



Universidad de Valladolid

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Trabajo de Fin de Grado

Grado en Administración y Dirección de Empresas

Aspectos Mercantiles en la Regulación de los Delitos Societarios

Presentado por:

Paula Gaitán Carbajal

Tutelado por:

Ángel Marina García-Tuñón

Valladolid, Jueves 18 de julio de 2019

RESUMEN:

El Gobierno Corporativo es una herramienta que ha ido adquiriendo cada vez más importancia en los últimos años, siendo actualmente el sistema mediante el cual las empresas son dirigidas y controladas. Es un conjunto de principios y normas que comprende dos elementos básicos: por un lado, la estructura que determina cual es la distribución de derechos y responsabilidades entre el cuerpo directivo, el Consejo de Administración y los accionistas; y por otro lado, los medios necesarios para la toma de decisión en cuestiones corporativas y estratégicas.

En este trabajo se realiza una referencia introductoria sobre todo lo que rodea el debate de la “Corporate governance”, seguido de una aproximación a su concepto y su contenido. Posteriormente se indican las principales propuestas presentadas, y como han quedado constituidas dentro del ordenamiento jurídico español. A continuación, se expone un análisis detallado de cada una de las figuras de los tipos penales que hoy día están siendo los principales protagonistas en toda sociedad. Y por último se realizan tres síntesis que hacen referencia, a modo de caso práctico, a la STC 2401/2014, STC 1716/2019 y STC 949/2019.

Palabras Clave: Gobierno corporativo, administración, dirección, figuras de los tipos penales y transparencia.

ABSTRACT:

Corporate governance is a tool that has become increasingly important in recent years, and is currently the system through which companies are directed and controlled. It is a set of principles and rules that includes two basic elements: on the one hand, the structure that determines what is the distribution of rights and responsibilities between the governing body, the Board of Directors and the shareholders; and on the other hand, the necessary means for decision making in corporate and strategic matters.

In this work an introductory reference is made about everything that surrounds the debate of the "Corporate governance", followed by an approach to its concept and its content. Subsequently, the main proposals presented are indicated, and as they have been constituted within the Spanish legal system. Next, a detailed analysis of each one of the figures of the criminal types that today are being the main protagonists in every society is exposed. At last, three syntheses are made that refer, as a practical case, to STC 2401/2014, STC 1716/2019 and STC 949/2019.

Key Words: Corporate governance, administration, direction, figures of the criminal types and transparency.

Índice

| | |
|---|-----------|
| Introducción y Justificación del Tema | 4 |
| 1. Las Sociedades Mercantiles en el Ordenamiento Jurídico Español: el papel que desempeñan en el tráfico económico actual | 5 |
| 1.1 Características y clasificación de Sociedades Mercantiles | 6 |
| 1.2 La recepción en el Derecho Penal de la responsabilidad de las personas jurídicas : las sociedades mercantiles como sujetos de responsabilidad | 10 |
| 2. Tipología de las Figuras Penales: Delitos Públicos, Semipúblicos y Privados. | 11 |
| 2.1 Ubicación Sistemática de los Delitos Societarios..... | 12 |
| 2.2 Caracterización y clasificación de la Delincuencia Societaria..... | 13 |
| 2.3 Dificultades de inclusión de los Delitos Societarios..... | 15 |
| 2.4 Razones de Inclusión de los Delitos Societarios en los Delitos del Orden Socioeconómico..... | 15 |
| 2.5 Formas de Aparición del Delito | 17 |
| 2.6 Falsedades Societarias | 19 |
| 3. Tipología de los Delitos Societarios..... | 23 |
| 4. Jurisprudencia. Caso Práctico..... | 36 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 40 |

Introducción y Justificación del Tema

La necesidad de las empresas de desarrollar su actividad entre ellas y con otros sujetos, hace que aparezca un conjunto normativo susceptible de regular dichas relaciones y posibles transacciones a través de una gran variedad de disposiciones, con diferente rango y naturaleza. Con esto, lo que se pretende, además de establecer un determinado marco jurídico con un fondo interdisciplinar es, también, llevar a cabo la tipificación de determinadas conductas susceptibles de ilícitos penales, entre los que destaca los delitos societarios.

La razón que me llevó a elegir este tema, es la trascendencia y evolución de ese especial marco de regulación que ha tenido desde sus orígenes hasta hoy, teniendo en cuenta que hasta la fecha, el ejercicio de la actividad de empresa se acoge, mayoritariamente, a la forma jurídica de sociedades mercantiles habitual, muy particularmente a través de las llamadas sociedades de capital.

En la coyuntura del tráfico económico actual se ha notado un cambio, dado que el empresario individual, se ha visto poco a poco desplazado por el empresario colectivo o social. Uno de los motivos que ha llevado a esta situación, es la cantidad de recursos económicos requeridos y los riesgos que implica la creación de una empresa. Por lo que, para afrontarlo, es necesario analizar los objetivos y los recursos con los que uno cuenta a la hora de emprender y estudiar las posibilidades de éxito, eligiendo una forma de organización adecuada, como es la societaria. Esto justifica la actual relevancia de las sociedades mercantiles, en las que sobre todo, en muchas de ellas se busca la limitación de responsabilidad o también facilidades a la hora de transmitir las acciones y participaciones sociales en los que se divide su capital social.

En esta misma línea, es de especial relevancia mencionar que, el ordenamiento jurídico, impone directamente una forma societaria para aquellas empresas de gran importancia en la economía de nuestro país, que actualmente representan las sociedades cotizadas.

Todo ello, es lo que me ha llevado a comentar los aspectos hacia donde se encamina el marco jurídico de las sociedades mercantiles y ha dado lugar a

englobar y regular los delitos societarios, aquellas figuras jurídicas que tienen una permanencia en la actualidad y que de alguna manera se definen combinando presupuestos típicamente penales, con conceptos más propios del derecho privado y concretamente del Derecho Mercantil de sociedades.

1. Las Sociedades Mercantiles en el Ordenamiento Jurídico Español: el papel que desempeñan en el tráfico económico actual

El comercio, es una actividad ancestral realizado por el hombre y materializado en sus orígenes alrededor del trueque. Surge a su vez, una necesidad de vincular y combinar esfuerzos para llevar a cabo un proyecto específico, lo que a su vez, ha llevado a la evolución y desarrollo humano a lo largo de la historia.

Esta combinación de esfuerzos, dio lugar a la aparición de las sociedades mercantiles, entidades jurídicas que desde hace tiempo protagonizan el desarrollo de las actividades económicas de cualquier país.

El principal objetivo de las organizaciones con fines económicos, consiste en satisfacer las exigencias de la sociedad humana y su progresión ha facilitado la expansión del tráfico jurídico hasta niveles insospechados hasta ahora. Esto, incluso, se ha puesto de manifiesto cuando los poderes públicos, ya desde el siglo XVIII, asumieron la necesidad de hablar de “un sector público empresarial” y la creación de empresas públicas, todo lo cual ha generado en algunos puntos normas específicas al respecto, cuyo alcance, en el ámbito de nuestra temática -delitos societarios- no está del todo claro.

En España, el legislador no ha constituido un régimen jurídico específico; dado que no existe norma específica alguna sobre sociedades mercantiles de titularidad pública, ya que su regulación se distribuye entre normas propiamente mercantiles que disponen de ciertas particularidades, acerca del régimen general de las sociedades de capital, y normas del Derecho público sobre el régimen patrimonial, estableciendo así, singularidades según la Administración de la que sea titular de la sociedad: Administración del estado, de las comunidades autónomas, municipios y provincias.

1.1 . Características y clasificación de Sociedades Mercantiles

La creación de una sociedad mercantil se da en el momento en el que, a través de un contrato, dos o más personas se unen para establecer un capital social posteriormente convertido en los bienes que van a permitir llevar a cabo su actividad económica, teniendo en cuenta a la vez, su participación en toda ganancia o pérdida que padezca la empresa.

En general, las sociedades mercantiles, para quedar plenamente constituidas y adquirir personalidad jurídica, precisan la concurrencia de dos elementos: que el contrato se recoja en un documento público llamado escritura de constitución y que dicha escritura se inscriba en el Registro Mercantil. De este modo, con dicha inscripción, adquirirá su personalidad jurídica. (art. 119 CCo)

Una sociedad mercantil puede modificar el contenido de ese contrato a lo largo de su existencia, con la obligación de cumplimentar idénticos requisitos formales a los establecidos para su constitución.

Toda sociedad se ha de constituir para la consecución de un fin común. El fin común es la idea que vertebró el concepto de sociedad y que nos permite distinguir el contrato de sociedad de otros. Además del interés de todos los socios hacia un mismo fin o dirección, es necesario que todos contribuyan a su consecución, es decir, todos los socios deberán obligarse a realizar una aportación idónea para alcanzar el fin común perseguido.

La válida celebración del contrato de sociedad requiere de la existencia de los elementos generales de formación del contrato: consentimiento, objeto y causa.

El objeto del contrato de sociedad consiste en las aportaciones prometidas por los socios para promover el fin social, cualquier prestación de carácter patrimonial y de interés para la consecución del fin común.

En la sociedad, la causa, es el fin común que persiguen las partes, es decir, el elemento en común que diferencia el contrato de sociedad de los demás contratos.

Respecto al sistema de tipos societarios, se distribuyen en dos tipos generales: los tipos personalistas o sociedades de personas y los tipos capitalistas. Las personalistas, son aquellas en las que la gestión de la sociedad recae necesariamente en los socios; sin embargo, en las sociedades capitalistas lo relevante no son las personas, sino en el capital aportado por cada uno de ellos a la sociedad.

Atendiendo a la referencia de esos elementos las sociedades, pueden ser de varios tipos, tal como luego se indicará, y en todo caso representan un modelo de organización.

Para su correcta regulación, las sociedades mercantiles están sujetas a marcos legales de una naturaleza y contenido muy diverso y que, en el ámbito sustantivo privado en España es representado principalmente por la Ley de Sociedades de Capital y el Registro Mercantil en última instancia y, subsidiariamente, por el Código de Comercio.

Como hemos dicho, el Ordenamiento Jurídico español regula diferentes tipos básicos de sociedades mercantiles, en concreto:

- i. Sociedad de Responsabilidad Limitada
- ii. Sociedad Anónima

Siendo los rasgos más esenciales y de forma más resumida los siguientes:

- o Sociedad de Responsabilidad Limitada:

Es el modelo de organización hoy básico en España, cuya responsabilidad no excede del capital aportado, exceptuando el caso de fraude del uso de la personalidad jurídica, ya que, en ese caso, se ampliará acogiendo también el patrimonio de socios y accionistas.

En este tipo de sociedad, es suficiente la constitución de esta, con único socio, aportando una inversión inicial de 3.000 euros. Al ser una responsabilidad limitada, en el caso de caer en una situación deudora, el patrimonio personal de los socios no se vería damnificado.

- Sociedad Anónima:

El capital mínimo aportado en esta sociedad para su constitución es de 60.000 euros. Atendiendo a ello, la responsabilidad de los accionistas se acotará al límite establecido por la cifra del capital aportado por los mismos, exceptuando que incurrieran en la posible situación de fraude en la personalidad jurídica, en la que la responsabilidad incluiría el patrimonio personal.

Las figuras societarias mencionadas anteriormente, son consideradas las propias y principales en el ámbito de las relaciones jurídico privadas, pero nuestro ordenamiento jurídico además, cuenta con otras modalidades que, han de tenerse en cuenta tradicionalmente como figuras típicas existentes de personas jurídicas y recogidas en el Código Civil, que por lo general quedan fuera del tráfico económico, pero tienen igual consideración desde el punto de vista del objeto central de nuestro estudio, es decir, atendiendo a la regulación de los delitos societarios.

Principalmente, una persona jurídica, es considerada aquella organización en la que, el ordenamiento jurídico se encarga de atribuir la cualidad de sujeto de derechos y obligaciones, con capacidad propia y por lo tanto, diferentes a los que tienen los individuos que la integran.

En ese sentido y atendiendo a lo establecido, se constituyen como personas jurídicas :

1. Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley. Su personalidad empieza en el momento en el que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado correctamente constituidas.
2. Las asociaciones de interés particular sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la Ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados. (Sociedad Limitada, Sociedad Anónima, Sociedad Unipersonal, etc.)

El régimen jurídico aplicable a las sociedades mercantiles irregulares, es el contenido en los artículos 36 y 37 de la Ley de Sociedades de Capital, para las

sociedades en formación. El artículo 36 desarrolla las responsabilidades de quienes hubiesen actuado: *“ Por los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, responderán solidariamente quienes los hubiesen celebrado, a no ser que su eficacia hubiese quedado condicionada a la inscripción y, en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad”*. El artículo 37 relativo a la responsabilidad de la sociedad en formación: *“ 1. Por los actos y contratos indispensables para la inscripción de la sociedad, por los realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción y por los estipulados en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designadas por todos los socios, responderá la sociedad en formación con el patrimonio que tuviere. 2. Los socios responderán personalmente hasta el límite de lo que se hubieran obligado a aportar. 3. Salvo que la escritura o los estatutos sociales dispongan otra cosa, si la fecha de comienzo de las operaciones coincide con el otorgamiento de la escritura fundacional, se entenderá que los administradores están facultados para el pleno desarrollo del objeto social y para realizar toda clase de actos y contratos”*.

Por otra parte, el ordenamiento jurídico regula situaciones en las que se ponen de manifiesto defectos en su proceso constituyente. Es el caso de las sociedades mercantiles irregulares, estos aspectos se encuentran regulados en la Ley de Sociedades de Capital en el artículo 39 referente a la sociedad devenida irregular: *“1. Una vez verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil si la sociedad en formación hubiera iniciado o continuado sus operaciones. 2. En caso de posterior inscripción de la sociedad no será de aplicación lo establecido en el apartado segundo del artículo anterior”*; y en el artículo 40 que se refiere al derecho del socio a instar la disolución : *“En caso de sociedad devenida irregular, cualquier socio podrá instar la disolución de la sociedad ante el juez de lo mercantil del lugar del domicilio social y exigir, previa liquidación del patrimonio social, la cuota correspondiente, que se satisfará, siempre que sea posible, con la restitución de sus aportaciones.*

1.2 La recepción en el Derecho Penal de la responsabilidad de las personas jurídicas: las sociedades mercantiles como sujetos de responsabilidad

Es importante resaltar y llevar a cabo un análisis acerca del tratamiento conceptual, ya que para la postura tradicional, la persona jurídica no era aceptada como sujeto de Derecho, es decir, de responsabilidad.

Nuestro Ordenamiento Jurídico parte de un principio general en virtud del cual, cualquier persona jurídica es susceptible de ser objeto de imputación de responsabilidad.

En el ámbito civil esta cuestión es pacífica desde hace tiempo, de manera, que la operatividad del artículo 1902 del CC alcanza toda su extensión.

Históricamente el Derecho romano, no conocía la figura de la persona jurídica, aunque se le reconocían derechos subjetivos a los conjuntos de personas; se distinguía perfectamente entre los derechos y obligaciones de la corporación y los de sus miembros como una de sus mayores aportaciones.

La constatación de estos hechos permite afirmar la evolución y la relevancia que ha tenido este tema en la Edad Media, ya que a partir de los canonistas, se puede apreciar un importante giro y se empieza a elaborar el concepto de persona jurídica.

Se empezó a establecer la diferenciación entre voluntad y carácter, puesto que, la voluntad es la forma en la que el sujeto expresa su carácter. Se justifica la igualdad de que las personas jurídicas también son personas sociales con la misma capacidad que los individuos; las personas jurídicas también son fenómenos de la vida social, ya que, no solo el ser humano puede ser considerado como persona y sujeto de derechos.

Se postularon muchas teorías acerca de este tema, en la tuvo mucha relevancia en concreto, la del historiador Gierke, que permite reconocer que la persona jurídica no es algo que existe junto o frente a sus miembros, sino que precisamente existe a través de ellos. “ La capacidad de ser sujeto, significa personalidad jurídica”.

A raíz de esta evolución acerca de la responsabilidad de las personas jurídicas en este ámbito, el Código Penal establece “ *la responsabilidad penal de sociedades mercantiles y personas jurídicas en general, que se materializa a través del resto de su articulado en el que se sanciona penalmente a dichas actividades por la comisión de numerosas infracciones, que pueden ser cometidas de forma habitual en el ámbito de su actividad empresarial*”.

Según lo previsto en los supuestos del Código Penal para los delitos, se constituye que tienen responsabilidad penal las personas jurídicas atendiendo a:

1. *“Aquellos delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.*
2. *Delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.”*

2. Tipología de las Figuras Penales: Delitos Públicos, Semipúblicos y Privados.

Dada la reforma realizada del 30 de marzo por la LO 1/2015 (LA LEY 4993/2015), surge la siguiente clasificación de las distintas clases de delitos atendiendo a su perseguibilidad:

a) Delitos Privados

Se consideran aquellos delitos que únicamente para cuya perseguibilidad, la persona directamente perjudicada, deberá presentar la correspondiente denuncia o querrela.

Dentro de este tipo, se encuentran los delitos de injurias y calumnias, para los cuales, contra ellos no podrán denunciar terceras personas, asociaciones, instituciones, etc, ni podrán ser perseguidos de oficio.

b) Delitos Semipúblicos o Semiprivados

En este caso, dichos delitos, sí pueden ser perseguidos de oficio judicialmente a instancia de terceras personas, Ministerio Fiscal o acusación popular; siempre que previamente se haya presentado denuncia o querrela por la persona agraviada, aunque a posteriori se retire dicha denuncia o querrela.

Este tipo delictivo, contiene algunas excepciones que anulan la exigencia de que la persona perjudicada intervenga previamente; estos se dan cuando concurra una persona incapacitada o menor de edad.

Los delitos englobados como semipúblicos son, los delitos sexuales, de acoso, agresiones, abusos, delitos de descubrimiento y revelación de secretos, los delitos de calumnias e injurias cuando se dirijan contra funcionarios, autoridades o agentes de la misma en relación al ejercicio de sus funciones, los delitos de abandono familiar, los daños causados por imprudencia y los delitos contra la propiedad intelectual, contra la propiedad industrial y contra los consumidores.

c) Delitos Públicos

Por último, los delitos públicos son todos aquellos que no están incluidos en los tipos anteriores, es decir, el resto de los delitos recogidos por el Código Penal.

Estos delitos podrán ser perseguidos a instancias de los perjudicados, de terceras personas, de una acusación popular o de oficio indistintamente.

Los delitos societarios tienen, una doble naturaleza pública o semipública, según se vean afectados los intereses generales o de una pluralidad de personas.

2.1 Ubicación Sistemática de los Delitos Societarios

En la PANCP 83, se contienen una serie de figuras delictivas a las que denomina

Delitos socioeconómicos y se eliminan un conjunto de ilícitos que, si aparecían incluidos en el PCP 80. Finalmente, la redacción definitiva del CP del 95, fusiona las categorías sistematizadoras patrimonio y orden socioeconómico, rubricando por último el Título XIII como Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico.

El legislador incluyó de un modo invariable los delitos societarios, entre ese conjunto de delitos.

En esta fase preliminar, parece necesario determinar cuáles de los delitos contenidos en el Título XIII serían, según el criterio del legislador, delitos contra el patrimonio y cuales otros delitos contra el orden socioeconómico. Dentro de este segundo bloque se encuentran ubicados los delitos societarios, que, por tanto, vendrían entendidos por el legislador como delitos contra el orden socioeconómico.

Los delitos económicos como delitos contra el orden socioeconómico

El derecho penal económico, como protector del orden socioeconómico en sentido estricto, estaría formado por el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico, entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la Economía. Según este concepto, quedarían incluidas entre los delitos económicos solo aquellas conductas que atacan directamente los preceptos legales encargados de determinar la estructura y funcionamiento del orden económico nacional.

Por otro lado, el derecho penal económico concebido en sentido amplio, sería el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico, entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios. Se incluyen, las conductas delictivas que tienen como objeto determinados intereses patrimoniales individuales, pero que, a su vez, son potencialmente lesivas para la vida económica o la estructura que la determina.

2.2 Caracterización y clasificación de la Delincuencia Societaria

Manual: los delitos societarios en el CP Español (Fernández Teruelo)

Recordar como dato previo, que los denominados delitos societarios pertenecen

a la categoría de los delitos especiales en sentido estricto, que son aquellos que sólo pueden ser cometidos por personas que reúnen las condiciones requeridas en el tipo, quedando, por tanto, restringida la esfera de sujetos activos a los citados expresamente en los artículos 290-295 del CP; y entre ellos, el administrador de hecho o de derecho de las sociedades.

El derecho penal de la empresa ha sido dividido en dos grandes grupos. El primero de ellos, constituido por la criminalidad de empresa; se trata de conductas fraudulentas realizadas para o por medio de una empresa; abarcaría el daño causado a una empresa por quienes participan en la misma.

Las características de este tipo de delincuencia son fundamentalmente las propias del delito económico, al ser delincuencia empresaria una especie de esta categoría general; sin embargo, algunas de ellas se intensifican de un modo notable.

- a) Con frecuencia se produce una pluralidad de intereses afectados con una eventual afectación al orden económico y también una pluralidad de perjudicados.
- b) Una característica que los diferencia de los clásicos delitos patrimoniales, (estafa y apropiación indebida) es que falta la clásica bilateralidad entre autor y víctima.
- c) Existe un aprovechamiento de la limitación de la responsabilidad al patrimonio social sin que sea posible acudir al patrimonio personal de los sujetos que en la misma intervienen.
- d) Está presente un abuso de desconfianza que, puede identificarse en una ruptura de la lealtad a la que está obligado el administrador para con la sociedad.

Las dificultades que se presentan para sancionar las conductas delictivas cometidas teniendo como marco la sociedad, son fundamentalmente dos tipos:

- a) Especial improcedencia de los principios dogmáticos propios de derecho penal para hacer frente a esas conductas.

b) Específicos factores derivados de la propia naturaleza de este sector.

Respecto al cuerpo normativo donde deben regularse estas conductas parece conveniente resaltar que en el Derecho comparado, la sanción penal de los delitos cometidos en el seno de las empresas, frecuentemente se traslada a las propias leyes mercantiles.

2.3 Dificultades de inclusión de los Delitos Societarios

Para determinar cuál sea el bien jurídico protegido de los delitos societarios debe contarse con múltiples factores; entre ellos estará la intensidad de la agresión. También tener en cuenta, la propia dimensión o tamaño de la sociedad en cuyo seno tienen lugar las conductas delictivas, ya que podríamos estar ante un fenómeno con verdadera virtualidad lesiva sobre la economía nacional. Relacionado con este factor, debe aludirse también a la naturaleza o tipología societaria en la que tienen lugar las irregularidades.

El elemento fundamental en orden a la determinación del bien jurídico que se desea proteger, es que en relación a los delitos societarios estos solo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Para continuar, añadir que, no será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.

2.4 Razones de Inclusión de los Delitos Societarios en los Delitos del Orden Socioeconómico.

Es preciso examinar cuáles son las razones que han podido llevar al legislador a instaurar unas concretas condiciones de perseguibilidad del tipo para los delitos societarios. Para justificarlo, se ha elaborado la doctrina científica del doble fundamento, en la cual se pudieran justificar para tal previsión legal.

En primer lugar, la escasa trascendencia del delito o infracción punible. Ante la posibilidad de que la infracción sea realmente leve, carezca de trascendencia social y repercuta sólo en la esfera privada del sujeto, se otorga al ofendido la posibilidad de valorar si siente como punible la infracción y en consecuencia decida si el delito debe perseguirse.

En segundo lugar, la colisión del interés del agraviado con el de la Justicia. A través de esta medida pudiera haberse pretendido otorgar al agraviado la posibilidad de evitar el daño que, dada la extrema sensibilidad del mercado societario, podría derivarse de la apertura de un procedimiento penal. Sin embargo, este argumento ha pesado menos en la mente del legislador, ya que la referida persecución de oficio queda también reservada al Ministerio Fiscal, cuando se vean afectados los intereses de una pluralidad de personas.

Algunas conductas que han dado lugar a delitos societarios pueden tener una repercusión que exceda lo estrictamente patrimonial, causando con ello una autentica convulsión socio-económica, no debe olvidarse que la teoría del bien jurídico reclama la determinación del bien directamente ofendido. Aparentemente una facilidad que pudiera derivarse de concretar el bien jurídico en el orden económico no debe limitar un esfuerzo de determinación de los intereses que, aunque de inferior rango, son realmente afectados.

En términos generales, se ha discutido incluso que un bien superior, de tanta vaguedad e inconcreción como es el orden económico, sea realmente susceptible de lesión, por estar normalmente demasiado lejano de la conducta ilícita; y así se ha propuesto evitar el reconocimiento de bienes respecto a los cuales su lesión no sea realmente posible.

En la técnica utilizada por el legislador español en la regulación de los delitos societarios, el legislador, ha mantenido una línea invariable de política legislativa, respecto a la formulación de los tipos penales societarios en cuanto a su relación con el bien jurídico. Con posterioridad, se produce una radical inversión de la tendencia, y así, la PANCP 83 incluye mayoritariamente delitos de lesión, decisión en su momento alabada por unos y criticada por otros. Demostrar la naturaleza de cada uno de estos delitos no es tarea fácil, se trata de dos ilícitos societarios mas relevantes, los que nos permite celebrar que, se hayan construido con claridad.

La primera (art. 290), sanciona las falsedades en la documentación social; se trata de un delito de peligro abstracto respecto al bien jurídico patrimonial. El art. 295 tampoco genera en este aspecto ningún tipo de controversia, al tratarse claramente de un tipo de lesión, que sanciona penalmente determinadas

conductas de administración desleal, cuando las mismas son llevadas a cabo en el seno de una sociedad. El precepto exige que el socio o administrador realice la conducta fraudulenta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable.

2.5 Formas de Aparición del Delito

- Fases ejecutivas

La consumación del delito no suele producirse en el momento en que las cuentas anuales son aprobadas por la Junta, pese a que sea ese el momento en que las mismas adquieren eficacia jurídica. La consumación tendrá lugar en el momento en que esos documentos previamente falseados pudieran ser conocidos a través de medios lícitos por los eventuales perjudicados, ya que es entonces cuando la aptitud lesiva puede manifestarse.

Para determinar el momento de consumación del delito deben distinguirse varios supuestos: En primer lugar, es suficiente que exista una potencialidad lesiva, mientras que en el segundo se exige una efectiva lesión patrimonial. Además, habrá de tomarse en cuenta cuál es el documento falseado.

Asimismo, el criterio no puede ser el mismo respecto a los terceros, ya que para ellos no se prevé la posibilidad de consulta de las cuentas. El conocimiento por parte de los terceros de la información contenida en las mismas y por tanto la aptitud lesiva puede surgir una vez que las mismas se depositen.

- Autoría y participación

El papel básico asignado a la contabilidad hace necesario contar con un mecanismo destinado a controlar y garantizar la veracidad de la misma, y proteger así la propia sociedad y a los sujetos que ostentan una relación jurídico-económica con la misma.

Así, los auditores están obligados a elaborar un informe, excluido del objeto material. Sin embargo, la actuación del auditor puede ir dirigida de un modo consciente a ratificar una previa falsedad llevada a cabo por el administrador. Ante esto, nos encontraríamos con un delito especial en sentido estricto, en el que, el auditor no podrá ser nunca considerado autor del delito. Tal posibilidad

se deriva del momento en que el mismo puede intervenir para ratificar las cuentas (falsas) del administrador, ya que dicho momento es anterior a la realización del hecho típico (falsedad idónea). Es difícil entrar a considerar su responsabilidad como partícipe en el delito en comisión por omisión, ya que los criterios del art.11 están pensados para las formas de autoría pero no para las de participación.

- Cuestiones concursales

En relación con el delito de falsedades en documento mercantil, el concurso de normas con el delito de falsedades cometidas por particular solo será posible cuando excepcionalmente la alteración del documento constituya una falsedad material. La solución al conflicto de normas debe obtenerse en favor al art.290 en virtud del principio de especialidad.

Referente al delito de estafa, en algunas ocasiones, la comisión de la conducta falsaria reproducirá los elementos propios del delito de estafa. La falsedad debe generar un error en el sujeto pasivo que derive en una disposición patrimonial. Tanto si se produce el perjuicio como la aptitud de este, la concurrencia debe solventarse a través del concurso de normas a favor de la estafa en virtud del principio de subsidiariedad. La estafa con una mayor penalidad constituye una forma más grave de ataque al bien jurídico patrimonial.

En el delito contable, si las falsedades cometidas en el balance tienen por objeto la elusión de deberes fiscales, nos encontramos ante un concurso de delitos, ya que concurren dos bienes jurídicos diferenciados como son el patrimonio privado y el Erario Público.

Respecto al delito societario de lesión de los derechos sociales, tal derecho aparece tutelado de forma directa en el art.293 CP. La cuestión relativa al precepto aplicable en cada caso concreto se resolverá de acuerdo con el principio de especialidad en favor del delito del art.290.

Para concluir, en relación con el delito de falsedades en procedimiento de quiebra; se trata del supuesto en que estando abierto un procedimiento de quiebra, concurso o expediente en suspensión de pagos, se presentan datos falsos relativos al estado contable; ha de resolverse en favor del delito del art.290

en base al principio de subsidiariedad.

La sanción penal prevista: doble penalidad en atención a la causación o no de perjuicio, donde el legislador español prevé una doble penalidad; cuando la actividad falsaria no haya causado perjuicio, los administradores: “(...) serán castigados con la pena de prisión de 1-3 años y multa de 6-12 meses”. Si, el perjuicio se produce “(...) se impondrán las penas en su mitad superior”.

2.6 Falsedades Societarias

Bien jurídico: el objeto de protección en el delito de falsedades societarias

Es el patrimonio el único bien jurídico protegido por los delitos societarios. La labor de determinación que nos ocupa, debe ponerse en relación con los esfuerzos realizados por la doctrina, dirigidos a concretar cuál es el bien jurídico de los delitos de falsedades documentales, cuestión que ha suscitado una intensa polémica. La determinación de cuál deba ser dicho objeto de protección no es en absoluto pacífica y así, las opiniones van desde quienes lo localizan en la fe pública, o en la funcionalidad del documento, en base al crédito del que gozan los documentos en la vida social, hasta los que creen encontrarlo en la seguridad en el tráfico jurídico e incluso quienes aíslan como tal bien jurídico al valor probatorio del documento.

Para concluir, no se cree preciso incidir en la búsqueda de bienes jurídicos distintos del estrictamente patrimonial, ya que en este supuesto, la falsedad no es mas que el medio a través de cual se obtiene el beneficio y se causa el correspondiente daño patrimonial.

Se considera que estamos ante un delito exclusivamente patrimonial, al proteger la veracidad de la información social, lo que realmente estaría amparando son los intereses patrimoniales de los distintos sujetos a quienes la misma se dirige.

Aspecto objetivo del Tipo

A) El sujeto activo del delito. El auditor de cuentas.

Para que la contabilidad goce de toda la virtualidad que de la misma se espera, es necesaria la presencia de una presunción de veracidad que sólo se logra a

través de la auditoria.

La importancia de la labor de los auditores en la vida y normal desarrollo de las sociedades se pone de manifiesto al estudiar su responsabilidad. El auditor puede elaborar un informe negativo o desfavorable sobre unas cuentas correctas y que, por tanto, reflejan la imagen fiel de la sociedad. En esta situación, dicho informe puede perfectamente constituir una falsedad idónea para causar un perjuicio patrimonial.

Por tanto, el auditor puede, falsear documentos sociales a efectos del art.290 CP. Pero, la categoría del auditor no es asimilable a la del administrador de hecho o de derecho. Se trata de una figura cuya función no tiene ningún tipo de parentesco con la propia de los administradores y que en ningún caso realiza tareas de administración o equivalentes. Por lo que, en consecuencia de lo expresado, el auditor no puede ser considerado autor del delito.

B) La conducta falsaria en el delito de falsedades societarias

Tradicionalmente se han distinguido dos formas de cometer falsedades documentales.

- i. *Falsedades materiales:* se elabora o modifica un documento para hacerlo parecer auténtico.
- ii. *Falsedades ideológicas:* se hacen constar datos falsos o se omiten datos ciertos en un documento auténtico.

La acción falsaria del art. 290, del mismo modo que en todos los demás delitos de falsedades, debe ser apta para hacer pasar por verdadero algo falso. Por tanto, es necesario que se distorsione la realidad de forma idónea para confundir o producir error.

Consecuentemente, el tipo societario reclama una doble aptitud, la ya reseñada general a todos los delitos de falsedades y la expresamente exigida por la descripción del art. 290.1.

C) El objeto de referencia de la conducta falsaria

- Aspectos generales

El precepto determina el objeto sobre el que recae la acción típica en las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad. Debemos tener en cuenta, como la inicial concentración de información en el balance ha ido dejando paso a otros documentos también relevantes como la memoria. Nuestro ordenamiento mercantil, impone la obligación de contabilidad a todo empresario, sin que sea relevante la clase, cualidad o dimensión de la empresa.

En las sociedades anónimas, serán el administrador singular o el Consejo de Administración, los encargados de la formulación de las cuentas anuales. En las sociedades colectivas, los socios encargados de la dirección y manejo de los asuntos sociales serán los obligados a cumplimentar el deber contable. Lo mismo sucede con las sociedades comanditarias simples. Respecto a las sociedades comanditarias por acciones deberán regirse en esta materia por lo dispuesto en la LSA, a la que se remite el art.155 del C.com.

- El objeto de conducta falsaria. Las cuentas anuales

el modelo de determinación del objeto material del delito, contiene una cláusula general, que extiende su ámbito de aplicación a múltiples documentos, pero prioriza fundamentalmente las cuentas anuales. Las mismas, tiene como destinatarios a los accionistas, socios, acreedores y terceros en general, comprendidas todas ellas, en la determinación del sujeto pasivo que el propio precepto realiza.

- El objeto de referencia de la conducta falsaria. Otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad.

Debe tenerse en cuenta, la importancia de elaborar un listado completo de documentos relevantes; el hacer constar de un modo voluntario datos falsos será delito no tanto en virtud de cual sea el documento, sino en base a la naturaleza de dicha falsedad.

Los documentos falseados capaces de constituir el objeto material de este delito serán sólo aquellos de naturaleza oficial; por lo que se consideran documentos oficiales, los llevados a cabo por los administradores en el ejercicio de sus funciones, todos aquellos que sirvan para poner de manifiesto tareas sociales, institucional y legítimamente propias de uno de los sujetos socialmente cualificados. En el caso de que la falsedad fuese llevada a cabo sobre algún documento no oficial, podríamos encontrarnos ante un delito de estafa.

El legislador español, excluye de modo taxativo la posibilidad de que este delito se cometa a través de manifestaciones orales llevadas a cabo por el administrador.

Todos estos criterios que acabamos de exponer son fuente limitativa previa. Han de quedar comprendidos en el objeto material del delito, los documentos que vayan dirigidos no sólo al espectro interno de la sociedad, sino también aquellos con trascendencia externa. En el primer caso, se estarán protegiendo los intereses de los accionistas o socios en general. En el segundo, quedará salvaguardado aquel interés propio de los acreedores presentes, así como el de los socios y acreedores potenciales (futuros).

D) El criterio de la potencialidad lesiva adoptado por el art.290 CP 95.

El legislador introduce en la descripción típica, antes de la expresión “para causar un perjuicio”, el inciso “de forma idónea”, quedando por tanto el delito configurado del siguiente modo: “ los administradores(...) que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados (...)”.

E) El sujeto pasivo del delito

La descripción típica del art.290, delimita las categorías de sujetos sobre los que habrá que proyectarse el perjuicio.

Deben entenderse comprendidos, en primer lugar, los acreedores de la sociedad cuyas expectativas de que se hagan efectivos sus créditos podrían verse perjudicadas por las maniobras falsarias. Junto a ellos, están los trabajadores y

los acreedores potenciales o futuros, que ven lesionadas sus expectativas de relación con la sociedad.

Por la diversidad de bienes jurídicos protegidos, queda excluida la Hacienda Pública como sujeto pasivo del delito, cuya defensa, se consagra a través de una ley especial (arts 305 y 306 CP).

El Estado podrá ser sujeto pasivo del delito, pero no como tal, sino cuando ostente la condición propia de alguno de los sujetos citados.

3. Tipología de los Delitos Societarios

La tipificación de los delitos societarios se hizo por primera vez en el CP de 1995, integrando el capítulo XIII del Libro II, y comprendido en los artículos 290 a 297, colmando una laguna que la mayoría de la doctrina pensaba que no era posible integrar con las tipologías tradicionales de la estafa, falsedades documentales y apropiación indebida.

El capítulo, ha permanecido inalterado hasta el día de hoy, encontrándose en proceso de tramitación parlamentaria el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del CP presentado el 23 de septiembre de 2013, que viene a afectar al delito de administración desleal tipificado en el art. 295; precepto derogado actualmente, como consecuencia de la reforma general de la apropiación indebida, al introducir en el capítulo VI del título XIII, una nueva sección 1 bis “ de la administración desleal”, en la que se incluye un artículo único (el 252 con nueva redacción) que tipifica con carácter general esta modalidad delictiva.

Tipos

1. DELITO DE FALSEDAD DOCUMENTAL SOCIETARIA

Art. 290: castigo a los administradores de hecho o derecho, de una sociedad constituida o en formación que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que reflejen la situación jurídica o económica de la identidad, para causar un perjuicio económico a la misma, alguno de sus socios o terceros.

Señalar que en este precepto, lamentablemente, el legislador omite mencionar a las sociedades irregulares.

- Naturaleza Jurídica

Es un delito de peligro, se produce cuando se crea una situación idónea para causar perjuicio a la sociedad, esa situación que el C.P. Quiere evitar como adelantamiento de la barrera de protección del bien jurídico protegido.

- Sujeto Activo

Una vez que se afirma que dichas conductas entran en el ámbito de delitos comunes de falsedad documental, el tratamiento solo es justificable en 2 supuestos:

1) Si cubre lagunas de punibilidad

2) Si agrava la pena frente a la prevista para la falsedad en documento mercantil

La única conducta falsaria de los administradores es faltar a la verdad en la narración de los hechos.

La agravación de la pena se fundamenta en los intereses que subyacen en el correcto funcionamiento de las sociedades y su importancia en el tráfico jurídico-económico actual.

La especial protección que merecen ciertos documentos mercantiles, atribuye la función de dar a conocer la situación jurídica o económica de la sociedad.

La condición de delito especial del precepto societario, puesto que la cualidad especial del sujeto activo, justifica por í solo una agravación de la pena.

- Sujeto Pasivo
 - I. La propia sociedad como ente
 - II. Los socios individualmente considerados
 - III. Terceros que hayan tenido o fueran a tener relaciones mercantiles con la sociedad

- Elemento Subjetivo

El delito solo se castiga si se obra dolorosamente, si se actúa conociendo todos los elementos que configuran los requisitos del tipo analizado.

- Penalidad

La pena prevista es prisión de 1-3 años y multa de 6-12 meses.

Subtipo agravado. Para el caso de producción efectiva del perjuicio a pena prevista será de prisión de 3-4 años y medio y multa de 12-18 meses.

- Elementos mercantiles del tipo penal

En este precepto encontramos al administrador de hecho o de derecho, una sociedad constituida o en formación, cuentas anuales u otros documentos y socios o terceros.

A continuación paso a describir cada uno de los elementos mercantiles de este tipo penal.

Como administrador de hecho se entiende toda aquella persona que ejerce las funciones que son propias de este cargo, sin haber sido designado formalmente para ello. Se considera administrador de derecho, a aquella persona que como consecuencia del nombramiento por los socios de la compañía, acepta dicho cargo y ejerce sus funciones como tal. Dicho nombramiento debe ser publicado por el Registro Mercantil correspondiente. Por lo que respecta a las sociedades en formación, son todas aquellas que habiendo sido otorgada la correspondiente escritura pública, la misma todavía no ha sido inscrita en el Registro Mercantil.

Las cuentas anuales, son todas aquellas que contienen la información financiera de una empresa; dichas cuentas, están formadas por el balance, la cuenta de perdidas y ganancias, el estado de cambios en el patrimonio neto, el estado de flujos de efectivo y la memoria.

Se denomina socio a la persona física o jurídica que, cumpliendo los requisitos establecidos por la ley en relación a cada tipo jurídico, ostenta derechos y contrae obligaciones que le dan categoría de existencia, constituida como sociedad.

El tercero, es aquella persona sobre la que repercuten actos o consecuencias ajenas a su voluntad.

2. DELITO DE IMPOSICIÓN DE ACUERDOS ABUSIVOS

Art. 291: castiga a los que prevaleciendo de su situación mayoritaria en la junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad, impusieran acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios y sin que repartan beneficios.

Pueden diferenciarse 2 supuestos:

- I. Consecuencias de pagos de sumas indebidas como remuneración por asesoramiento- informes no realizados o que excedan de lo que se puede considerar habitual por la actividad realizada o adquisición de bienes a nombre propio con fondo de la sociedad.
 - II. Las operaciones acordadas entre un miembro del órgano de administración o socio y la sociedad sin una contraprestación que corresponda a criterios de mercado, como la venta de activos de sociedad a favor de un socio/ administrativo por un precio inferior al normal de mercado, la adquisición de acciones por un precio inferior a su cotización o adquisición de bienes de poco valor para la sociedad a un precio mucho más alto que el de mercado.
- Sujeto Activo

Se trata de un delito especial propio por cuanto el sujeto activo, solo puede ser una persona concreta, quien tiene una posición mayoritaria en los órganos de la sociedad, junta de accionistas u órgano de administración. Por ende, solo puede ser sujeto activo el administrador, el que ocupa una posición mayoritaria, o el socio integrante de la junta de accionistas pero además con un número de acciones o participaciones para imponer un acuerdo.

- Sujeto Pasivo

Son los socios titulares del bien jurídico protegido. Dichos intereses patrimoniales de los socios no pertenecientes al grupo mayoritario o de control,

los que resultarán lesionados por la conducta típica.

Los socios que sin formar parte del grupo de control que se ha prevalido de su situación mayoritaria contribuyen con su voto a la formación de la mayoría en la junta, siempre que su patrimonio sea lesionado por la comisión del delito.

- Conducta Típica

La acción castigada comprende varios elementos indispensables:

- i. Imponer acuerdos abusivos
- ii. Prevaliéndose de su situación mayoritaria
- iii. Con ánimo de lucro propio o ajeno
- iv. En perjuicio de los demás socios

- Penalidad

La pena prevista es de prisión de 6 meses a 3 años o alternativamente, multa del tanto por triplo del beneficio obtenido.

- Elementos Mercantiles del tipo penal

En este precepto encontramos como elementos mercantiles a la junta de accionistas, órgano de administración, acuerdos abusivos y el reparto de beneficios entre los socios.

Procedo a describir estos elementos. Se considera junta de accionistas a aquel órgano de administración y fiscalización que pertenece a una sociedad anónima en el cual se toman las decisiones que son fundamentales para el funcionamiento de la misma. Con carácter general, el órgano de administración de una persona jurídica es toda aquella persona que asume las funciones de gobierno, gestión y representación de la misma, teniendo en cuenta que es imprescindible para que pueda cumplir su objetivo.

El acuerdo abusivo es aquel que se comete prevaliéndose de la una posición ventajosa o desigual a la del resto, imponiendo acuerdos que sean perjudiciales a los demás socios, sin reportar beneficios a aquella. El reparto de dividendos

es la manera que tienen las sociedades mercantiles de repartir sus beneficios obtenidos.

3. DELITO DE IMPOSICIÓN DE ACUERDOS LESIVOS

Art. 292: penaliza a los que impusieren o se aprovecharen para sí o un tercero, en perjuicio de la sociedad o de alguno de sus socios, de un acuerdo lesivo adoptado por una mayoría ficticia, obtenida por abuso de firma en blanco, por atribución indebida del derecho de voto a quienes legalmente carezcan del mismo, por negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tengan reconocido por la ley o cualquier otro medio o procedimiento semejante y sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituyese otro delito.

- Sujeto Activo

Varía en función del modo de acción:

- i. Modalidad de imposición, sujeto activo solo pueden ser los miembros de la junta de accionistas u órgano de administración.
- ii. En la modalidad de aprovechamiento, cualquier persona puede realizar esa conducta utilizando el acuerdo impuesto por anteriores.

- Sujeto Pasivo

Es la sociedad y el socio o socios perjudicados por los hechos

Quedan extramuros del tipo de acuerdos lesivos para terceros, sean personas físicas o jurídicas.

- Elemento Subjetivo

Se castiga la comisión de los hechos de forma dolosa únicamente. Requisito necesario el ánimo de perjudicar a la sociedad o a sus socios o a alguno de ellos.

- Conducta Típica

Viene constituida por:

- i. Imponer/aprovechar para sí o para un tercero, un acuerdo lesivo

- ii. Adoptado por una mayoría ficticia: obtenida con mecanismos fraudulentos (abuso de firma en blanco, atribución no prevista en la norma reguladora, negar el voto a quien tiene derecho)
- iii. En perjuicio de la sociedad o sus socios
 - Penalidad

La pena prevista en prisión de 6 meses a 3 años o multa del tanto por triplo del beneficio.

El precepto prevé que si para realizar esas maniobras fraudulentas se cometieran otros delitos (amenazas, coacciones...), se castigarán aparte estas infracciones.

- Elementos Mercantiles del tipo penal

En este precepto encontramos como elementos mercantiles a la sociedad, los socios, acuerdos lesivos y a la mayoría ficticia.

Procedo a explicar cada uno de los elementos citados.

Se denomina sociedad a aquella persona jurídica que tiene como fin la realización de actos de comercio sujetos al Derecho comercial. Un acuerdo lesivo es aquel hábil para perjudicar a la sociedad y/o sus socios, dado que es lesivo en cuanto lesiona o perjudica. En cuanto a mayoría ficticia es aquella que se obtiene mediante mecanismos fraudulentos llegando a conseguir un resultado que no había sido el obtenido procediendo de la manera más ajustada a derecho.

4. DELITO DE NEGACIÓN DE DERECHOS A LOS SOCIOS

Art. 293: castiga a los administradores de hecho o derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, que sin causa legal negaren o impidieren a un socio, el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social o suscripción preferente de acciones reconocidas por las leyes.

La Ley de Sociedades de Capital, parte de un doble supuesto de responsabilidad de los administradores:

- I. Por daños causados al patrimonio de la sociedad, cuya reparación es exigible por la propia sociedad previo acuerdo de la junta general, también subsidiariamente por los socios minoritarios y acreedores, a través de la acción social de responsabilidad.
- II. La responsabilidad derivada de daños causados directamente al patrimonio de socios y terceros, exigibles a través de la acción individual de responsabilidad.

La diferencia, entre ambos supuestos, viene dada “ex lege” por el patrimonio sobre el que incide el daño ocasionado por el acto de los administradores que es el social en caso de la acción social de responsabilidad y el individual de los socios y/o acreedores en el caso de acción individual.

- Sujeto Activo

En primer lugar, existen sujetos diferentes a los administradores de derecho que están en condiciones de realizar la conducta típica y pueden ser considerados sujetos activos del delito que nos ocupa al incluirse entre los administradores de hecho.

En segundo lugar, es necesario que se ostente la condición de administrador en el momento de los hechos, pues en caso contrario la conducta no es delito societario, con independencia de que pueda integrar otra infracción delictiva, en su caso.

- Sujeto Pasivo

- i. Será el socio que ve vulnerado su derecho
- ii. Los sujetos distintos de los socios que gozan de derechos otorgados por la legislación mercantil no forman parte del círculo de sujetos pasivos previsto por el tipo.

- Conducta Típica

- i. Negar o impedir el ejercicio de los llamados derechos societarios que son los que garantizan la participación del socio en la gestión de la sociedad, y que se encuentren recogidos, en diversos artículos.

- ii. Sin causa legal, de existir ésta, el comportamiento no sería punible.

La cuestión de las posibles exclusiones o limitaciones del ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente, de los socios necesita ser aclarada con algunas puntualizaciones.

En primer lugar, existen supuestos en los que es la propia Ley la que excluye algunos de estos derechos en determinadas circunstancias.

En segundo lugar, en ocasiones la Ley de Sociedades de Capital permite que los estatutos o, simplemente, la junta general, excluyan o limiten algunos derechos, aunque siempre dentro de los límites y condiciones legales. Estos supuestos también integran la “causa legal” a que alude el precepto penal.

En tercer lugar, los derechos deben ser ejercidos en las ocasiones que prevé la Ley, y cumpliendo las formalidades prescritas para ello. Fuera de esos supuestos, la negativa o el impedimento a su ejercicio no constituye el delito que nos ocupa.

En cuarto lugar, puede ser que el ejercicio de un derecho por parte del administrador dé lugar a una negativa o impedimento al ejercicio de un derecho del socio, en cuyo caso no se considera aplicable el delito que nos ocupa.

Al margen de los supuestos legal o estatutoriamente previstos, esto es, cuando se obra sin causa legal, cualquier conducta que produzca como resultado la obstrucción del ejercicio de los derechos de los socios mencionados por el tipo, podrá ser sancionada a través del delito societario que nos ocupa.

El autor será castigado si actúa con dolo, es decir, conociendo plenamente los requisitos que conforman la infracción penal y queriendo realizarlos.

- Penalidad

Prevista para el autor del delito consumado, es la suma de 6-12 meses.

- Elementos Mercantiles del tipo penal

Aquí encontramos como elementos mercantiles a los administradores de hecho

o de derecho, la sociedad constituida o en formación, los socios, el ejercicio de los derechos de información y participación en la gestión o control y la suscripción preferente de acciones.

De esta manera, paso a describir los elementos mercantiles previamente mencionados. El ejercicio de los derechos de acceso a la información y participación se define como el derecho de aquella persona de buscar y recibir información en poder del gobierno y/o de las administraciones públicas, admitiendo esto como un derecho fundamental para el pleno desarrollo de una sociedad. El derecho de suscripción preferente de acciones, es un derecho que posibilita la suscripción de nuevas acciones en una situación como es la de ampliación de capital en proporción al valor que tenga el número de acciones de dicha sociedad.

5. DELITO DE OBSTRUCCIÓN DE LABORES INSPECTORAS Y SUPERVISORAS

Art. 294: castiga penalmente a los que, como administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, sometida o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa, negaren o impidieren la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras.

Es un tipo absolutamente novedoso en España, sin precedentes en los proyectos que habían precedido a la aprobación del Código penal de 1995. Esta previsión respondió al menos a dos factores: el primero, de carácter extra dogmático y estrictamente español, estuvo constituido por el escándalo del Banco Español de Crédito (Banesto), que saltó a la luz pública a raíz de su intervención por el Banco de España; el segundo, responde a la observación de que las entidades de crédito se han mostrado siempre renuentes a dar a conocer su verdadera situación patrimonial, además de manifestar su desconfianza frente a los riesgos de obstaculización burocrática derivada de la presencia de órganos de inspección al interior.

- Sujeto Activo

El tipo que analizamos es más restrictivo, por dos motivos: por un lado, porque no es posible que el delito sea cometido por un administrador de hecho, dado

que la Administración inspectora o supervisora dirigirá su requerimiento a quien le conste que ejerce el cargo de administrador, con todos los requisitos formales; por otro , puesto que especifica que para que estos sujetos sea de aplicación el precepto, las entidades que administran han de estar sometidas a supervisión administrativa o actuar en mercados sujetos a dicha supervisión.

Así, quedan sometidas al régimen de supervisión e inspección a cargo, salvo excepciones de la CNMV, no solamente las personas y entidades mencionadas en el art. 84 LMV, sino también: las empresas de servicios e inversión y servicios auxiliares, aunque se excluyen numerosos supuestos:

- Las personas o entidades que promuevan una oferta pública de adquisición de acciones de una sociedad cotizada u otros valores que den derecho a su adquisición o suscripción, las sociedades afectadas, las sociedades y agencias de valores o las entidades de crédito que actúen en representación del oferente, los administradores de cualquiera de las entidades anteriormente indicadas y cualquier otra persona que directa o indirectamente intervenga por cuenta o de forma concertada, con aquellas en la oferta pública.
- Todos los miembros de un mercado oficial de futuros, opciones y otros instrumentos financieros derivados.
- El Mercado Secundario de Renta Fija de la Asociación de Intermediarios de Activos Financieros.
- Las Sociedades Gestoras y los Fondos de Titulación Hipotecaria.

Para finalizar su delimitación, es correcta la distinción que efectúa el precepto entre sociedades constituidas o en formación sometidas a supervisión administrativa, y las mismas entidades “que actúen en mercados sujetos a supervisión administrativa”. Algunas de las entidades que se incluyen en el concepto de sociedad contenido en el art. 297 CP solo se ven sometidas a supervisión administrativa cuando actúan en determinados mercados, señaladamente el mercado de valores, pero no en otro caso.

- Sujeto Pasivo

Es la Administración Pública, como ente público que ve impedida su actuación inspectora o supervisora. Al tratarse de un bien jurídico supraindividual o colectivo, su titular y por tanto el sujeto pasivo del delito, básicamente, es la colectividad.

- Elemento material

Son las sociedades, constituidas o en formación pero no cualquier sociedad, sino aquellas sometidas o que actúen en mercados sujetos a supervisión administrativa, normalmente por la trascendencia de su actuación en unos determinados intereses generales o sectores de la población o de la actividad socioeconómica. Habrá que estar a las normas administrativas que impongan estos controles en las sociedades de determinados tráficó mercantiles (seguros, valores, entidades de crédito, etc.).

- Conducta típica

Consiste en negar o impedir la actuación inspectora o supervisora. Es una acción de desobediencia que se comete tanto con la negativa abierta a la actuación, como, sin negarlo expresamente, impedir de hecho directa o indirectamente la actuación de los agentes o inspectores.

Es requisito necesario que la negativa a la actividad supervisora, sea maliciosa o intencional, es decir, dolosa. No cabrá duda sobre el conocimiento de la obligación de permitir la actuación administrativa pues ésta llevará previamente un requerimiento o notificación de dicha actuación que desvanecerá cualquier duda sobre su realidad y legalidad.

- Penalidad

La pena con que esta conducta es de prisión de 6 meses a 3 años, o alternativamente, multa de 12 a 24 meses. Además podrá también imponerse alguna de las medidas establecidas en el art. 129 CP, según la reforma del CP operada por LO 1/2015:

- i. Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de 5 años.

- ii. Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de 5 años.
 - iii. Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.
 - iv. Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de 15 años.
 - v. Intervención judicial, para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de 5 años.
- Elementos Mercantiles del tipo penal

En este precepto encontramos como elementos mercantiles a los administradores de hecho o de derecho, sociedad constituida o en formación y a los órganos o entidades inspectoras o supervisoras.

A continuación procedo a explicar los elementos mercantiles anteriormente mencionados. Las entidades inspectoras o supervisoras de una sociedad, son aquellos órganos cuya función principal es la de comprobar que todas las actuaciones de la sociedad se llevan a cabo de manera correcta.

6. DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL

La reforma del CP llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, ha dotado de una nueva configuración al delito de administración desleal, eliminándolo del campo de los “delitos societarios”, (ha derogado el art. 295 CP que se ocupaba de este delito), para trasladarlo a los “delitos patrimoniales” como figura específica recogida en el art. 252 CP dentro del capítulo de los delitos de “defraudación”, bajo un nuevo epígrafe de la Sección 2ª denominada ahora “ De la administración desleal”.

Con esta reforma ha dejado de ser un delito societario para convertirse en un delito patrimonial aplicable a todos los casos de administración desleal del

patrimonio en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras.

Manual: los delitos societarios (Patricia Faraldo Cabana)

4. Jurisprudencia. Caso Práctico

En relación con lo dispuesto anteriormente acerca de los delitos societarios, expongo un resumen jurisprudencial de tres sentencias, como caso más práctico y real de dos de los delitos expuestos anteriormente, ya que hoy día se cometen frecuentemente en cualquier situación.

STS 2401/2014

Poniéndonos en situación de lo ocurrido, los hechos se dieron, siendo los dos acusados, accionistas de la sociedad Hergon construcciones, siendo únicos socios al 50% y administradores. Los acusados, el 4 de mayo de 2005, otorgaron dos escrituras de venta de participaciones sociales a los querellantes del 33,33% de las acciones de dicha sociedad, quedando los acusados como titulares del igual porcentaje de la misma; con dicho otorgamiento, pretendían que la sociedad pudiera pasar a constituirse como gran empresa a efectos del PGC.

Lo ocurrido aquí, es que la gestión económica continuó, pero dejando al margen de la misma y sin acceso a las cuentas a los nuevos socios. También los acusados, firmaron una certificación falsa, dando constancia de una junta general en la que supuestamente asistieron también los querellantes y aprobando todas las cuentas sociales.

Para lograr la borrosidad en sus actuaciones como administradores, evitaron el acceso a la gestión social, desmintiendo información y sin someter a junta general de socios la aprobación de las cuentas de los últimos años; además elaboraron documentos irreales para la presentación anual que se realiza para el registro mercantil.

Se refiere a que los nuevos socios promovieron ante el juzgado de primera instancia de Valladolid, expediente para la convocatoria judicial de junta de socios, logrando su estimación y la convocatoria de una nueva junta en la que se nombró nuevo administrador.

Los acusados, ante las constantes solicitudes de los socios de la convocatoria de junta, promovieron demanda, instando nulidad de las escrituras de venta de participaciones y la recusación del magistrado encargado de la tramitación, con lo que pretendieron retrasar la solución de la causa.

La pericial refleja el análisis de lo que en la certificación del acta se afirma y no acredita ningún error sobre la efectiva celebración de dicha reunión.

Consecuentemente, el motivo se desestima para la designación de los propios documentos que han sido declarados falsos, ya que no son considerados como documentos acreditativos de un error.

En dicha sentencia con revisión casacional, se condena a los recurrentes como autores de un delito societario, en este caso, de falsedad en documento mercantil y documento público y de un delito de administración desleal.

STS 1716/2019

Decir a modo de introducción que en este caso nos encontramos ante un delito de apropiación indebida en el que los hechos se desarrollaron de la siguiente manera.

En primer lugar, la sentencia en primera instancia condenó al Sr. Jose Augusto como autor responsable de un delito de apropiación indebida del art.252 del Código Penal, en relación con el art.249 del mismo código, concurriendo la circunstancia de atenuante simple de dilaciones indebidas.

En segundo lugar y en relación con los hechos probados indicar lo siguiente: el Sr. Jose Augusto fue administrador solidario de la sociedad NIB-SOLUTIONS CONSULTING S.L., durante un periodo de 4 años y, además, este era propietario junto a su esposa de la entidad INTELLIGENT BUSINESS S.L., la cual ostenta el 28% de las participaciones de la primera entidad mercantil mencionada. Siendo administrador solidario y aprovechando esta situación extrajo dinero de diferentes cuentas en diferentes entidades bancarias para obtener un beneficio económico propio además de realizar diversas transferencias a cargo de la sociedad con fines totalmente particulares, causando de esta

manera un grave perjuicio para la sociedad mercantil Nib-Solutions Consulting S.L.

Así las cosas, la representación del acusado manifestó el propósito de interponer recurso de casación, emplazándose a las partes para que hiciesen uso de su derecho ante el TS, señalándose la deliberación y fallo del asunto para el día 21 de mayo de 2019.

En base a todo lo expuesto el fallo del Tribunal fue desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de D. Jose Augusto, por quebrantamiento de forma e infracción de ley y de precepto constitucional, declarando al condenado como autor responsable de un delito de apropiación indebida y condenándolo también en costas.

STS 949/2019

En esta ocasión nos disponemos a explicar un supuesto en el que concurren delitos como el de alzamiento de bienes (7), estafa, falsedad en documento mercantil, estafa agravada y delito societario.

Procedemos a exponer los hechos probados:

- Que el Sr. Valeriano siempre ha sido dueño, propietario al 100% del capital social y administrador único de IPS y que IPS es propietaria del 100% del capital social y administradora única de AFIP.
- El Sr. Severiano ante una falta de liquidez puntual de IPS y para hacer frente al cumplimiento de sus inversiones, prestó la cantidad de 100.000 euros a IPS/AFIP entidades propiedad de su amigo el Sr. Valeriano, con un interés remuneratorio del 30%. En el contrato se establece como garantía que no se pudiesen vender una serie de fincas a terceros.
- Otro querellante, en esta ocasión el Sr. Teudolfo suscribió un contrato parecido con Valeriano entregándose la cantidad de 200.000 euros con un interés del 7% anual.

La audiencia de instancia absolvió a la Sra. Juliana de los delitos de estafa y uno de falsedad en documento mercantil y a Valeriano de los delitos de estafa

agravada, dos de falsedad en documento mercantil, trece de los delitos de alzamiento de bienes, dos de apropiación indebida y dos delitos societarios. Sin embargo, se le condena por un delito de alzamiento de bienes.

La Audiencia Provincial de Madrid dictó auto aclaratorio expresando que no hay lugar a las aclaraciones solicitadas por las representaciones de Teodulfo, Severiano y Juliana. De esta manera las mismas representaciones anuncian su intención de interponer recurso de casación fundados en diferentes motivos cada uno.

Teniendo en consideración los hechos expuesto el Tribunal decidió estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Valeriano y desestimar el recurso de casación interpuesto por Severiano y Teodulfo contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, anulando y casando dicha sentencia, que será sustituida por otra más conforme a derecho y declara de oficio las costas procesales causadas por este recurso.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Manuales:

- FERNANDEZ TERUELO, J.G. (1998). *Los delitos societarios en el CP Español*. Madrid : Dykinson.
- FARALDO CABANA, P. (2015). *Los delitos societarios*. Madrid: Tirant lo Blanch.
- CASTRO MORENO, A. (1998). *El delito societario de administración desleal*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C. (2001). *El delito societario de administración desleal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GOMEZ PAVON, P.; BUSTOS RUBIO, M. y PAVON HERRADON, D. (2019). *Delitos económicos*. Madrid: Wolters Kluwer.

Legislación:

- Código Penal español
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio.

Jurisprudencia:

- Tribunal Constitucional, Sentencia 2401/2014, de 10 de junio de 2014.

- Tribunal Constitucional, Sentencia 1716/2019, de 30 de mayo de 2019.
- Tribunal Constitucional, Sentencia 949/2019, de 21 de marzo de 2019.