

EMPRESA FAMILIAR Y FRAUDE CONTABLE

JOSÉ IGNACIO ESQUIVIAS JARAMILLO

Fiscal

Palabras clave: apropiación indebida, excusa absoluta.

ENUNCIADO

Enrique Pérez Larreta, como administrador único de la sociedad «GANTESA», durante el año 2009 llevó dos contabilidades distintas, ocultando a los demás socios ingresos que luego defraudaba. Así consiguió hacerse con 5.000 euros. Transcurrido un tiempo, y con el fin de evitar que pudiera ser descubierto, convocó una junta general de socios que tenía como único punto del orden del día la disolución de la sociedad familiar. Tal circunstancia provocó sospechas de irregularidad, lo cual motivó, tras la investigación oportuna, el descubrimiento de la defraudación.

Como ha quedado indiciariamente dicho en el apartado anterior, la empresa constituye una sociedad familiar, donde Enrique y su cuñado, esposo de su hermana, y sobrinos de Enrique, son los socios de la empresa. Se sobreentiende, por tanto, que la defraudación del dinero es la sustracción, a las indicadas personas, de sus bienes, a través de la sociedad que tienen constituida.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Es aplicable el artículo 295 del Código Penal? ¿Es apropiación indebida? ¿Es delito societario?

2. No obstante la respuesta a la pregunta anterior, ¿es aplicable el artículo 249 –estafa– del Código Penal?
3. ¿Es aplicable le excusa absoluta del artículo 268 del Código Penal?

SOLUCIÓN

1. Según el artículo 295 del Código Penal, se sanciona a los administradores de hecho o de derecho o a los socios que, en beneficio propio y con el abuso consiguiente de sus funciones, disponen fraudulentamente de los bienes de la sociedad, causando un perjuicio evidente a la sociedad, evaluable económicamente. La jurisprudencia entiende al respecto que, en su «modalidad de disposición fraudulenta de bienes, entra en concurso normativo con el delito de apropiación indebida del artículo 252 del Código Penal». Con el delito del artículo 295 no se está castigando la apropiación en sentido estricto, sino la disposición fraudulenta, con la circunstancia de que la acción defraudatoria la realiza el socio y el perjuicio económico recae sobre las personas o entidades con intereses en la sociedad (en el caso del ejemplo familiar). Sin embargo, en el caso del artículo 252, relativo a la apropiación indebida, al ser un tipo penal impersonal, pues no identifica un determinado tipo de autor, como tampoco define el perjuicio en concreto, sino que hace abstracción de la naturaleza del fraude que se puede producir, sin especificación de personas o intereses de personas y sociedades perjudicadas, también podría aplicarse a estos casos una singular forma de entender que Enrique se ha apropiado de dinero de la empresa familiar, con un perjuicio económicamente evaluable (5.000 €), y, por ende, entender igualmente válido el delito del artículo 252 del Código Penal.

Admitida esta colisión, y observándose que Enrique ha practicado contabilidades paralelas, quedándose con dinero, podríamos decir que se apropia y que defrauda a la sociedad familiar con comportamientos ilícitos sancionados por el artículo 252 como por el 295. Esta circunstancia debe resolverse por la vía del artículo 8.º 4 del Código Penal: «El precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor». Es el principio de alternatividad, en virtud del cual, al existir punto de convergencia entre el delito societario y el de apropiación indebida, la mayor gravedad de la pena determinará en favor del precepto que imponga mayor sanción, lo que resolverá la cuestión (SSTS 125/2002 u 80582/2003). El artículo 252 (por reenvío del 249) castiga la conducta con pena de prisión de 6 meses a 3 años, y el artículo 295 impondría la pena de 6 meses a 4 años. Por lo tanto, es más grave la sanción penal del artículo 295, del delito societario.

En conclusión con lo dicho, una cosa es que la pena se imponga por la vía del artículo 295 por el principio de alternatividad y otra que el delito sea societario. La conducta del administrador contenida en el tipo, es de apropiarse claramente de dinero de la empresa, que es dinero de los socios de la empresa. Pero la presencia de delitos coincidentes en aspectos, a modo de «círculos secantes»

(expresión tomada de la jurisprudencia sobre esta materia), no impide darle al hecho fáctico referido en el caso una connotación jurídica de delito de apropiación indebida, sin perjuicio de sancionar, por la existencia de un concurso de normas, con la pena más grave, resultado de la aplicación de los artículos 295, 249, 250 y 252 del Código Penal.

2. La segunda cuestión nos plantea algo muy interesante, que parece contradecir lo resuelto en el apartado anterior.

Enrique no sólo se ha apropiado de dinero, también ha falseado las cuentas de la sociedad, pues, al llevar doble contabilidad, en cierto sentido se puede decir que hace creer en unos datos contables no leales, no verdaderos, a los demás socios. ¿Hay quizás un delito de estafa y otro de tipo societario en su modalidad de falseamiento de las cuentas? ¿Nos desdecimos de lo razonado en la pregunta anterior? El artículo 290 del Código Penal nos dice:

«Los administradores de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio a la misma, a alguno de los socios (...)»

A simple vista parece evidente que Enrique ha cometido también este delito del artículo 290. A simple vista, asimismo, parece que Enrique también incurre en la conducta del artículo 242, esto es, la estafa. Entonces, ¿en qué queda la afirmación del punto anterior, que pretende describir la conducta penal de Enrique y que hemos definido como de delito de apropiación indebida?:

Dice literalmente una sentencia del Tribunal Supremo:

«Los actos de administración fraudulenta no se producen, por lo general, en virtud de una inicial, previa e intencionada maniobra engañosa sino por el ulterior, consciente e interesado quebrantamiento a posteriori de la genuina relación de confianza que vincula al administrador del patrimonio ajeno con el titular del mismo, lo que impide su inclusión en el delito de estafa –por ser el engaño su indiscutible elemento nuclear, sobre todo a raíz de la reforma del Código Penal operada por la LO 8/1983, de 25 de junio– pero los hace subsumibles, sin duda alguna, tras una importante evolución doctrinal y jurisprudencial, en el llamado "tipo de infidelidad".»

¿Qué es el «tipo de infidelidad»? En el derogado artículo 535 del Código Penal de 1983 se regulaban dos tipos de apropiación indebida:

«El clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro y el de gestión desleal que comete el admi-

nistrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance.»

En este segundo caso, el delito de apropiación indebida se producía aunque el dinero que se llevó Enrique no hubiese integrado su patrimonio pero sí conllevara el perjuicio patrimonial a la empresa, al suponer una deslealtad en su gestión como administrador único de la misma. Habría actuado de manera infiel. El uso de los verbos «apropiarse» y «distraer» del derogado artículo 535 indicaban con claridad una separación entre «lo que separa a la apropiación indebida en sentido estricto, en la que es precisa la incorporación de la cosa mueble ajena al patrimonio del que obra con ánimo de lucro, de la gestión fraudulenta en que la acción típica es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la persona física o jurídica titular del patrimonio administrado», no siendo precisa la concurrencia del *animus rem sibi habendi*, tan sólo que el autor quiera el perjuicio que ocasiona a la sociedad o lo consienta.

En definitiva la actuación de Enrique de distracción del dinero en su beneficio (aunque no lo fuera así, como queda dicho) es una actuación de distracción por infidelidad («tipo de infidelidad»), cuya construcción viene de la jurisprudencia anterior a la derogación del CP actual de 1995, por la interpretación dada al entonces artículo 535 del Código Penal de 1983. Enrique ha cometido el delito de apropiación indebida por infidelidad en la gestión de la empresa familiar y no un delito de estafa, y no se debe entender cometido tampoco el delito societario del artículo 290, porque, si aplicamos el sistema de concurso de normas del artículo 8.º del Código Penal, el precepto penal más especial es el de la apropiación indebida por «infidelidad en la gestión» y por la conducta clara de quedarse Enrique con el dinero de la empresa en perjuicio de otros (que no de falsear cuentas para causar un perjuicio a la empresa). Es verdad que la pena del párrafo segundo del artículo 290 (mitad superior) es mayor a la correspondiente al delito base del artículo 249 (véase) que aplica, en toda su extensión la pena de prisión de uno a tres años; pero la especialidad está antes que la alternatividad y el apartado 4.º de este artículo dice, literalmente «En defecto de los criterios anteriores», por lo cual, el precepto penal más grave (art. 290) no se aplica. Se dirá entonces, ¿en qué queda la argumentación del apartado 1.º que aplica la alternatividad y no la especialidad? Al respecto se alega, independientemente de lo cuestionable o no del razonamiento, que a la figura del artículo 295 no le es aplicable el criterio de la infidelidad en la gestión por la ausencia de falseamiento de la contabilidad para distraer el dinero, sino la disposición fraudulenta de los bienes en su beneficio, y que el tipo de infidelidad encaja más, en esa teoría de los «círculos secantes», entre el 290 y el 249.

3. Es aplicable la excusa absolutoria para el caso de Enrique y su cuñado: esposo de su hermana. Empecemos diciendo que este familiar no es consanguíneo. Se predica la consaguinidad entre los consanguíneos del esposo o esposa del defraudado. O sea, un hermano de sangre de la esposa del perjudicado. La excusa absolutoria alcanzará a un hermano de la mujer de Enrique, por ejemplo.

Es criterio de la jurisprudencia lo siguiente:

«(...) la razón de ser de la excusa absolutoria de los delitos contra la propiedad que no impliquen violencia ni intimidación entre los parientes incluidos en la excusa absolutoria del artículo 268 del vigente Código Penal, equivalente al artículo 564 del anterior Código Penal se encuentra en una razón de política criminal que exige no criminalizar actos efectuados en el seno de grupos familiares unidos por fuertes lazos de sangre en los términos descritos en el artículo 268 porque ello provoca una irrupción del sistema *per se* dentro del grupo familiar poco recomendable que perjudicaría la posible reconciliación familiar, y estaría en contra de la filosofía que debe inspirar la actuación penal de mínima intervención y última ratio, siendo preferible desviar el tema a la jurisdicción civil que supone una intervención menos traumática y más proporcionada a la exclusiva afectación de intereses económicos como los únicos cuestionados, de ahí que se excluya los apoderamientos violentos o intimidatorios en los que quedan afectados valores superiores a los meramente económicos como son la vida, integridad física o psíquica, la libertad y seguridad.»

«La ausencia en nuestro ordenamiento de una definición del concepto de afinidad y por lo tanto de su alcance se ve colmada por nuestro derecho histórico y la tradición jurídico-privada en la que se ensarta la codificación civil. La afinidad como forma de parentesco con relevancia jurídica tiene su origen en el Derecho canónico y recogida en los Decretales de Gregorio IX, en el Código Pío-Benedictino de 1917 y en el Código de Derecho Canónico de 1983, concepto que fue asumido por el Derecho civil. La afinidad surge del matrimonio válido y se da entre el varón y los consanguíneos de la mujer, e igualmente entre la mujer y los consanguíneos del varón. Se cuenta de manera que los consanguíneos del varón son en la misma línea y grado afines de la mujer, y viceversa (canon 109 de ese último Código de Derecho Canónico). Los Códigos civiles latinoamericanos, cuya codificación civil es heredera de la codificación napoleónica y española, recogen una definición análoga.»

Que este concuñado no puede ser considerado hermano por afinidad se halla declarado por las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de diciembre de 1994 y de la Sala de lo Social de 18 de febrero de 1998. No es un concuñado afín, pues el socio de Enrique, con ser concuñado, no es consanguíneo de la mujer de Enrique. El socio es esposo de la hermana de Enrique; no es hermano de una posible esposa de Enrique. Además, incluso si fueran afines por la consanguinidad indicada, hay una clara limitación a la aplicación de la excusa absolutoria. El artículo 268 pide que los afines «vivan juntos». El caso no aclara si viven juntos. No obstante queda apuntado para demostrar lo improbable de que pudiera apreciarse esta excusa, tanto en este caso, como en cualquier otro.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 1995 (CP), arts. 8.º 4, 249, 250, 252, 268, 290 y 295.
- SSTS 24/1998, de 26 de febrero; 530/1998, de 3 de abril; 359/1998, de 17 de octubre; 840/2000, de 12 de mayo; 1248/2000, de 12 de julio; 606/2005, de 11 de mayo y 950/2007, de 13 de noviembre.