondieran con la realidad. Es decir, a lo mejor la falsedad ideológica, en sí misma considerada y aisladamente entendida, no es delito cometido por particulares; pero cuando esta alteración o mutación de la verdad se pone en relación con los demás números del artículo 390 del Código Penal, la falsedad ideológica pierde su inicial consideración y ocupa un papel secundario en la interpretación de las conductas penalmente relevantes.

He aquí el principio del fin de este razonamiento: que no es trascendente la redacción del documento(s) de la empresa o de sus balances ideológicamente inexactos, sino analizar si la idea de ese documento vulnera alguno o algunos de los demás apartados del artículo 390, para, por esa vía, castigar la conducta de la administradora al redactar los balances contables falsos.

Y en este sentido, siguiendo los criterios jurisprudenciales, diremos: se ponen en el tráfico jurídico-mercantil documentos de «indudable relevancia». Además, se trata de documentos mercantiles mendaces que, por consiguiente, inducen a error sobre su autenticidad. Cuando la administradora confecciona esos documentos contables, no importa tanto la narración, aisladamente considerada, cuanto que se crea en el tráfico jurídico-mercantil una apariencia de verdad que simula un documento como verdade-

ro (art. 390.2.º). Pero también, y esto es muy importante, se altera un documento en partes esenciales (art. 390.1.º), porque la falta de verdad, en todo o en parte, no es admisible en ningún documento de esta naturaleza por la especial confianza que deben generar respecto de su autenticidad en las personas. Cuando no se dice verdad, queda alterado el documento en sus elementos o requisitos esenciales.

La conclusión que se extrae de todo lo dicho es que en los delitos de esta naturaleza resulta difícil la no concurrencia de alguno o todos los supuestos del artículo 390; mejor dicho, de los apartados 1.º, 2.º y 4.º. Cuando la administradora falta a la verdad, simula el documento y lo altera en alguno de sus elementos esenciales. Sólo cuando el documento no tiene vocación o destino al tráfico mercantil, o no afecta a terceros es cuando tiene sentido la falsedad ideológica (por ejemplo, en un documento notarial faltar a la verdad ocultando el dato real del precio de la vivienda adquirida en la escritura). No obstante, la funcionalidad del documento es difícil de discernir en esta materia; pero si la confección de los balances o registros contables falsos de la administradora no hubieran tenido otra trascendencia o funcionalidad que la de engañar a la empresa, probablemente la falsedad habría sido inane; pero cuando se introduce en el tráfico jurídico-mercantil (la remisión de faxes con órdenes de pago que incluyen partidas o cantidades ficticias) una mentira documentada, esa mentira ya tiene esencia y simula la verdad, y el documento contable tiene relevancia a los efectos del artículo 390.1.º, 2.º y 3.º del Código Penal.

El hecho es, pues, constitutivo de delito de apropiación indebida continuada y de falsedad en documento mercantil de los artículos 390.1.º, 2.º y 4.º y 392 en concurso del artículo 74.

2. La segunda cuestión es ciertamente interesante, porque el texto recoge literalmente parte de lo establecido en el artículo 122 del Código Penal. A saber:

«El que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito o falta está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de la participación.»

Es la llamada por la doctrina «la receptación civil». La participación lucrativa no requiere el conocimiento de la actividad ilícita del autor y sí el conocimiento del hecho objetivo de la recepción del dinero por parte de la mujer.

Tiene mucha importancia que el marido no haya sido acusado y que, por tanto, no podamos hablar ni de autor ni de cómplice ni de receptor. La trascendencia está en que el precepto está pensado para un tercero ajeno (vamos a llamarlo civil). De ahí que se denomine receptación civil. Si el marido hubiera sido acusado o absuelto del delito (como autor o cooperador necesario o cómplice) no podría aplicársele el artículo, pues está pensado para el tercero, ajeno al hecho delictivo, que tiene en su poder (por el título que sea) los efectos del delito.

El marido es ajeno a la relación jurídico-penal. En consecuencia, no es autor, no es cómplice y no es receptor que, en tal caso, pudiera resultar obligado a la restitución de la «cosa» o al correspondiente resarcimiento si resultare beneficiado por título lucrativo. No es un caso de responsabilidad civil *ex delicto*, sino de la aplicación, en su caso, al proceso penal, de la nulidad de negocios jurídicos realizados con terceros ajenos a lo penal que se hubieren lucrado, adquiriendo efectos del delito. Se tiene en cuenta si son terceros adquirentes de buena fe.

El precepto está pensado para esos terceros que pudieran tener en su poder el dinero apropiado por la administradora, desconociendo su origen ilícito, pero no pudiendo imputárseles adquisición a título delictivo.

En consecuencia el marido sí puede ser tercero y si se demuestra que se ha quedado con los efectos del delito sin participación a título delictivo, pudiera serle de aplicación el artículo 122. Y pudiera ser declarado nulo el negocio jurídico realizado para su adquisición.

3. La dación en pago de un inmueble pretende, aparte de disminuir la responsabilidad civil en función de lo apropiado con deducción del valor del inmueble, lo que importa a este caso: apreciar o no una posible disminución de responsabilidad penal por «reparación del daño» (art. 21.5 CP). El ofrecimiento se convierte así en un pago u ofrecimiento parcial.

La antigua atenuante de arrepentimiento espontáneo se ha escindido en la doble apreciación atenuatoria de reparación del daño y la colaboración del acusado para el esclarecimiento de los hechos, durante la tramitación y antes de la celebración del juicio oral. No se atiende a los criterios subjetivos sino al hecho objetivo de que se haya reparado el daño o colaborado. Las razones subjetivas de moralidad no tienen trascendencia, a diferencia de lo que ocurría con la atenuante de arrepentimiento espontáneo en su consideración jurisprudencial pretérita.

Son razones de política criminal las que permiten la atenuante del artículo 21.5 sin atender a la moralidad de la conducta del sujeto. Al legislador lo que le importa es el resultado del comportamiento y no la oportunidad procesal subjetiva del agente. Sí parece que existe un denominado *actus contrarius*, que es el tácito reconocimiento de la infracción de la conducta con el ofrecimiento del inmueble. Cuando se entrega un bien, se está reconociendo que se ha infringido una norma penal. El reconocimiento de la infracción de la norma es un acto positivo que puede justificar la aplicación de la atenuante. Por ello, al hacer constar en el escrito que entrega el bien para deducir su importe de lo apropiado indebidamente (así reconocido en el escrito), se está exteriorizando y admitiendo expresamente la infracción de la norma penal.

En consecuencia, es admisible la aplicación de la atenuante al caso, porque es un ofrecimiento de pago parcial que intenta reparar civilmente, siempre que se realice antes de la celebración del juicio oral.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 21.5, 122, 390 y 392.
- SSTS de 13 de junio de 1997; 14 de mayo de 1998; 22 de septiembre de 2001; 11 y 29 de julio de 2002; 14 de marzo, 2 de julio y 3 de octubre de 2003; 9 de abril de 2004; 14 de octubre de 2005; 25 de enero y 8 de marzo de 2006 y 27 de diciembre de 2007.