

ALGUNAS CUESTIONES SOBRE EL ART. 31 CP

(Comunicación a la ponencia de José Antonio Choclán para el ciclo de mesas redondas “Gobierno corporativo y Derecho penal)

Alfonso Trallero Masó

Abogado

1. Necesidad o no de que el representado no actúe para la aplicabilidad del precepto

Según Choclán, el art. 31 CP 1995, como el anterior 15 bis, soluciona los problemas de “*irresponsabilidad del intraneus cuando el dominio del hecho lo ha asumido otra persona (extraneus) que actúa en su lugar*”. Conforme a esta tesis, el precepto sólo devendría aplicable cuando el sujeto que reúne la cualificación que exige la acción típica fuera irresponsable, bien por el mero hecho de ser persona jurídica (*societas delinquere non potest*), bien por tratarse de persona física que no habría realizado la acción típica.

El planteamiento es a mi entender erróneo: el art. 31 (como en su día expresamente se reconoció para el art. 15 bis –precepto que, tomado del CP alemán, se introdujo en la reforma de 1983, pero que vino precedido por una doctrina jurisprudencial que ya venía interpretando extensivamente el art. 14 CP 1973-) cubre ciertamente las lagunas de punibilidad que en otro caso se derivarían de la disociación entre la exigencia de una específica cualidad o cualidades en el sujeto activo para realizar la acción típica y la realización efectiva de la misma por un tercero en nombre de aquél en el que no concurren tales características, pero surge para atribuir al

representante la responsabilidad que en otro caso no le sería imponible, sin requerir por ello la irresponsabilidad del representado, cuestión que es contingente e irrelevante a estos efectos. El representante ha de actuar en nombre de otro, pero ello no impide una coactuación por el propio representado, que será en tal caso evidentemente responsable. Puede así ser igualmente operativo en supuestos de coautoría entre representante y representado. Piénsese en el supuesto del asesor fiscal que elabora y presenta, con poder suficiente, una declaración del IRPF constitutiva de delito contra la Hacienda Pública, con la plena aquiescencia del contribuyente, que ha diseñado conjuntamente con su asesor dicha declaración defraudatoria; o el del apoderado que se concierta con el empresario individual para falsear las cuentas de éste y lograr así la indebida declaración de concurso del mismo (art. 261 CP).

En todos estos casos, el art. 31 permite sancionar al representante actuante, pero no impide la aplicación del art. 28 respecto del representado que conoce y acepta previamente su actuación, que deberá ser considerado igualmente autor (“son autores quienes realizan el hecho por sí solos, *conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento*”).

Más extraordinaria, aunque no impensable, será la punición del representado como partícipe del delito del representante, por ejemplo como cómplice o cooperador necesario. En cambio, difícilmente podrá hablarse de inducción del representado, pues si éste convence a su representante para la realización material de la acción, lo que habrá será autoría mediata.

En cualquier caso, precisamente porque como reconoce Choclán, la regla de accesoriadad de la participación requiere un comportamiento típico tanto

del autor como del partícipe, presupuesto éste, deviene de obligada aplicación la punición del mismo.

2. La crítica a la STS 29 de julio de 2002 (caso Banesto): la integración *ad hoc* de las teorías de la representación y del dominio.

Como señala la ponencia de Choclán, en la referida sentencia la condena del Presidente y del Consejero Delegado de dicha entidad financiera se sustenta formalmente en la teoría del dominio del hecho, al señalarse expresamente que ambos “*tuvieron una participación directa en la confección de las falsedades contables, sin perjuicio de que se materializasen por personas distintas*”. Sin embargo, la fundamentación material se realiza en realidad desde la teoría de la representación, pues dicha participación directa la deduce la sentencia, no a partir de una probada aceptación previa por los mismos de la falsedad de las cuentas, sino del hecho de que, dada su situación en la cúspide del órgano de administración del banco, asumieron “*una responsabilidad directa y principal sobre la autenticidad de las cuentas sociales*”.

De ahí la contradicción *in terminis* señalada por Choclán, pues, en tal caso, no se entiende la exoneración del resto de los miembros del Consejo, ya que tal deducción de responsabilidad por el cargo debiera ser extensiva a todos a los que legalmente corresponde la formulación de las cuentas, conforme al art. 171 de la LSA. Y si lo que se quería era señalar que los únicos que realmente conocían la falsedad eran dicho Presidente y Consejero Delegado (teoría del dominio), tal conocimiento debió haber sido probado en el caso concreto y exteriorizado en la sentencia

condenatoria, sin que cupiera la mera remisión a los cargos ocupados por los mismos¹.

3. Los requisitos para la delegación eficaz de la responsabilidad.

Al contrario de lo que parece sostenerse en la ponencia, entiendo que no basta para la eficacia exonerante de la delegación el que el garante primario se asegure previamente de la competencia del delegado y de los medios con que se le dota para llevar a cabo la misma. Existe un tercer y decisivo requisito, que es el cumplimiento del deber de supervisión por quien delega, en la medida en que dicho deber subsista por reclamarlo la posición funcional del mismo. Así se deriva de la misma doctrina jurisprudencial (contencioso administrativa) citada en la ponencia, que entendemos efectivamente extrapolable al ámbito penal.

Ciertamente, el reproche penal –como el administrativo sancionador- se produce a partir de la desatención del mandato contenido en la norma por quien estaba en perfectas condiciones de cumplirlo. Por eso la capacidad del apoderado y de los medios de que dispone es un *prius* para la exoneración de quien le delegó, pero la delegación exonerante no puede

¹ Recuérdese que ya la STS 253/1993, de 20 de julio, sobre el antecedente art. 15 bis CP 1973, refirió que este precepto “...no vino... a introducir una regla de responsabilidad objetiva que hubiera de actuar indiscriminada y automáticamente, siempre que, probada la existencia de una conducta delictiva cometida al amparo de una persona jurídica, no resulte posible averiguar quiénes, de entre sus miembros, han sido los auténticos responsables de la misma, pues ello sería contrario al derecho a la presunción de inocencia y al propio tenor del precepto. Lo que el mismo persigue, por el contrario, es obviar la impunidad en que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas bajo el manto de una persona jurídica por miembros de la misma perfectamente individualizables, cuando, por tratarse de un delito especial propio, es decir, de un delito cuya autoría exige necesariamente la presencia de ciertas características, éstas únicamente concurren en la persona jurídica y no en sus miembros integrantes. La introducción del art. 15 bis C.P. tuvo el sentido de conceder cobertura legal a la extensión de la responsabilidad penal en tales casos, y sólo en ellos, a los órganos directivos y representantes legales o voluntarios de la persona jurídica... Mas... del citado precepto no cabe inferir que no hayan de quedar probadas, en cada caso concreto, tanto la real participación en los hechos de referencia como la culpabilidad en relación con los mismos”.

quedarse ahí. Lo que ocurre es que habrá de distinguirse según el tipo delictivo, de modo que en aquéllos en que el deber de supervisión no pueda exigirse de un modo permanente y exhaustivo (por ejemplo, riesgos en la actividad laboral o constructiva –art. 316 CP-), la acreditación de dichos requisitos permitirá que una mínima diligencia supervisora de quien delega pueda bastar para su exoneración. En cambio, en aquellos tipos (por ejemplo, delito de falseamiento de cuentas sociales), en que la posición normativa del garante primario (administrador de la sociedad) le siga llamando a una supervisión estricta de la labor del delegado, aquél deberá probar que cumplió sobradamente dicha supervisión y que el resultado se produjo como consecuencia de una actuación de éste suficientemente capaz de eludirla.

4. (En conexión con lo anterior) El específico supuesto del delito contra la Hacienda pública: el caso del asesor fiscal.

El supuesto abordado en la ponencia -asesor fiscal que realiza materialmente la declaración tributaria defraudatoria- permite perfilar aún más la anterior tesis, evidenciando así lo acertado del caso escogido por Choclán (interés que, a la par que dogmático, se evidencia igualmente en la práctica profesional, visto el demostrado celo de la administración tributaria en los últimos años en exigir responsabilidades penales a tales asesores junto al contribuyente).

Efectivamente, de nuevo lo determinante aquí será comprobar si el contribuyente pudo o no detectar (y oponerse) a la acción defraudatoria que –no se olvide, en interés inmediato del propio contribuyente- realiza su asesor fiscal. Para ello, habrá de partirse necesariamente de dos premisas centrífugas y contrapuestas:

1ª La acabada de señalar de que el beneficiario inmediato de la elusión defraudatoria es el propio contribuyente, lo que permitirá suponer fácilmente a su vez que el asesor fiscal habrá contado al menos con la aquiescencia de éste para la realización de la acción típica. Frente a ello, cabrá oponer ciertamente que no es impensable la existencia de intereses propios del asesor para la defraudación, derivados por ejemplo del mantenimiento de la encomienda en sucesivos ejercicios (el contribuyente cree que el asesor le ahorra impuestos gracias a su pericia y no a la vulneración de la normativa tributaria), pero ello exigirá como se ve un esfuerzo añadido y no la mera alegación de que la delegación se hizo en persona competente y de que se le facilitaron los medios adecuados para llevarla a cabo.

2ª La de que la delegación se habrá hecho normalmente por un contribuyente incapaz por sí mismo de aprehender la compleja y cambiante normativa tributaria, lo que ayudará a presuponer dicha falta de capacidad de supervisión por el contribuyente, pero no la acreditará por sí misma.

A partir de lo anterior, para la exoneración del contribuyente habrá de observarse, al margen de los dos repetidos requisitos en la delegación, una específica ignorancia de aquél respecto de dicha compleja normativa tributaria, lo que dependerá tanto del tipo de impuesto de que se trate (obviamente no es lo mismo el IVA, por ejemplo, que el Impuesto de Sociedades) como de la posición previa del contribuyente (con extremos constituidos por ejemplo por un contribuyente persona física que haya heredado una inmensa fortuna pero carezca de formación –supuesto éste que nos hemos encontrado en la práctica del despacho en más ocasiones de

las que uno se imagina a priori-, frente a una sociedad que factura cientos de miles de euros y a cuyos responsables se les supone un mínimo conocimiento previo de sus deberes fiscales).

En cualquier caso, estamos inequívocamente de acuerdo en la tesis sostenida en la ponencia de que, en estos supuestos, la punición del asesor debe realizarse como autor vía art. 31 y no como inductor del delito fiscal del contribuyente, siempre que se compruebe que fue aquél y no éste quien mantuvo el dominio del hecho. Lo que nos lleva igualmente a compartir las acertadas críticas de Choclán a la STS de 30 de abril de 2003, que absolvió a los responsables tributarios por error de tipo y sin embargo condenó al asesor como inductor.

5. El problema de las delegaciones sucesivas en delitos de comisión por omisión imprudentes

Un último aspecto a resaltar en estas breves consideraciones sobre el alcance del art. 31 del vigente Código penal estriba en la solución a dar en supuestos de cadena de delegaciones cuando a cada uno de los delegados sólo pueda imputársele objetivamente cada una de las omisiones que sucesivamente pudo haber evitado el resultado lesivo proscrito por el tipo. Dicho de otro modo, cuando el curso causal que desemboca en el resultado sea consecuencia de la falta de cumplimiento de los sucesivos deberes impuestos a cada uno de los eslabones de la cadena.

La aplicación del art. 31 en estos casos puede ser objetada, en la medida en que cada delegado no actúe sin más en nombre o representación de una misma persona jurídica o física, sino sólo y exclusivamente de quien a él le

delegó, como ocurre en los frecuentes supuestos de accidentes laborales con presencia de diferentes contratistas y subcontratistas.

En estos casos, el art. 31 podría no dar solución satisfactoria a la necesaria global contemplación del curso causal, pues las condiciones requeridas por el tipo para ser autor concurrirían sólo en uno de los eslabones de la cadena, lo que a su vez sólo permitiría entender cubierta por la cláusula de transferencia del deber a la delegación operada desde dicho eslabón, quedando fuera del texto legal la actuación de los demás, que en ningún caso habrían actuado en nombre ni representación de dicho tercero.

Frente a ello, podría empero afirmarse que el art. 31 no exige que la concurrencia de los presupuestos exigidos por la acción típica sea completa en uno solo de los eslabones, admitiendo en consecuencia la distribución de dichas condiciones entre los sucesivos delegantes. Desde esta perspectiva, y en la medida en que cada uno de ellos fuera consciente de que su actuación mantiene el riesgo de producción del resultado proscrito por el tipo, cabría acudir igualmente al art. 31 para atribuir la afectación del bien jurídico protegido en el tipo de referencia a todos y cada uno de aquellos que, en condiciones de evitar la concreción del riesgo, no activaron los mecanismos necesarios para ello. Todo ello, sin perjuicio de la necesidad de extremar en estos casos las cautelas derivadas del principio de irresponsabilidad por el hecho ajeno al objeto de no hacer reverdecer un ha tiempo superato versare in re illicita.