

F) Jurisdicción penal

Audiencia Provincial de Barcelona. En el delito de exacciones ilegales la acción típica tiene dos modalidades. Por un lado, el exigir, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos, y, por otro lado, el exigir, directa o indirectamente, derechos, tarifas por arancel o minutas en cuantía mayor a la legalmente señalada, y el delito se consuma desde el momento en que la autoridad o el funcionario público, directa o indirectamente, exigieran derechos, tarifas por arancel o derechos que no sean debidos o en cuantía superior a la legalmente señalada, sin que la realización típica exija la efectiva recepción de las mismas por la autoridad o el funcionario público, ni tampoco, y siquiera, su entrega por el particular. Las resoluciones de los registradores de la propiedad no se producen en asuntos administrativos, razón por la cual su conducta, aun pudiendo concurrir los demás elementos típicos, debe reputarse de atípica con relación al delito de prevaricación definido en el artículo 404 del Código Penal.

SUPUESTO DE HECHO

a) Don Lucio –mayor de edad y sin antecedentes penales–, en el ejercicio de su cargo como registrador de la propiedad de Mataró, procedió desde 1996 y hasta el año 2000, en que su proceder fue puesto de manifiesto, a la realización de los siguientes tipos de conductas principales:

–Minutar como certificación de cargas supuestos en los que el registrador lo que tenía que hacer en casos de discrepancia de cargas entre el título presentado para inscribir y el Registro era, hasta el 13 de abril de 1998, una manifestación de despacho y, a partir de dicha fecha una nota simple informativa simultánea a la nota de inscripción.

–Minutar ante la petición de un notario de información antes de autorizar el otorgamiento de una escritura de adquisición de bienes inmuebles o de constitución de un derecho real sobre los mismos dicha información como certificación o, en su caso, certificación con información continuada.

–Minutar como informes del artículo 355 del RH supuestos en los que no consta probado que se hubieran solicitado tales informes, o hubieran sido efectivamente emitidos.

Los hechos se denunciaron por trabajadores del Registro en el año 2000 como represalia por el enfrentamiento que en aquella época se produjo entre ellos y el titular del Registro, al colocar éste en aquél a sus hijos con unos elevados sueldos que repercutían en el porcentaje a repartir entre todos los empleados en el Registro de la Propiedad.

b) Don Lucio ejerce, además de su actividad profesional como registrador, la de empresario agrícola, procediendo durante los ejercicios fiscales de 1996 a 1999 a ocultar a la Hacienda pública una parte sustancial de las operaciones e ingresos obtenidos en su actividad profesional como registrador de la propiedad y, por otra parte, procedió a deducir gastos indebidos en sus actividades empresariales agrícolas privadas, ocultando igualmente al erario una parte sustancial de las retribuciones satisfechas a sus empleados en el Registro de la Propiedad, dejando de realizar las retenciones sobre rendimientos del trabajo personal a que venía legalmente obligado.

c) Igualmente don Lucio satisfizo al menos durante 1996, 1997 y 1998 importantes emolumentos a los empleados del Registro ocultando intencionadamente tales hechos a la Hacienda pública y dejando por tanto de practicar las correspondientes retenciones a cuenta del IRPF de aquéllos que legalmente venía obligado a realizar.

Don Lucio tenía establecido un sistema de doble contabilidad, en primer lugar una contabilidad oficial denominado “listado de IVA”, en la que se anotaban las minutas que eran objeto de la debida declaración al fisco y, en segundo lugar, una contabili-

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Segunda). Jurisdicción penal

RESOLUCIÓN: Sentencia núm. 732/2007

FECHA: 25 de julio de 2007

PONENTE: Ilmo. Sr. Pedro Martín García

DOCTRINA: En el delito de exacciones ilegales la acción típica tiene dos modalidades. Por un lado, el exigir, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos, y, por otro lado, el exigir, directa o indirectamente, derechos, tarifas por arancel o minutas en cuantía mayor a la legalmente señalada, y el delito se consuma desde el momento en que la autoridad o el funcionario público, directa o indirectamente, exigieran derechos, tarifas por arancel o derechos que no sean debidos o en cuantía superior a la legalmente señalada, sin que la realización típica exija la efectiva recepción de las mismas por la autoridad o el funcionario público, ni tampoco, y siquiera, su entrega por el particular. Las resoluciones de los registradores de la propiedad no se producen en asuntos administrativos, razón por la cual su conducta, aun pudiendo concurrir los demás elementos típicos, debe reputarse de atípica con relación al delito de prevaricación definido en el artículo 404 del Código Penal.

dad denominada “Gestión de facturas” en la que se anotaban aquellas facturas que se ocultaban al erario.

d) El 27 de octubre de 1997, don Lucio procedió a segregar y vender en escritura pública a don Leonardo, sin haber solicitado la pertinente licencia urbanística, una porción de una finca de su propiedad de superficie un área y 35 centiáreas, por el precio declarado de 800.000 ptas., procediendo seguidamente a calificar la indicada escritura como título inscribible y practicar luego con su firma la inscripción de la segregación y venta realizadas con fecha 26 de noviembre de 1997, como finca independiente.

En el procedimiento sancionador instruido en relación con la segregación indicada por parcelación ilegal aportó certificaciones registrales no veraces.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Respecto del delito de exacciones ilegales la Audiencia formula la siguiente doctrina general:

“Conforme dispone el artículo 437 del Código Penal: ‘La autoridad o funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada, será castigado, sin perjuicio de los reintegros a que viniere obligado, con las penas de multa de seis a veinticuatro meses y de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años’. Del análisis del precitado tipo penal se derivan las siguientes conclusiones: a) El sujeto activo de este delito sólo lo puede ser quien ostente la condición de autoridad o funcionario público, conforme a lo dispuesto en el ap. 1 del artículo 24 del Código Penal por lo que se refiere a quien debe ser considerado autoridad y en el ap. 2 del mismo precepto por lo que se refiere a quien debe ser considerado funcionario público. b) Por lo que respecta a la acción típica dos son las modalidades que la articulan, por un lado, el exigir, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos –es decir, cuando la autoridad o funcionario público engaña sobre la propia existencia de la deuda– y, por otro lado, el exigir, directa o indirectamente, derechos, tarifas por arancel o minutas en cuantía mayor a la legalmente señalada, es decir, cuando la Autoridad o funcionario público engaña sobre la cuantificación del importe debido. c) Por último, el delito se consuma desde el momento en que la autoridad o el funcionario público, directa o indirectamente, exigieran derechos, tarifas por arancel o derechos que no sean debidos o en cuantía superior a la legalmente señalada, sin que la realización típica exija la efectiva recepción de las mismas por la autoridad o el funcionario público, ni tampoco, y siquiera, su entrega por el particular.”

Para la Sala los hechos probados son legalmente constitutivos de un delito continuado de exacciones ilegales, pues el acusado, don Lucio, funcionario público, exigió a los particulares que se relacionaron con el Registro de la Propiedad, del que aquél era titular, en el periodo comprendido entre el año 1996 al 2000, unas veces cantidades por aranceles que no eran debidas y otras veces en cuantía superior a la legalmente establecida.

Del indicado delito declara criminalmente responsable en concepto de autor el acusado y no se considera criminalmente responsables a los empleados del Registro. Al hilo de esta consideración, diferencia entre coautor y cooperador necesario al afirmar:

“en la jurisprudencia del Tribunal Supremo la diferencia entre el coautor –quien tiene el dominio funcional del hecho, compartiendo la decisión conjunta de realización del hecho criminal y verificando cada uno un aporte a la misma que por su importancia se reputa de cualificada para el resultado y necesaria dentro de una razonable división del trabajo– y el cooperador necesario, viene determinada por el momento del aporte a la realización del hecho delictivo de que se trate, pues el coautor lo hace en la fase ejecutiva y el cooperador necesario en un momento anterior (por todas STS 939/2001, de 31 de octubre), en tanto que la diferencia entre éste y el cómplice se resuelve merced a la teoría de los bienes escasos, de tal manera que quien aporta al autor o autores un comportamiento de colaboración no fácil de conseguir, sería cooperador necesario y cómplice en caso contrario (por todas, STS 1159/2004, de 28 de octubre).”

La Audiencia concluye que:

“los empleados del Registro eran conocedores del ilegal proceder del titular del Registro cooperando, ello no obstante, con él, de forma necesaria, al logro de sus fines, procede, por imperativos del principio de la duda, su libre absolución con todos los pronunciamientos legalmente inherentes. Ahora bien, habiéndose lucrado de los efectos del delito de exacciones ilegales perpetrado por don Lucio será de aplicación a los mismos las previsiones del artículo 122 del Código Penal, conforme al cual: ‘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 su participación’.”

Los hechos relacionados en el apartado segundo del apartado de “hechos probados” son legalmente constitutivos de dos delitos contra la Hacienda pública, tipificados en el artículo 305 del Código Penal, pues don Lucio, con la colaboración de don Sebastián, en la forma que queda allí relacionada, defraudó al erario eludiendo el pago de tributos debidos en cuantía superior a los 120.000 euros en los ejercicios correspondientes a los años 1998 y 1999, calificación, por otra parte, aceptada por las defensas de ambos acusados.

Tiene interés la doctrina que se establece en relación con el concepto y consecuencias penales de las personas que regularicen su situación tributaria. La Audiencia señala que en el caso concreto es claro que don Lucio regularizó su situación tributaria antes de que se le notificara por la Administración Tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación y añade:

“Si bien el Tribunal entiende que con lo hasta aquí dicho queda clara la procedencia de la aplicación a don Lucio de la prevención contenida en el apartado 4 del artículo 305 del Código Penal, procederá dejar sentada la postura del Tribunal sobre el concepto de la regularización. El Tribunal, reconociendo lo conflictivo y discutido del tema, entiende que el concepto de regularización no puede equipararse a pago de la deuda tributaria, sino tan sólo, en principio, a poner en orden el contribuyente su situación tributaria ante la Hacienda pública, aflorando ante ésta las bases correctas y ajustando a la realidad dicha situación.”

Los argumentos que utiliza la Audiencia son los siguientes:

–La propia dicción legal:

“que utiliza el verbo ‘regularizar’ en vez del de ‘pagar’, y es sabido que regularizar es tanto como arreglar, poner en orden, expresiones que si bien convienen al pago son más amplias que dicho término, comprendiendo, en buenos principios hermenéuticos, la conducta del contribuyente exponiendo verazmente todos los datos reales de su situación tributaria a la Hacienda pública.

“En definitiva, el pago es una forma de regularización de la situación tributaria del contribuyente de que se trate, pero no toda regularización se confunde y equipara al pago.

“En este punto el Tribunal quiere recoger uno de los argumentos expuestos por la defensa en su escrito de conclusiones definitivas, el relativo a los antecedentes históricos del artículo 305, en el que se recuerda que la Propuesta de Anteproyecto de 1983 contenía en su artículo 298 una causa parcial de exclusión de pena condicionada al ‘pago con sus recargos’ de la deuda tributaria, siendo así que en la tramitación del Código Penal de 1995 fue rechazada la enmienda del grupo IU-IC que pretendía añadir al actual artículo 305 la siguiente mención: ‘la regularización a que se refiere el párrafo anterior requerirá que el responsable ingrese de modo efectivo las deudas tributarias defraudadas’, no obstante lo cual el legislador optó finalmente por la expresión ‘regularización’ (p. 23).”

–Porque cuando el legislador ha querido que la exención de responsabilidad criminal se conecte al pago de lo indebidamente defraudado ha utilizado categóricamente el término “pagar”:

“Así, por ejemplo, en el apartado 4 del artículo 308 del Código Penal, conforme al cual: ‘quedará exento de responsabilidad penal, en relación con las subvenciones, desgravaciones o ayudas a que se refieren los apartados primero y segundo de este artículo, el que reintegre las cantidades recibidas, incrementadas en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales’.”

–Porque la interpretación que equipara regularización a pago dejaría en numerosos casos en manos de la Administración Tributaria la exención o no de la responsabilidad criminal del contribuyente:

“Tales situaciones se producirían cuando la regularización entendida como puesta de manifiesto veraz a la Administración Tributaria de la real situación tributaria del sujeto fuera seguida de una petición de aplazamiento de pago, pues en estos casos el posible acogimiento al beneficio contemplado en el apartado 4 del artículo 305 del Código Penal estaría en función de que, antes de producido aquél, la Hacienda pública decidiera o no la iniciación de actuaciones de comprobación.”

En relación con el delito de prevaricación se afirma en primer lugar que:

“del análisis de la legislación, de la doctrina, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado se desprende claramente, a juicio del Tribunal, la naturaleza no administrativa de la función registral.”

En relación a los argumentos doctrinales se afirma que:

“no es pacífica en la doctrina científica el tema de la naturaleza jurídica de la función registral, siendo numerosos los autores que se inclinan por negarle naturaleza administrativa (así, por ejemplo, Sanz, Roca Sastre, Jerónimo González y significativamente Lacruz Verdejo, en su conocido ‘dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del registrador’, en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1979).”

En relación con los argumentos legales la Audiencia cita los artículos 66, párrafo primero, 324 y 328, párrafo primero, de la LH. Del análisis de los preceptos concluye:

“que no puede caber ninguna duda sobre la naturaleza no administrativa de la calificación negativa del registrador y, por traslación de la función calificadora de la que aquella calificación es el resultado y, por otro lado, que la misma conclusión deberá mantenerse con relación a las calificaciones positivas, pues contrariaría los más elementales principios hermenéuticos que las calificaciones, y, en su caso, la función calificadora, tuviera una naturaleza jurídica distinta según que fuera positiva o negativa.”

En relación con los argumentos jurisprudenciales cita y transcribe la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de noviembre de 1954, y finaliza las RDGRN de 26 de junio de 1986, 6 de junio de 1991, 10 de enero de 2000 y 8 de noviembre de 2000, que afirman que la función registral, en sentido material, se aproxima a la jurisdicción, porque los registradores de la propiedad –aunque como los jueces no están sujetos en sus funciones al principio de jerarquía para enjuiciar el caso, sino que gozan de independencia en su calificación– están fuera de la organización judicial y establecen el criterio que:

“En todo caso, es una actividad distinta de la propiamente administrativa. No está sujeta tal actividad a las disposiciones administrativas, sino que viene ordenada por las normas civiles. Las cuestiones sobre que versa –las situaciones jurídicas sobre la propiedad inmueble– son cuestiones civiles. Y por la índole de las disposiciones aplicables y la de las cuestiones que constituyen su objeto, esta actividad está fuera del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa –cf. artículos 22 de la Ley orgánica del Poder Judicial, 2 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, 51 y 62 de la Ley de enjuiciamiento civil y sentencias del Tribunal Supremo de las salas de lo contencioso de 18 de febrero de 1936 y 6 de noviembre de 1954–, lo que no significa que la actividad registral esté fuera del control jurisdiccional, puesto que las decisiones registrales dejan siempre a salvo la vía judicial ordinaria y las decisiones judiciales dictadas en el correspondiente proceso tienen siempre valor prevalente (cf. artículos 22 de la Ley orgánica del Poder Judicial y 1 y 66 de la Ley hipotecaria).”

Todo ello conlleva la siguiente conclusión:

“la negación de que las resoluciones de los registradores de la propiedad no se producen en asuntos administrativos, razón

por la cual su conducta, aún pudiendo concurrir los demás elementos típicos debe de reputarse de atípica con relación al delito de prevaricación definido en el artículo 404 del Código Penal. El Tribunal acepta que la conclusión precedentemente sentada pudiera resultar chocante, pero, dejando de lado la argumentación en la que se funda, basta recordar que tampoco los miembros del Ministerio Fiscal pueden cometer el delito de prevaricación, si bien por distintos motivos a los aquí expuestos, pero, en todo caso, referentes a la tipicidad de la conducta.”

En el fallo se condena a don Lucio:

–Como autor de un delito continuado de exacciones ilegales, a las penas de diecinueve meses, multa y suspensión de empleo o cargo público durante tres años, un mes y quince días.

–Como autor de dos delitos contra la Hacienda pública, a las penas, por cada delito, de seis meses de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa, respectivamente, de 131.659,32 euros y 99.680,28 euros.

–Como autor de un delito de infidelidad en la custodia de documentos, a las penas de un año de prisión, accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de quince meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro años.

A su vez se le absuelve del delito continuado de prevaricación y del delito de falsedad en documento oficial.