



UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

DELITOS SOCIETARIOS



AUTOR: VICENTE JAVIER RODRIGUEZ REQUENA

TUTORA: MARÍA SERRANO SEGARRA

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS DE ELCHE

CURSO ACADÉMICO 2021/2022

ABREVIATURAS UTILIZADAS	3
RESUMEN/ABSTRACT	4
INTRODUCCIÓN.....	5
- Objetivos.....	6
- Estructura.....	7
- Metodología.....	8
1. HISTORIA DE LOS DELITOS SOCIETARIOS.....	8
2. ELEMENTOS COMUNES A LOS DELITOS SOCIETARIOS.....	12
2.1 SUJETOS ACTIVOS DE LOS DELITOS SOCIETARIOS	14
2.1.1 Administradores de derecho.	19
2.1.2 Administradores de hecho.....	20
2.2 SUJETOS PASIVOS DE LOS DELITOS SOCIETARIOS	24
3. CLASIFICACION DE LOS DELITOS SOCIETARIOS	30
3.1 Artículo 290. Delito de falsedad en documentos sociales.	30
3.2. Artículo 291. Delito de imposición de acuerdos abusivos.....	32
3.3 Artículo 292. Delito de imposición de acuerdos lesivos.....	34
3.4 Artículo 293. Delito de impedimento o negación de los derechos del socio.	35
3.5 Artículo 294. Delito de negación del ejercicio de las facultades de inspección o supervisión.	36
4. CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE MEJORA.....	38
5. BIBLIOGRAFÍA, REFERENCIAS WEB Y NORMATIVA.	41
BIBLIOGRAFIA	41
REFERENCIAS WEB.....	42
NORMATIVA	43
ANEXO JURISPRUDENCIAL Y DE OTRAS RESOLUCIONES:	44
Relación de sentencias dictadas.	44
Relación de resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.	45

ABREVIATURAS UTILIZADAS

Art.	Artículo
Arts.	Artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
C.Com	Código de Comercio
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
DGRN	Dirección General del Registro del Notariado
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
LSRL	Ley de Sociedades Responsabilidad Limitada
RM	Registro Mercantil
SA	Sociedad Anónima
SRL	Sociedad de Responsabilidad Limitada

RESUMEN/ABSTRACT

En el presente Trabajo de Fin de Grado se lleva a cabo un estudio de los delitos societarios recogidos en el Capítulo XIII del Título XIII del Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, (en adelante C.P.), dentro de la rúbrica de los delitos contra el patrimonio y el orden socio-económico, haciendo especial hincapié en quien o quienes pueden cometer dichos delitos, analizando las consecuencias derivadas tanto para la empresa, socios, accionistas, así como para terceros ajenos a la misma de los delitos tipificados en los artículos 290 al 297 del C.P.

Examinaremos la relación existente entre la comisión de dichos delitos y la responsabilidad del órgano de administración y la junta general de accionistas, evaluando las posibles consecuencias a nivel societario en las que pueden incurrir tanto administradores como accionistas, y a nivel penal, aunque esta últimas de forma pormenorizada al exceder de la finalidad del presente trabajo.

PALABRAS CLAVE: Administradores, socios/accionistas, deberes, derechos, régimen jurídico mercantil y penal.

ABSTRACT

In this Final Degree Project, a study of the corporate crimes included in Chapter XIII of Title XIII of the Penal Code, approved by Organic Law 10/1995, of November 23, (hereinafter C.P.), is carried out. Within the rubric of crimes against property and the socio-economic order, with special emphasis on who or who can commit said crimes, analyzing the consequences derived both for the company, partners, shareholders, as well as for third parties outside of it. of the crimes typified in articles 290 to 297 of the C.P.

We will examine the relationship between the commission of these crimes and the responsibility of the administrative body and the general meeting of shareholders, evaluating the possible consequences at the corporate level that both administrators and shareholders may incur, and at the criminal level, although the latter detailed to exceed the purpose of this work.

KEY WORDS: Administrators, partners/shareholders, duties, rights, commercial and criminal legal regime.

INTRODUCCIÓN

Los delitos societarios están regulados por el C. P. dentro de su Título XIII rubricado como “De los delitos contra el patrimonio y el orden socio-económico”. Concretamente los encontramos en el Capítulo XIII, el cual abarca desde el art. 290 al 297. En estos delitos encontramos varios sujetos activos, por un lado, los administradores de hecho/ de derecho y, por otro lado, la junta general de accionistas.

En base a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC), observamos que los miembros que forman parte del órgano de administración han de actuar con la diligencia de un ordenado empresario. Se entenderá cumplido dicho objetivo cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin que se haya visto influenciado por intereses propios, debiendo además de respetar un procedimiento de decisión adecuado. Previendo la Ley un sistema de responsabilidad jurídico privado de los administradores, independientemente de otro tipo de sanciones.

Además, dicha ley también nos menciona a la junta general de accionistas, siendo esta uno de los principales órganos de gobierno de una sociedad de capital, a la cual le corresponde adoptar los acuerdos sobre aquellas materias que la ley y los estatutos sociales determinen.

Todos los aspectos anteriormente mencionados van a ser tratados desde una perspectiva multidisciplinar pues el presente TFG aborda tanto el Código de Comercio y el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital como el régimen jurídico de los delitos societarios en el Código Penal.

Otra de las finalidades perseguidas con este trabajo, y a nivel personal, la más importante, es aumentar los conocimientos en esta materia, pues como miembro de la Policía Nacional, cuerpo dependiente del Ministerio de Interior, tenemos como cometidos específicos los regulados en el Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, cuyo Art. 1 dice *“Las funciones generales de policía judicial corresponden a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad cualquiera que sea su naturaleza y dependencia, en la medida en que deben prestar la colaboración requerida por la Autoridad Judicial o el Ministerio Fiscal en actuaciones encaminadas a la averiguación de delitos o descubrimiento y aseguramiento de delincuentes, con estricta sujeción al ámbito de sus*

respectivas competencias, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

Existiendo dentro la Policía Judicial diversas unidades, entre ellas la Unidad de Delincuencia Económica y Fiscal (UDEF), dependiendo de esta, entre otras, las siguientes Brigadas:

- La Brigada Central de Delincuencia Económica y Fiscal (BDEF), a la que le corresponde la investigación de los delitos relacionados contra las Haciendas Públicas, contra la Seguridad Social, delitos bursátiles...
- La Unidad Adscrita a la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada.

Los delitos societarios en el ámbito de la Policía Nacional es una materia específica de la cual se encarga entre otras las Brigadas anteriormente mencionadas, siendo estas formadas gracias a los distintos cursos de actualización y especialización que la propia Dirección General de la Policía a través de la División de Formación y Perfeccionamiento otorga a los miembros de dichos grupos.

Todo lo anterior unido a los conocimientos y experiencias que los funcionarios adquirimos a lo largo de nuestra vida profesional, complementan sin duda alguna el elenco de recursos de los que disponemos a la hora de investigar los delitos. Todo esto por supuesto ha de ponerse en práctica a través de los cauces adecuados y medios adecuados, por ello cabe recordar la importancia de desempeñar nuestro trabajo en colaboración con otros entes y funcionarios públicos, pertenecientes a otros organismos estatales, tales como el Ministerio de Hacienda y Función Pública, el Ministerio de Trabajo y Economía Social, el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones y por supuesto el Ministerio de Justicia.

- **Objetivos**

El concepto objeto de estudio del presente TFG, es el estudio de los delitos societarios cometidos por los órganos de administración y por la Junta General de Accionistas. Siendo en este caso el órgano de administración la persona o personas físicas que asumen las funciones de gobierno, gestión y representación de la Sociedad, debiendo actuar con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en la actualidad una gran transcendencia en el ámbito mercantil y penal.

En lo referente a la Junta General de Accionista, esta tiene como misión fundamental el de expresar la voluntad social a efectos de autorizar las operaciones de mayor envergadura e importancia, no estando estos exentos de ser responsables penalmente de alguno de los delitos contemplado en los artículos 290 al 297 del Código Penal.

Objetivos generales de este trabajo.

- Situar el desarrollo histórico de los delitos societarios en la historia del Derecho Mercantil.
- Presentar el panorama normativo de los delitos societarios recogidos en los artículos 290 al 297 del C.P.
- Relacionar los aspectos esenciales mercantiles y penales de los delitos societarios.

Objetivos específicos de este trabajo.

- Examinar el Capítulo XIII “De los delitos societarios”, integrado dentro del Título XIII del Código Penal.
- Clasificar y analizar los elementos comunes a los delitos societarios.
- Complementar la formación para el desarrollo de mi carrera profesional como miembro de la Policía Nacional.

- **Estructura**

La estructura del presente trabajo se divide en 5 capítulos, donde hablaremos sobre el desarrollo histórico y al marco legal de los delitos societarios, así como el estudio de los elementos comunes a los delitos societarios y las características más relevantes de la junta general de accionistas.

En el primer capítulo, se analizará la historia de los delitos societarios, dejando constancia de cómo ha sido su evolución hasta la actualidad. A continuación, se va a realizar una exposición de los elementos comunes a los delitos societarios, quedando este capítulo, a su vez, subdividido en dos apartados. En el primero de ellos se va a analizar a los sujetos activos haciendo mención a la responsabilidad de los órganos de administración, así como a la Junta General de Accionistas.

Además, haremos especial hincapié en la diferencia existente entre el llamado administrador de hecho y de derecho, así como también identificaremos qué delitos van a poder ser cometidos por la junta general de accionistas y cuáles por los órganos de

administración y por último a los sujetos pasivos de los delitos societarios. Conteniendo este capítulo la información fundamental que nos ayuda a delimitar y determinar quién es el autor y víctima del mismo en los delitos analizados.

En el tercer capítulo, se realiza una clasificación de los delitos societarios comprendidos en los art. 290 a 297 del C.P., procediendo a desgranar cada artículo en su totalidad y plasmando la conducta típica, consumación y objeto material de cada uno de ellos.

Seguidamente he abordado mis propias conclusiones y propuestas de mejora, así como la bibliografía con la que he trabajado, los enlaces utilizados para realizar el estudio, las referencias normativas, y, por último, el anexo jurisprudencial y otras resoluciones utilizadas.

- **Metodología**

Para realizar el trabajo se ha empleado una metodología que abarca tanto el punto de vista doctrinal como jurisprudencial, relacionando a su vez los aspectos mercantiles y penales de los delitos societarios, tras la labor de acopio del material legal necesario para el conocimiento en profundidad de los delitos societarios comprendidos en el Capítulo XIII del Título XIII del Código Penal artículos 290 al 297, cometidos por el órgano de administración, así como por la junta general de accionistas y la obtención de la bibliografía, webgrafía y jurisprudencia correspondiente. La recopilación obtenida, la he realizado, de manera online a través de las distintas bases de datos contenidas en internet.

1. HISTORIA DE LOS DELITOS SOCIETARIOS

Para dar inicio al presente capítulo, vamos a comenzar con un breve resumen sobre los orígenes de la regulación de las sociedades mercantiles, siguiendo los estudios del profesor Jacques Le Golf, en su obra *La Civilización del Occidente Medieval*.

- **Orígenes de los Delitos Societarios.**

Una primera regulación que se produce en el ámbito societario se da sobre el comercio local, donde por parte de las autoridades municipales se realiza un control que abarcaba desde la limpieza de la plaza, hasta la prohibición o incluso la gravación con impuestos de mercaderes ajenos al municipio. Todas estas normas, sin duda, fueron las que dieron lugar a los denominados gremios.

María Luisa Rodríguez-Sala Gómezgil define el gremio como “necesidad de asociación de artesanos, mercaderes y profesionales quienes buscaron defender sus intereses laborales frente a la intrusión de extraños y gente no debidamente preparada”¹, cuya finalidad no era otra que, por un lado, salvaguardar la calidad de los productos y, por otro, reglamentar con ordenanzas o estatutos la jornada laboral, la calidad de las materias y también el control sobre la competencia. Al mismo tiempo que se regulaba el sistema gremial, se estaba produciendo el auge de un comercio a gran escala².

Este comercio a gran escala al que nos referimos no es otro que el marítimo, el cual en sus inicios fue un derecho no escrito, es decir, consuetudinario, denominado en el bajomedievo como “*usus mercatorum*”, creado y aplicado directamente por los propios comerciantes en el ejercicio de sus actividades de comercio³.

Dejando atrás la etapa de los gremios, comienza en el siglo XVIII una nueva era en la que el Estado, a base de reglamentos, pretendió fomentar y controlar el funcionamiento y el régimen jurídico de las corporaciones profesionales, las cuales a su vez protegía.

Con el paso del tiempo, comienza haber un pensamiento que en palabras de Tomás y Valiente, F. (1983), aboga por que “el Derecho Mercantil no debe ser considerado como el derecho profesional de los Mercaderes, sino más bien como el ordenamiento regulador de los actos objetivos del comercio, con independencia de que sus autores sean o no comerciantes de profesión”⁴. Esto último sobre todo era reclamado por la Burguesía mercantil y manufacturera, los cuales reclamaba un mercado libre y nacional.

Dicho extremo se consiguió durante el Estado Liberal con la promulgación del Código de Comercio, siendo este por tanto un gran antecedente de lo que hoy conocemos como Derecho Mercantil, junto al Código Civil de 1889 y el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Una vez visto los orígenes, vamos a continuar con un breve repaso de la historia de los delitos societarios. Para ello, hemos de situarnos en el Proyecto del Código penal de 1830 y 1834, donde encontramos una serie de delitos tipificados como “Fraude por abuso de

¹ Gómezgil, M. L. R. S. La cofradía-gremio durante la Baja Edad Media y siglos XVI y XVII, el caso de la cofradía de cirujanos, barberos, flebotomianos y médicos en España y la Nueva España. *Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, 2009, 10, 149-163.

² Le Goff, J., & de Serra Ràfols, F. (1969). *La civilización del occidente medieval*. Barcelona: Juventud.

³ Berdugo, I. V. (2020). *Derecho Mercantil: Obra adaptada al temario de oposición para el acceso a la Carrera Judicial y Fiscal*. Editorial Centro de Estudios Ramon Areces SA.

⁴ Tomás, F. (1983). *Manual de historia del derecho español*. Tecnos Editorial SA.

confianza”, quedando regulados en el Título VIII “De los fraudes por abuso de confianza” dentro del Libro III dedicado a los delitos privados, siendo el contenido de este Título VIII el siguiente:

- Artículo 411: “*Los administradores o apoderados de corporaciones o personas particulares que de cualquier manera cometan fraudes en provecho suyo o en perjuicio de sus comitentes, serán condenados además del pago del importe del perjuicio, en otro tanto que se aplicará al fisco, y a seis meses de obras públicas por la primera vez, y por la segunda doble multa y dos años de los mismos trabajos*”.
- Artículo 412: “*Cuando por dolo o colusión del administrador se perdiesen o se disminuyesen en parte o en todo los frutos y las rentas o derecho de los mandantes, sufrirá la pena de dos a cuatro años de destierro, la indemnización de los perjuicios que hubiese causado a sus principales y la multa del duplo*”.
- Artículo 413: “*Las disposiciones contenidas en los dos artículos que preceden, se entenderán igualmente con los socios gerentes de las compañías de comercio y con los mandatarios que tomen a su cargo el cuidado de intereses y asuntos ajenos*”⁵.

Otro gran antecedente que encontramos de los delitos societarios en la legislación española es el artículo 734 del Código Penal de 1928 del que encontramos en el Título XIV, “Delitos contra la propiedad”.

Tal y como queda recogido en la Tesis Doctoral de la Doctora Patricia Faraldo Cabana, catedrática de Derecho penal en la UDC y *Adjunct Professor* en la *Queensland University of Technology*, Australia. Cabana, P. F. (1995). *Los delitos societarios presupuestos de su criminalización en España (Doctoral dissertation, Universidad da Coruña)*. “En los Proyectos españoles de Código penal de finales del siglo XIX, a partir del de Silvela de 1884, se recoge la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fórmula resultado de un compromiso, según SALDAÑA, “entre la vieja doctrina de la responsabilidad individual y la moderna de la responsabilidad penal social, es la consagrada en el artículo 44⁶ del Código penal de 1928, reconociendo una suerte de responsabilidad criminal de

⁵ Sainz de Andino, P. (1830). Minutas del proyecto de código criminal.

⁶ España. Real Decreto-Ley aprobando el proyecto de Código Penal, que se inserta, y disponiendo empiece a regir como Ley del Reino el día 1º de Enero de 1929. Gaceta de Madrid, 13 de septiembre de 1928, núm.

los entes colectivos”. Encontrándose dicho artículo en el Título II denominado “De la responsabilidad” Capítulo I cuya rubrica es “De la responsabilidad criminal”⁷.

En el Proyecto de Código Penal de 1980 encontramos que en el Libro II del Proyecto aparece un Título VIII dedicado a los "Delitos contra el orden socioeconómico", conteniendo este a su vez el Capítulo VI que lleva por título "De los delitos financieros", el cual está formado por siete artículos que sancionan la utilización de sociedades ficticias y de fachada (artículo 363), las falsas informaciones sociales (artículos 364 y 365), atentados a la integridad del capital social (artículo 366), la consecución de mayorías ficticias (artículo 367), la administración social fraudulenta (artículo 368), y el abuso de posición mayoritaria (artículo 369); ya en el PCP de 1992 podemos observar como se hace referencia en el Artículo 299 del Capítulo XV “De los delitos societarios” del Título XII “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico” del Libro II “Delitos y sus penas” a “los administradores de hecho o de derecho, de una sociedad mercantil”.

En relación al Proyecto de Código Penal de 1994 y en palabras de la Doctora Patricia Faraldo Cabana “El PCP presentado en septiembre de 1994 introduce notables modificaciones en la regulación de los delitos societarios efectuada por el PCP de 1992, volviendo en determinados casos a los términos propuestos por el Anteproyecto de aquel año. El Capítulo XIV, "De los delitos societarios", del Título XII, "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico", contiene seis artículos, del 292 al 297, de entre los cuales se aprecian significativas ausencias.

- Desaparece del catálogo de delitos societarios la conducta típica consistente en publicar datos falsos relativos a la situación de una sociedad mercantil o aparentar tener en ella participación distinta a la real”⁸. Artículo este que en la

257, Boletín Oficial del Estado [-A-1928-8856]. Artículo 44. “La responsabilidad criminal por los delitos o faltas es individual. Pero, cuando los individuos que constituyan una entidad o persona jurídica, o formen parte de una sociedad, corporación o empresa de cualquiera clase, cometieren algún delito con los medios que las mismas les proporcionaren, en términos que resulte cometido a nombre y bajo el amparo de la representación social o en beneficio de la misma entidad, los Tribunales, sin perjuicio de las facultades gubernativas que correspondan a la Administración, podrán decretar en la sentencia la suspensión de las funciones de la entidad o persona jurídica, sociedad, corporación o empresa, o su disolución o supresión según proceda. Esta facultad no podrá ejercitarse sobre organismos administrativos del Estado respecto a los cuales el Tribunal se limitará a dar cuenta al Ministro que corresponda.”

⁷ Cabana, P. F. (1995). *Los delitos societarios presupuestos de su criminalización en España (Doctoral dissertation, Universidad da Coruña)*.

⁸ Cabana, P. F. (1995). *Los delitos societarios presupuestos de su criminalización en España (Doctoral dissertation, Universidad da Coruña)*.

actualidad podemos decir que al menos parte de él se encuentra regulado en el artículo 290 del Código Penal.

Si bien, no es hasta el PCP de 1992 y 1994 donde encontramos un título cuya rúbrica es “Delitos societarios”, fecha que coincide con la publicación de nuestro actual Código Penal, quedando este recogido en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Es el código penal español, vigente desde el 24 de mayo de 1996.

Quedando recogida la tipificación de dichos delitos en el Capítulo XIII del Título XIII del Libro II, comprendiendo los artículos 290 a 297, habiendo sido suprimido el artículo 295 por el número ciento sesenta del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo).

Gracias a esta tipificación, se pudo hacer frente a lo que la doctrina y jurisprudencia calificaban de lagunas de punibilidad. Además, este capítulo fue creado con la finalidad de establecer mecanismos específicos de protección y tutela de las empresas, sus miembros y los terceros frente al incumplimiento de los deberes y abusos de poder de quienes ejercen la administración o el control efectivo de estas.

Con los delitos societarios, el legislativo pretende proteger diversos intereses, al tratarse de unos delitos pluriofensivos, pues tiene en consideración los intereses de la sociedad (art. 290 a 292), de los socios (art. 290, 292 y 293), y de terceros (art. 290 y 294), así como la protección de la economía de mercado.

2. ELEMENTOS COMUNES A LOS DELITOS SOCIETARIOS.

- Bien jurídico protegido.

Encontramos dos posiciones doctrinales muy marcadas en relación al bien jurídico protegido por los delitos societarios. Siguiendo a Faraldo Cabana, el bien jurídico protegido en primera instancia es el patrimonio individual, quedando en un segundo plano y de forma más indirecta el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles.

Por otro lado, siguiendo los estudios de Rodríguez Ramos, el bien jurídico protegido por los delitos societarios no es otro que el patrimonio administrado por un tercero, siempre que este pertenezca a una colectividad.

Como podemos ver existen posiciones doctrinales opuestas, las cuales vamos a encontrar también durante el análisis del artículo 290 del C.P., en este caso la discusión doctrinal va a orbitar respecto estas dos palabras “constituida o en formación”. Por un lado, y siguiendo los estudios de Faraldo Cabana, García de Enterría y Díaz Echegaray, para este sector doctrinal no se ha de incluir dentro del ámbito de aplicación de este artículo a aquellas sociedades denominadas irregulares o de hecho, dado que entraría en conflicto con el principio de tipicidad recogido en el art. 25.1 de la Constitución Española del 29 de Diciembre de 1978 (en adelante C.E.) “*Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*”.

Por otro lado, vemos como un sector de la doctrina, donde incluimos al profesor Sánchez Álvarez, considera que, contrariamente a lo que opina el otro sector, el legislativo hizo referencia a esos dos conceptos con la intención de abarcar la totalidad de la vida social. Con esta interpretación, determinamos que existe sociedad desde el momento que se formaliza el contrato fundacional, siendo irrelevante que la sociedad esté o no inscrita en los registros correspondientes.

Ha de quedar claro que, una sociedad en formación no significa que sea una sociedad en constitución, pues sociedad en constitución quiere decir que está en la denominada fase preparatoria, siendo esta una etapa previa al otorgamiento de escritura constitutiva. Siendo la definición de sociedad en formación una sociedad ya constituida, pero no inscrita, la cual puede devenir en irregular.

- **Ámbito de aplicación y definición de sociedad mercantil.**

Una vez analizados los orígenes de los delitos societarios, vamos a dar una definición que nos ayude a comprender unos de los puntos básicos sobre los versa el presente TFG, la sociedad mercantil, entendemos por sociedad mercantil la personalidad jurídica (denominación o razón social) que se crea para iniciar una actividad económica con ánimo de lucro, generalmente se realiza a través de un contrato en el que varias personas (socios) aportan bienes a un objetivo común, con la finalidad de partir las ganancias y obtener lucro.

Un aspecto que diferencia la sociedad mercantil de las sociedades civiles es precisamente la mercantilidad de su existencia. Además, serán siempre mercantiles cuando estas se constituyan con arreglo al Código de Comercio aprobado por el Real Decreto Legislativo

de 22 de agosto de 1885 (en adelante C. Com.) tal y como queda recogido en el art. 116 que cito textualmente: “...será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código”.

Pese a la definición anteriormente dada, podemos observar como el art. 297 del C.P recoge que ha de entenderse por sociedad “A los efectos de este capítulo se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado.” Sin duda, aquí lo que observamos es un esfuerzo por parte del legislativo de que los delitos societarios sean aplicados a todos los empresarios mercantiles y personas jurídicas, excluyendo únicamente al comerciante individual y a los empresarios civiles⁹.

Pese a este esfuerzo de abarcar la totalidad de entidades, el principio de tipicidad no permite la aplicación de todos estos artículos a cualquier entidad, pues, por ejemplo, los art. 291 y 293 hablan claramente de “junta de accionistas” y “suscripción preferente de acciones”, no pudiéndose aplicar por tanto a aquellas sociedades que carezcan de estas características, como sería el caso de la sociedad anónima (S.A).

La organización por la que se articula la actividad de colaboración de los socios es la que da lugar a las diversas formas de compañía mercantil. Los tipos societarios quedan regulados en el Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio, en su art. 122 el cual cito textualmente “*Por regla general las sociedades mercantiles se constituirán adoptando alguna de las formas siguientes:*

1. *Regular colectiva,*
2. *Comanditaria, simple o por acciones;*
3. *La anónima,*
4. *La de responsabilidad limitada”.*

2.1 SUJETOS ACTIVOS DE LOS DELITOS SOCIETARIOS

Los delitos societarios están configurados como delitos especiales propios, pues tan solo pueden ser cometidos por los administradores de hecho y de derecho, siendo por tanto los únicos sujetos activos; salvo en el caso de los tipos penales del art. 291 (imposición de

⁹ Castro Moreno, 1998, 206; Faraldo Cabana, 2000, 68; García de Enterría, 1996, 40; González Vizcaya, AP 1997, 230.

acuerdos abusivos) y art. 292 (imposición de acuerdos adoptados por una mayoría ficticia).

La referencia a administradores de hecho y de derecho la encontramos en el art. 290 del C.P, dicho artículo fue promulgado en el Código Penal de 1995 y ha continuado inalterado hasta el presente, tras la promulgación de este se han podido observar dos posiciones doctrinales distintas a lo largo de la historia sobre el concepto de administrador de hecho y de derecho.

Este tema fue abordado por el abogado Esteban Astorla (2011) , al cual cito textualmente debido a la gran claridad con la que aborda y determina las diferencias entre ambas posiciones, "...los autores que entendían que el Derecho penal no podía estar al margen del concepto mercantil de administrador de hecho, y que tal concepto mercantil se encontraba más próximo a la comparación con el administrador de derecho que por «circunstancia patológica» no podía ser considerado como tal administrador de derecho. Es decir, si administrador de derecho era aquella persona física o jurídica que reunía las condiciones de nombramiento y aceptación conforme a las exigencias del Derecho mercantil, debía entenderse por administrador de hecho aquel que no llegaba a ostentar el cargo de forma legítima, bien porque su nombramiento estaba viciado, bien porque incurrió en alguna causa de incapacidad o inhabilitación, o bien porque caducó su cargo.

Por otro lado, aquellos, más numerosos entre los penalistas favorables a la autonomía del Derecho penal, que propugnaban, frente a la tesis anterior, un concepto más amplio, más material que formal, como es el caso de García Pérez, J. J. (1999). que entendía por administrador de hecho cualquier persona que ejerciera realmente las funciones de gestión o administración de la sociedad o quien de facto maneja sus riendas, realizando funciones ejecutivas propias de un administrador”¹⁰.

Con carácter introductorio y antes de analizar los conceptos de administrador de hecho y derecho, cabe hacer especial hincapié en lo relativo a la responsabilidad de los órganos de administración, para ello vamos a delimitar el concepto de administrador, que sin duda podemos definir como la persona o personas físicas que asumen las funciones de gobierno, gestión y representación de la Sociedad. Se trata de un órgano permanente que encontramos en todas las sociedades de capital.

¹⁰ Astarloa Huarte-Mendicoa, E. (2011). ¿Por fin un concepto unívoco de administrador de hecho en Derecho penal y Derecho societario?, págs. 60-67.

Los miembros de dicho órgano están siempre a disposición de la sociedad, es un órgano ejecutivo el cual tiene capacidad para la toma de decisiones debiendo de estar orientadas estas al beneficio de la sociedad y no al de los socios. Además, también le corresponde todo lo referente a la representación, pues "son" la sociedad frente a los terceros que se relacionan con ella, así como, la gestión de la misma, dado que son los encargados de fijar la política general de la empresa, la programación de objetivos y la actividad de gestión diaria de la empresa en sus aspectos administrativos, contables, técnico-productivos, comerciales, financieros y otros. Estas funciones quedan recogidas en el Art. 209 de la LSC *“es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley”*.

Según lo dispuesto en la Ley de Sociedades de Capital, podemos encontrar distintas modalidades en la administración de una empresa, pues está puede ser realizada por un administrador único o por varios. Según se hayan establecido en los estatutos de la sociedad, podemos encontrar las siguientes configuraciones:

- Solidaria, de manera que cada uno de ellos puede actuar por sí solo.
- Mancomunada, cuando sea preciso para obligar a la sociedad que actúen conjuntamente.
- Colegiada, cuando la pluralidad de personas se organiza bajo la forma de Consejo de Administración. En el caso concreto de la sociedad anónima, *“cuando la administración conjunta se confíe a dos administradores, éstos actuarán de forma mancomunada y, cuando se confíe a más de dos administradores, constituirán consejo de administración”*.

Para pertenecer al consejo de administración de una sociedad en cualquiera de sus modalidades, se ha de cumplir con los requisitos establecidos en el Art. 213 de la Ley de Sociedades de Capital:

“No pueden ser administradores los menores de edad no emancipados, los judicialmente incapacitados, las personas inhabilitadas conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso y los condenados por delitos contra la libertad, contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o

por cualquier clase de falsedad, así como aquéllos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio.

Tampoco podrán ser administradores los funcionarios al servicio de la Administración pública con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de las sociedades de que se trate, los jueces o magistrados y las demás personas afectadas por una incompatibilidad legal”.

Los administradores de la sociedad de capital podrán ser personas físicas o jurídicas, y tal como recoge el art. 212 bis en su apartado 1, “*En caso de ser nombrado administrador una persona jurídica, será necesario que ésta designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo*”.

Los administradores, salvo excepción contemplada en la Ley, tan solo van a poder ser nombrados por la junta de socios y no necesariamente de entre los socios, pues así lo recoge la Ley de Sociedades de Capital en su articulado. El nombramiento como administrador surtirá efecto en el momento de su aceptación, concediéndose un plazo de 10 días para la inscripción de dicho nombramiento en el Registro Mercantil.

- ¿Qué ocurre si no se realiza la inscripción en el Registro Mercantil, tienen eficacia los actos realizados por un administrador no inscrito?.

“El incumplimiento de la obligación legal de inscripción en el registro mercantil es sancionado por el ordenamiento jurídico de forma diversa: la sanción puede ser pecuniaria (art. 24.1 del C.Com.), puede consistir en la extensión de la responsabilidad personal de la sociedad a sus administradores, liquidadores o simplemente socios (art. 39 de la LSC), o finalmente en el cierre de los libros del Registro hasta que se cumpla la obligación legal de inscribir (arts. 330 y 378 del Reglamento del Registro Mercantil, referente a la legalización de libros y depósitos de cuentas anuales respectivamente)¹¹.

Existen varias resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que dan respuesta a la segunda parte de la pregunta planteada, entre ellas mencionamos la Resolución de 15 de diciembre de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación

¹¹ Martínez-Echevarría García de Dueñas, A., Prendes Carril, P., Cabanas Trejo, R., & Ballester Azpitarte, L. (2017). Tratado de Sociedades de Capital. Tomo I: Comentario Judicial, Notarial, Registral y Doctrinal de la Ley de Sociedades de Capital (Vol. 900). ARANZADI/CIVITAS.

extendida por la registradora de la propiedad de Marbella n.º 4, por la que se suspende la inscripción de una escritura de compraventa.

“Es decir, para que el nombramiento de administrador produzca efectos desde su aceptación, háyase o no inscrito dicho nombramiento en el Registro Mercantil, es preciso justificar que dicho nombramiento es además válido por haberse realizado con los requisitos, formalidades y garantías establecidas por la legislación de fondo aplicable”

En este mismo sentido se pronuncia la Resolución de 18 de septiembre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Tías, don Francisco Javier Nieto González, a inscribir una escritura de compraventa.

“Es reiterada doctrina de este centro directivo que el nombramiento de los Administradores surte sus efectos desde el momento de la aceptación, ya que la inscripción del mismo en el Registro Mercantil aparece configurada como obligatoria pero no tiene carácter constitutivo y que, por tanto, el incumplimiento de la obligación de inscribir no determina por sí solo la invalidez o ineficacia de lo realizado por el administrador antes de producirse la inscripción”.

De todo lo anterior, podemos deducir que pese a la obligación que recoge la ley de inscribir el cargo de administrador en el Registro Mercantil, esta obligación es más bien constitutiva y no declarativa. Además, también vemos que no existe la obligación de aceptar el cargo de administrador, es una decisión completamente, y que en el caso de aceptar dicho cargo, esta voluntad a de expresarse necesariamente por escrito. No pudiendo ser la aceptación nunca anterior al nombramiento.

Los administradores de una sociedad de responsabilidad limitada ejercerán el cargo por tiempo indefinido (art. 221.1 de la LSC), salvo que se establezca un el plazo determinado en los estatutos sociales. En el caso de las sociedades anónimas podrán ejercer el cargo el tiempo que se haya establecido en los estatutos sociales, existiendo un tope legal de seis años (art. 221.2 de la LSC) como máximo, que deberá ser igual para todos los administradores.

El nombramiento caducará cuando, vencido el plazo, se haya celebrado la junta general siguiente o hubiese transcurrido el término legal para la celebración de la junta que deba

resolver sobre la aprobación de cuentas del ejercicio anterior (es decir, dentro de los seis primeros meses del ejercicio).

Por último, para finalizar el presente apartado y debido a la gran relevancia que tiene para el funcionamiento de la sociedad, vamos a hablar sobre los deberes del órgano de administración, los cuales están recogidos en los artículos 225 a 232 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital y son los siguientes:

- “Deber de información: cada uno de los administradores tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones.
- Deber de fidelidad: los administradores deberán cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con fidelidad al interés social, entendido como interés de la sociedad. El art. 226 LSC, establece el estándar de diligencia, configurando un ámbito de discrecionalidad empresarial para la toma de decisiones estratégicas y de negocio, consistente en la actuación de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.
- Deber de lealtad: el art. 227 LSC exige la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad. La infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador”¹².

2.1.1 Administradores de derecho.

A efectos tanto del Ordenamiento jurídico mercantil como penal, tienen la consideración de administradores de derecho toda persona física o jurídica que, ostentando o no la condición de socios, se ocupan, en forma individual o en forma colegiada,¹³ de la gestión

¹² Guías Jurídicas Wolterskluwer. Órganos de administración de la sociedad mercantil. (s. f.). [Consultado 20/04/2022]. Disponible en: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjEwtztlUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAkO7IPDUAAAA=WKE

¹³ Dependiendo de los estatutos de cada sociedad el nombramiento se puede hacer a favor de una sola persona, administrador único; de un grupo de personas, órgano colectivo compuesto por varias personas que formarán un Consejo de administración; varias personas que actuarán de forma solidaria; varias personas que actuarán de forma mancomunada, no pudiendo ser más de dos en las sociedades de responsabilidad anónima porque, de lo contrario, debería constituirse un Consejo de administración, no

de los intereses patrimoniales de las entidades mercantiles, son los que ejercen jurídicamente las funciones de administración de la sociedad en virtud de un título jurídicamente válido.

Dada la diversidad de los tipos de sociedades o entidades habrá que estar a las normas legales y estatutarias que rijan la concreta entidad que jurídicamente administran¹⁴. Pues han de ser nombrados por el órgano social competente, en virtud de acuerdo social formal, valido y debidamente documentando, realizándose, en su caso, la inscripción del mismo en el registro competente. Quedando esto recogido en los artículos 209, 212.1 y 2, 214.1 y 2 y 215.1 de la LSC.

Hemos de hacer especial mención al artículo 214.3 de la Ley de Sociedades de Capital “...*el nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación.*”, donde establece que se considera administradores de derecho desde el momento en que se produce la aceptación del cargo. En consecuencia, la inscripción en el Registro Mercantil no tiene efectos constitutivos, por lo que la falta de publicidad durante el período de tiempo que se tarda en realizar la anotación, no afecta a su consideración como administrador de derecho, sin perjuicio de los efectos que la falta de publicidad pueda producir respecto de los terceros.

Para finalizar el presente apartado, hemos de plantearnos ¿Qué ocurre si el administrador es una persona jurídica, puede ser esta responsable y por tanto sujeto activo del delito?. El administrador, persona jurídica, deberá a su vez nombrar un representante de su sociedad, que sea persona física, el cual va a ser el que defienda los intereses de la empresa administrada. De esta forma queda recogida en el artículo 212 bis 1 del Real Decreto Legislativo 1/2010 “*1. En caso de ser nombrado administrador una persona jurídica, será necesario que ésta designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo*”.

2.1.2 Administradores de hecho.

Es quien aparenta serlo de derecho, aunque formalmente no figure como tal, se considera administrador de hecho a aquel que desempeña sin título las funciones propias del

ocurriendo lo mismo en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, en las que sí que pueden ser más de dos; entre otras.

¹⁴ Faraldo Cabana, Delitos societarios, (2015), pág. 76; recoge la idea de que será considerado administrador de hecho aquel que ejerza las funciones que le corresponden en lo relativo a la administración de la empresa, en virtud de título jurídico valido.

administrador, o cuyo nombramiento está afectado por un defecto o vicio que lo hace irregular o incluso nulo, siempre que ello vaya acompañado de un ejercicio de las funciones propias de la administración de la sociedad.

A sensu contrario, no responde del delito quien, aun apareciendo formalmente nombrado como administrador, no lleva a cabo ningún comportamiento delictivo.

Lo importante, en definitiva, es que el sujeto ejerza efectivamente la administración de la sociedad, aunque formalmente no esté al frente de la gestión empresarial, pero ojo, no cualquier decisión de hecho en la actuación de la persona jurídica puede conllevar sin más que quien la realiza sea considerado administrador de hecho.

Llegados a este punto, hemos de mencionar que por parte de la Doctrina Mercantilista, se ha optado por una línea restrictiva del concepto de administrador de hecho, los cuales establecen básicamente que son los mismo que los de derecho, pero que estos no alcanzan tal condición por estar afectados por un vicio de incapacidad o inhabilitación, bien por nulidad del nombramiento, por la no inscripción del nombramiento en el Registro, por cese del término de su mandato, revocación del mismo o prolongación de sus funciones.

Sin embargo, hay una línea de pensamiento que opta por un concepto más amplio, que en lo que se fija es básicamente en que efectivamente ostente este sujeto el poder decisión independientemente de que haya o no una vestidura formal. Ya recogió este extremo José Antonio Martín Pallín, magistrado emérito del Tribunal Supremo, el cual dijo “no se puede olvidar que muchas veces los administradores de derecho serán meros testaferros que aparecen cubriendo formalmente las responsabilidades de todo tipo en las que hayan podido incurrir las actividades de la empresa, cuando en realidad las decisiones las adoptan los que ejercen la administración de hecho”¹⁵.

La tendencia por parte del Tribunal Supremo, es partir de esta concepción amplia, un claro ejemplo de ello lo encontramos en la STS 59/2007, de 26 de enero, RJ 2007/1586. la doctrina ha optado por una interpretación que permite integrar en su comprensión a las situaciones de ejercicio real de las funciones de administración dando preferencia a la realidad económica y negocial frente a la realidad registral, de manera que puedan

¹⁵ Martín Pallín, J. A. Los delitos societarios, en: SERRANO BUTRAGUEÑO, I (Coord.). Código penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia), Granada, Comares 1999, pp. 1388-1408.

solventarse a través de esta concepción los supuestos de autoría mediata o de la inducción y cubrirse lagunas de punibilidad.

Por lo tanto, en la concepción de administrador de hecho no ha de estarse a la formalización del nombramiento, de acuerdo a la respectiva modalidad societaria, ni a la jerarquía ni al entramado social, sino a la realización efectiva de funciones de administración, del poder de decisión de la sociedad, la realización material de funciones de dirección.

Existen numerosos ejemplos de sentencias que recogen dicho extremo, por parte del portal web “derechopenalonline” en un artículo elaborado por Antonio Pablo Rives Seva, hacen acopio de varias sentencias que sin duda alguna delimitan de una forma clara y concisa la tendencia de pensamiento del Tribunal Supremo, entre estas sentencias encontramos las siguientes STS 816/2006, de 26 de julio, STS 59/2007 de 26 de enero, STS 765/2013, de 22 de octubre; siendo el contenido de las mismas el siguiente¹⁶:

- STS 816/2006, de 26 de julio, que ha declarado que *“administradores de hecho serán los que hayan ejercido tales funciones en nombre de la sociedad, siempre que esto se acredite, o los que ofrezcan alguna irregularidad en su situación jurídica, por nombramiento defectuoso no aceptado, no inscrito o caducado; o prescindiendo de conceptos extra-penales, se entenderá por administrador de hecho a toda persona que por si sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad, y concretamente los expresados en los tipos penales, quien de hecho manda o gobierna desde la sombra”*.
- STS 59/2007, de 26 de enero *“Mayores problemas plantea la inteligencia de lo que deba entenderse por administrador de hecho. Una concepción restringida incluiría en su entendimiento al concepto puramente mercantil del término, es decir, aquél que pudiendo ser administrador de derecho no pueda, todavía, serlo por no reunir las condiciones de nombramiento, por falta de aceptación o de inscripción registral o de mantenimiento y prórroga del mandato, o supuestos de formación social a los que se alude en preceptos del*

¹⁶ Rives Seva, A. P. Los delitos societarios. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España. [Consultado 27/04/2022] Disponible en <https://derechopenalonline.com/los-delitos-societarios-analisis-de-la-jurisprudencia-del-tribunal-supremo-de-espana/>

ordenamiento mercantil. Esta acepción supondría una subordinación del ordenamiento penal al mercantil sin base legal que lo permitiera y dejaría al margen del derecho penal situaciones fácticas del mundo negocial en el que intervienen personas con funciones reales de administración formalmente no señaladas en sus respectivas normas de funcionamiento.

Es por ello que en la doctrina ha optado por una interpretación que permita integrar en su comprensión a las situaciones de ejercicio real de las funciones de administración dando preferencia a la realidad económica y negocial frente a la realidad registral, de manera que puedan solventarse a través de esta concepción los supuestos de autoría mediata o de la inducción y cubrirse lagunas de punibilidad aprovechando las formalidades previstas en el ordenamiento para la administración de la sociedad. Así, desde esta perspectiva será administrador de hecho quien sin ostentar formalmente la condición de administrador de la sociedad, ejerza poderes de decisión de la sociedad y concretando en él los poderes de un administrador de derecho.

Es la persona que, en realidad manda en la empresa, ejerciendo los actos de administración, de obligación de la empresa, aunque formalmente sean realizadas por otra persona que figura como su administrador. En el caso del tipo que ha sido aplicado en la sentencia, autor del delito será quien ostentando funciones de administración de la empresa, de hecho o de derecho, incumpla el deber de veracidad en la presentación de la documentación que refleje la realidad contable y económica de la empresa, una realidad que el ordenamiento impone y que en la sentencia impugnada se refiere a la presentación de la documentación contable correspondiente al año 1998.

Por lo tanto, en la concepción de administrador de hecho no ha de estarse a la formalización del nombramiento, de acuerdo a la respectiva modalidad societaria, ni a la jerarquía en el entramado social, sino a la realización efectiva de funciones de administración, del poder de decisión de la sociedad, la realización material de funciones de dirección. Son muchas las situaciones que pueden plantearse, normalmente referidas a apoderados para obligar a la sociedad, y será la concurrencia de una dirección real de la sociedad la que marque el sujeto activo del delito, en este caso, como destinatario de un

deber especial de cumplir la exigencia de veracidad en la presentación anual de las cuentas de la sociedad”.

- STS 765/2013, de 22 de octubre, observa que *“los delitos societarios son delitos de infracción de deber, que se atribuyen a aquellas personas que por su posición en el organigrama societario, tienen un específico deber de lealtad y transparencia en relación a la sociedad que representan. Con la precisión de que, en nuestra doctrina casacional, para determinar la autoría en este tipo de delitos no basta con la infracción del deber sino que también se requiere el dominio del hecho. En consecuencia, estos delitos tienen un sujeto activo especial, que es el que dirige la actividad societaria, bien en virtud del oportuno nombramiento de administrador (administrador de derecho), o bien careciendo de nombramiento formal, pero ejerciendo de hecho las mismas funciones (administrador de hecho), incluyéndose también como sujeto activo a cualquiera de los socios. Se trata de un delito especial propio, porque la calidad especial del sujeto es determinante para la existencia del delito, y no tiene correspondencia exacta con un delito común, con independencia de que en ocasiones determinadas conductas pudiesen ser sancionadas como apropiación indebida, según la concepción que se siga para la diferenciación entre ambos tipos delictivos”.*

En el caso actual la condición de administrador de hecho del recurrente es manifiesta, pues el mismo ha reconocido que mientras los otros dos socios se dedicaban, respectivamente, a la ingeniería y al laboratorio, él se dedicaba a la administración, constanding que fue quien autorizó el pago de las facturas descontadas por la empresa constructora, pese a conocer que no procedían de obra alguna, por lo que es claro que era quien adoptaba las decisiones propias de la administración de la empresa (administrador de hecho), con independencia de que los tres socios pudiesen ser los administradores de derecho.

2.2 SUJETOS PASIVOS DE LOS DELITOS SOCIETARIOS

Los sujetos pasivos de los delitos societarios, los encontramos mencionados a lo largo de todo el elenco de artículos que conforman el Capítulo XIII del Título XIII del Código Penal, se recogen como posibles sujetos pasivos a los socios, a terceros, a la propia

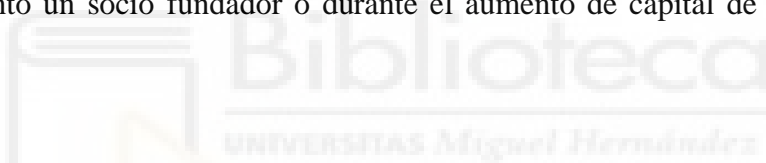
sociedad mercantil¹⁷; así como en el caso de las entidades que actúan en mercados sujetos a supervisión administrativa negaren o impidieren la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras¹⁸.

Una vez determinados quienes pueden ser los sujetos afectados por dichos delitos, vamos a delimitar el concepto de socio, debido a la gran importancia que tienen en la vida de una sociedad de capital.

1. Socios de una sociedad mercantil.

El socio, cuando nos referimos a las sociedades de capital, es aquella persona física o jurídica que ostenta la titularidad de acciones o que han realizado (o se han comprometido a realizar) aportaciones económicas al negocio, siendo la suma de todas las aportaciones hechas por los socios los fondos propios de dicho negocio, lo que llamamos su capital social.

La contraprestación se puede realizar en el momento de la fundación de la sociedad, siendo por tanto un socio fundador o durante el aumento de capital de la sociedad, a



¹⁷ Art. 290 C.P. “Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior.”

Art. 291 C.P. “Los que, prevaliéndose de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieren acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido” .

Art. 292 C.P. “La misma pena del artículo anterior se impondrá a los que impusieren o se aprovecharen para sí o para 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 por cualquier otro medio o procedimiento semejante, y sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituyese otro delito”.

Art. 293 C.P. “Los administradores de hecho o de 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 reconocidos por las Leyes, serán castigados con la pena de multa de seis a doce meses”.

¹⁸ Art. 294 “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, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses. Además de las penas previstas en el párrafo anterior, la autoridad judicial podrá decretar algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código”.

cambio de estas aportaciones los socios reciben títulos de propiedad del patrimonio neto de la sociedad, acciones (en las S.A.) o participaciones sociales (en las S.L.);

Estos títulos son de su propiedad, por lo tanto, pueden disponer libremente de ellos, de esta forma se abre la posibilidad de adquirir la condición de socio por adquisición derivativa de la titularidad a través de por actos *inter vivos* o *mortis causa* (compra, adjudicación, herencia, legado, etc.). En relación a esto último cabe destacar la existencia de un derecho de adquisición preferente¹⁹ por parte de otros socios incluso preferencia de adquisición por parte de la propia sociedad.

El rasgo característico del socio, es que no hay socio sin una aportación social, dado que la aportación es la clave para su participación en el capital social, pues así se deduce del artículo 49.1 de la Ley de Sociedades de Capital “*cada suscriptor tendrá derecho a los votos que le correspondan con arreglo a su aportación.*” Las acciones o participaciones sociales que tiene cada socio suponen un porcentaje de participación en la sociedad.

Los socios no son acreedores de la sociedad son los propietarios de este neto patrimonial, es decir, si se disuelve la sociedad el resultado de este patrimonio neto se puede repartir entre ellos.

A *grosso* modo podemos clasificar los derechos de los socios de una sociedad en dos tipos, los derechos políticos de los socios que son los que les facultan, según sus porcentajes de participación, a ejercer el gobierno de la sociedad, normalmente a través de la Junta General. Y los derechos económicos, que habilitan al socio en poder participar de los resultados positivos del negocio, si hay beneficios que se puedan repartir los pueden recibir en forma de dividendos. También tienen un derecho económico sobre el patrimonio neto de la sociedad que, por definición, es lo que se podrían repartir los socios si la sociedad se disolviera y liquidara.

¹⁹ Alfaro Águila-Real, J. ¿Que es un derecho de adquisición preferente?, Lecciones Mercantil. [Consultado 05/05/2022]. Disponible en: <https://almacenederecho.org/que-es-un-derecho-de-adquisicion-preferente> Define el derecho de adquisición preferente como la obligación que tiene el socio que quiere vender sus acciones o participaciones (en adelante nos referiremos a ambas con el término “acciones”) ha de preferir a sus consocios frente al tercero que había elegido como comprador. “Ha de preferir”, es decir, “está obligado a preferir”. El envés de tal obligación es el derecho de los beneficiarios a “ser preferidos” como compradores de las acciones.”

Como hemos mencionado anteriormente, el Código de Comercio, en su art. 122 regula los distintos tipos de sociedades, lo cual provoca a su vez que haya distintas modalidades de socios según estemos ante una u otra sociedad.

- Sociedad de Responsabilidad Limitada, en este tipo de sociedad tan solo existe un único tipo de socio, los cuales comparten los mismos derechos y obligaciones, participan en el reparto de beneficios sociales, tienen derecho a asistencia y voto en la Junta General.
- Sociedad Colectiva, encontramos dos tipos de socios, los industriales que se encargan del trabajo, aportan la mano de obra personal al negocio y en principio, no participan de la gestión, salvo pacto concreto. Reciben beneficios en menor porcentaje que los otros socios, pero no responden en caso de deudas.

Por otro lado, encontramos los socios capitalistas, que aportan dinero y trabajo, participan de las ganancias y pérdidas en su caso, además se encargan de la gestión de la sociedad.

- Sociedad Comanditaria Simple, en este tipo de sociedades encontramos dos tipos de socios los colectivos, que son los que aportan capital y trabajo a la empresa, gestionan y administran la misma; y junto a ellos encontramos los socios comanditarios que no gestionan ni administran y no están reflejados con nombre en la razón social de la compañía, además, este tipo de socios comanditarios responden hasta el límite de las aportaciones que hubieran realizado a la sociedad.
- Sociedad Comanditaria por Acciones, al igual que en la comanditaria simple, encontramos dos tipos de socios los colectivos, que son los que se encargan de la administración y tienen la responsabilidad frente a la deuda que pueda contraer la sociedad. Y los socios capitalistas o comanditarios, los cuales no tienen responsabilidad, pero participan en la organización de la sociedad, a través de la Junta General como los accionistas en una Sociedad Anónima.
- Sociedad Anónima, en este tipo de sociedades sin embargo encontramos dos socios distintos a los que encontrábamos en los anteriores tipos, aquí hablamos de socios fundadores, para los cuales se suelen establecer unos derechos especiales de carácter económico y los no fundadores que van a tener los derechos y obligaciones dispuestos en los contratos societarios.

Directamente relacionado con los socios, no podemos dejar de hacer mención a la Junta General de Accionistas, así como dar algunos detalles sobre su funcionamiento y características, en primer lugar, definimos la junta general como un órgano social donde se reúnen físicamente los socios, en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada o accionistas en el caso de las sociedades anónimas, aunque las nuevas tecnologías de la información permiten plantear la admisibilidad de otras modalidades de Junta.

Normalmente la reunión se realiza en la sede del domicilio social de la sociedad, si bien es cierto, lo único que establece la ley a este respecto es que la reunión se ha de realizar en la misma ciudad tenga el domicilio la sociedad, salvo que los estatutos contemplen un lugar alternativo (art. 175 de la LSC).

Algunos autores utilizan el concepto de “reunión de capital” para referirse a las reuniones de la junta general, utilizándose dicho concepto en los casos en los que un solo socio reúne acciones representativas del capital necesario para adoptar el acuerdo de que se trate.

Dicha reunión se celebrará con observancia de las formalidades y requisitos legalmente establecido tanto en la ley como en los estatutos sociales, la reunión ha de ser convocada cumpliendo con los requisitos establecidos o, en caso contrario, celebrarse con el carácter de junta universal²⁰ por voluntad unánime de todos los socios.; teniendo como finalidad dicha reunión el deliberar y decidir por mayoría sobre los asuntos sociales propios de su competencia, expresando en forma de acuerdos o decisiones la voluntad social.

La Junta General, es un órgano que ha de estar presente en cualquier sociedad, independientemente de su configuración, por lo que dicho órgano puede llegar a ser incluso unipersonal, como sería en el caso de las sociedades unipersonales tanto anónimas como de responsabilidad limitada. Esto último queda plasmado en la LSC en su art. 15 “En la sociedad unipersonal el socio único ejercerá las competencias de la junta general”.

La Junta es un órgano colegiado, por tanto, sus decisiones se adoptan por mayoría de votos. La Junta adopta sus decisiones en base al principio democrático de la mayoría, pero este principio no obedece tanto a la convicción de que la *major pars* sea la *melior*

²⁰ La Junta Universal queda regulada en el art. 178 de la LSC. “La junta general quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto, sin necesidad de previa convocatoria, siempre que esté presente o representada la totalidad del capital social y los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión.”

pars. En realidad, a la mayoría a la que se refiere la legislación societaria es una mayoría de capital y que ésta es la que se tendrá en cuenta en orden a la válida constitución de la Junta, con la fijación de *quórum* mínimo, para la válida adopción de acuerdos.

El contenido de la Junta versa sobre aspectos relacionados con el devenir de la sociedad, es decir, han de tener naturaleza social, afecte al orden interno o corporativo o a sus relaciones externas con terceros.

Las competencias de la junta general quedan reguladas en el art. 160 de la LSC, competencias fijadas tras la reforma, estas quedan resumidas en 10 competencias a *grosso* modo, entre las que encontramos, por ejemplo: “*La aprobación de las cuentas anuales, el nombramiento y separación de los administradores, la modificación de los estatutos sociales, la disolución de la sociedad*” entre otros.

Al hablar de competencias, no podemos olvidar mencionar el art. 28 de la LSC, el cual parece asignar otras competencias a la Junta, en este caso de carácter estatuario, al establecer “*En la escritura y en los estatutos se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido*”.

Hemos de recalcar de nuevo que el poder de la junta es limitado, aunque si bien es cierto, que una norma legal podrá ser contradicha por los estatutos de una sociedad cuando ésta lo admita de forma clara y terminante, cuando no tutele directamente los intereses de socios o de terceros y cuando no sea esencial para la organización y funcionamiento de la sociedad²¹.

²¹ Guías Jurídicas Wolterskluwer. Junta general de socios. (s. f.). <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es>. [Consultado 03/05/2022]. Disponible en: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjQwMLtbLUouLM_DxbIwMDCwNziEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqADlvwvsIAAAAWKE

3. CLASIFICACION DE LOS DELITOS SOCIETARIOS

3.1 Artículo 290. Delito de falsedad en documentos sociales.

“Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior”.

El delito de falsedad contable complementa las falsedades documentales reguladas en los artículos 390 a 394 del C.P, siendo necesaria una tutela específica con según que documentos debido a su potencialidad para vulnerar el bien jurídico protegido en los delitos societarios.

La falsedad contable societaria castiga la falsedad en la información contable, necesitándose para que el mismo sea castigado denuncia previa del agraviado. En caso de no interponerse denuncia por la persona agraviada, deberá buscarse la cobertura del delito de falsedad, artículo 390 y ss del C.P.

La contabilidad mercantil, además de fuente de información para el empresario, constituye un sistema de información financiera homologado, decimos homologado pues toda la tramitación de la misma queda regulada por unas normas que encontramos en la LSC, en el Plan General de Contabilidad y en el Plan General de las PYMES. Esta se elabora respetando el cauce legal establecido, dando cumplimiento así a un deber público y obedeciendo un conjunto de normas imperativas que imponen esta obligación. Este sistema de información está dirigido a terceros (acreedores y Administración tributaria, en esencia), plasmándose dicha información en una declaración de conocimiento que emite el empresario. Las cuentas han de aprobarse por la junta en el plazo de seis meses, y depositarse en el Registro dentro del mes siguiente.

Como se desprende de la lectura del artículo 290, este sólo se exige como elemento del tipo que la falsedad resulte *“idónea para causar un perjuicio económico”* a la sociedad, a algunos de sus socios o a terceros, quedando de esta forma por tanto excluidos los meros erros materiales.

- Bien Jurídico protegido. Existen distintas opiniones doctrinales respecto al bien jurídico protegido, pero nos vamos a centrar en la que parte de la base de que se trata de un delito de peligro concreto contra el patrimonio y contra un bien jurídico supraindividual. A través de esta vertiente se castigan algunas tentativas de estafas que no pueden ser subsumidas por el art. 248 del CP, por ejemplo, cuando la sociedad solicita un crédito presentando unos documentos que muestra una falsa solvencia patrimonial.

En su vertiente de delito contra un bien jurídico supraindividual, parte de la doctrina considera que tal bien es la eficacia de los documentos societarios y otros el buen funcionamiento de la sociedad.

- Conducta típica. La conducta típica sin duda se produce cuando no se refleja la verdadera situación económica o jurídica de la entidad en los documentos que suscribe el administrador de hecho o de derecho. La falsedad se puede realizar a través de conductas positivas o de una forma tan simple como es la omisión de datos. Hay que recordar que el administrador de una sociedad tiene el deber jurídico de cumplir con su cometido con la diligencia de un ordinario empresario, lo que le obliga a ser veraz con la información que suministra a la sociedad.

- Consumación. Por un lado, vemos que se trata de un delito de mera actividad pues el delito se comete en el momento que se produce la falsificación, , y por otro de resultado pues necesita causar un perjuicio económico a la sociedad, a sus socios o a terceros.

- Objeto material. En el delito societario de falsedad contable se sancionan las falsedades que recaigan sobre las cuentas anuales o sobre “otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad”. Esta parte del artículo hace referencia a las alteraciones o falsedades que se produzcan en los libros obligatorios del empresario, es decir, el libro diario, el libro de inventario, las cuentas anuales, el informe de gestión, o la propuesta de aplicación del resultado.

Aparte de los anteriormente mencionados, la LSC lo largo de su articulado también recoge otros documentos que pueden ser susceptible de un delito de falsedad contable. Entre ellos pueden citarse los siguientes:

- Los documentos exigidos por la legislación sectorial de cotizadas.

- Los informes exigidos a los administradores en los casos de aumentos de capital.

- Los balances inicial y final en situación de liquidación.
- Los documentos que han de presentar los administradores para solicitar el concurso.

3.2. Artículo 291. Delito de imposición de acuerdos abusivos.

“Los que, prevaleciendo de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieren acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido”.

Analizando el presente artículo, lo primero que hemos de dejar claro es que se entiende por “acuerdo abusivo”, en este caso la propia LSC nos da respuesta en su artículo 204 *“Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. En palabras de Sánchez Álvarez, por acuerdo abusivo puede entenderse aquel que rompe el elemental principio societario de “comunidad de fin y solidaridad en los riesgos”, ya que implica el beneficio de unos socios o de unos administradores a costa del perjuicio de otros socios.*

La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios.

Este delito al igual que las conductas que impiden el ejercicio de derechos sociales, como cuando se imponen acuerdos de adoptados por mayorías ficticias, obedecen a la finalidad de sancionar criminalmente actividades que suponen un atentado contra la buena fe y la lealtad en las relaciones societarias, cometido mediante abuso de poder.

Como podemos observar, el tipo tutela a los socios minoritarios de las lesiones patrimoniales sufridas por acuerdos abusivos. Durante un buen periodo de tiempo la doctrina penal ha interpretado el precepto como una norma penal en blanco, el cual debería de ser completado con conceptos del Derecho Societario.

Tanto es así que parte de la doctrina opina que la existencia del artículo 291 del CP, podría ser eliminado, dado que se encuentra perfectamente tutelado en el ámbito extrapenal, pues

nuestra legislación mercantil es de las más exigentes en cuanto a la protección de los intereses de los socios y de terceros, frente a los acuerdos societarios adoptados en los órganos societarios colegiados. La LSC en 2014 incorporó la categoría específica de acuerdos abusivos.

Si a todo lo anteriormente mencionado, tenemos en cuenta la aplicación del Principio de intervención mínima, vemos como el precepto analizando deviene en prácticamente inaplicable, debiéndose entender como una última ratio para la penalización de conductas abusivas de la mayoría. Eso sí, no olvidando que sin un gran esfuerzo podrá ser subsumido por otras normas penales, como por ejemplo “acuerdos denegatorios del ejercicio de la acción social de responsabilidad”.

La doctrina se pronuncia en este sentido, considerando que tipificar como delitos supuestos susceptibles de ser abordados desde el punto de vista civil, con acciones civiles de impugnación, puede ser muy perturbador (García de Enterría), a la que se puede dar una instrumentalización del proceso penal como elemento auxiliar de las estrategias empresariales de la minoría. (Fernández de la Gándara).

La LSC en el artículo 204 tiene como finalidad entre otras resolver los conflictos intrasocietarios, en los que vemos que, pese a parecer que se persiguen fines sociales, realmente lo que busca la mayoría son fines ilegítimos, como pueden ser aumentos de capital abusivos con el propósito de diluir la posición del minoritario, no distribución de beneficios, modificación de la forma de convocatoria, abusividad en el seno de los grupos, retribuciones abusivas y similares.

- Conducta típica. Se sanciona la imposición de acuerdos abusivos para los socios, pero que han sido adoptados respetando las formalidades legales, pues en caso contrario dicha conducta será reconducida al tipo recogido en el art. 292 del CP, es decir, acuerdos lesivos adoptados por mayorías ficticias.

Cuando el art. 291 recoge “sin que reporten beneficios a la misma”, es un apartado que da algún que otro problema a la hora de interpretarlo, pues por un lado tenemos que el carácter beneficioso o no de un acuerdo depende de su conformidad o disconformidad con el interés social. Por otro lado, el acuerdo debe imponerse por la mayoría en perjuicio de los demás socios, interpretándose por tanto que dicho perjuicio ha de afectar en el ámbito patrimonial de estos, dejando de lado los llamados derechos políticos.

- Consumación. El injusto se produce con la mera imposición del acuerdo, sin que ni tan siquiera sea necesario que le mismo se haya llegado a ejecutar, sin embargo, Sánchez Álvarez estima que al tratarse de un delito de resultado este se consumará cuando se produzca el perjuicio para el socio.

3.3 Artículo 292. Delito de imposición de acuerdos lesivos.

“La misma pena del artículo anterior se impondrá a los que impusieren o se aprovecharen para sí o para 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 por cualquier otro medio o procedimiento semejante, y sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituyese otro delito”.

Al igual que el anterior artículo, este tiene como finalidad proteger el funcionamiento interno de las corporaciones que actúan en el mercado, siendo necesario para que el tipo absorba la conducta criminal, que los acuerdos adoptados sean perjudiciales para la sociedad o los socios. Este perjuicio tan solo cabe que se cometa a través de las acciones específicas contempladas en el artículo y que, a su vez provoquen una alteración dolosa en el funcionamiento de la sociedad.

Las conductas delictivas contempladas en este artículo son dos, por un lado, la imposición de un acuerdo lesivo, entendiéndose como tal aquel que es capaz de comportar un perjuicio para cualquiera de los sujetos anteriormente mencionados; y por otro lado, el aprovechamiento de dicho acuerdo, siendo esta una conducta que presupone la primera y que implica la obtención de alguna ventaja, siempre y cuando produzca un perjuicio para la sociedad o para los socios.

En relación a mayoría ficticia mencionada, cabe entender aquella a la que se ha llegado a través de medios que no han respetado las leyes o estatutos de la sociedad, produciéndose así una alteración en la composición de los órganos o habiéndose quebrantado la libre decisión de sus miembros. En palabras de Sánchez Álvarez, se trata de una mayoría aparente o fingida, dado que no se corresponde con la voluntad social real.

3.4 Artículo 293. Delito de impedimento o negación de los derechos del socio.

“Los administradores de hecho o de 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 reconocidos por las Leyes, serán castigados con la pena de multa de seis a doce meses”.

Si analizamos el artículo podemos ver que tan solo menciona como sujetos activos a los administradores de hecho o de derecho, siendo los pasivos únicamente los socios. Aunque, si bien es cierto que el delito aquí regulado también va a poder ser cometido por un abuso de mayoría. Sin duda, la finalidad de este artículo es proteger los intereses y los derechos de los socios ajenos al grupo de control y garantizar un buen funcionamiento de la sociedad, provocando esto una mayor transparencia de la gestión societaria.

Gran parte de la doctrina observa como el presente artículo tiene una serie de carencias en relación a los derechos que protege, pues pese a ser muy específico en parte de ellos como el son el derecho de información y el de suscripción preferente (la referencia a la suscripción preferente de acciones, limita el ámbito de actuación a las sociedades anónimas y comanditarias por acciones la posibilidad de cometer el ilícito penal.), con el resto de los mencionados “derechos de participación en la gestión o en el control de la actividad social” no hace especial hincapié en definir o aclarar donde empieza y acaba la protección de estos.

Al igual que ocurría en el anterior artículo, por parte de la LSC se ha realizado una gran regularización del derecho de información de los socios, careciendo de sentido que haya una regulación penal. Dejando aparte esta opinión, y centrándonos en el tipo protegido hemos de decir que el ámbito penal entrará en escena cuando estemos ante una infracción grave. Tal y como establece la LSC el derecho de información se ejerce a través de los cauces legalmente establecidos, según el tipo de sociedad ante el que nos encontremos:

- Sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, cooperativas. Se reconoce a los accionistas, socios y socios cooperativistas un derecho de información genérico.
- Entidades de crédito, habría que estar a lo dispuesto en la normativa de las sociedades mercantiles.

- Cajas de ahorro, en estas entidades, el deber de información a la asamblea general recae sobre la Comisión de Control, debiendo informar sobre los presupuestos, la dotación de la obra social; y además, vigilar el cumplimiento de las inversiones y gastos previstos (art. 26.1.b de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias).

La satisfacción del derecho de información se realizará de forma oral u escrita, según el cauce por el cual se haya solicitado el ejercicio de este, no siendo esto una norma imperativa, y su resolución se podrá llevar a cabo antes, durante o después de la celebración de la junta. La jurisprudencia considera improcedente la petición de información de un socio si la misma tiene como finalidad obstruir y paralizar la vida social, por tanto, toda petición de información que no se efectúe de buena fe, está excluida del injusto contemplado por este artículo.

Según la jurisprudencia, recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2009 (RJ 834, 2009) para que se produzca este delito, no es necesaria la reiteración de la denegación o impedimento, pero tampoco basta con que el autor dificulte o ponga algún obstáculo al ejercicio del derecho, sino que ha de existir un verdadero impedimento del ejercicio del derecho, una denegación clara y manifiesta.

3.5 Artículo 294. Delito de negación del ejercicio de las facultades de inspección o supervisión.

“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, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses.

Además de las penas previstas en el párrafo anterior, la autoridad judicial podrá decretar algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código”.

Los mercados a los que hace referencia este artículo son aquellos, en lo que, por razones de interés general, la actividad se ve dirigida o mediatizada por los poderes públicos, a través de unas normas que regulan los límites y contenido de la mediatización, como por ejemplo ocurre en el mercado bursátil, el mercado bancario y el de seguros.

García de Enterría especifica que las sociedades a las que va dirigida este artículo son aquellas que tiene una relación especial de sujeción con la Administración pública, es decir, las sociedades mediatizadas u orientadas desde centros públicos con fines de interés general. Los supuestos en los que se produce tal supervisión administrativa son:

- La actuación inspectora encomendada a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, siendo una falta muy grave la negativa a su actuación, siempre que haya mediado requerimiento expreso y por escrito.
- Las funciones supervisora de las entidades de crédito encomendada al Banco de España, para garantizar el cumplimiento de la normativa de ordenación y disciplina.
- La negativa a la Dirección General de Seguros de permitir la supervisión, siendo una falta muy grave la excusa, negativa o resistencia a su actuación inspectora, siempre que al igual que ocurre con la CNMV haya mediado requerimiento expreso y por escrito.

La segunda parte del artículo la expresa previsión de la posibilidad de imposición de las sanciones del art. 129 CP, remisión que tras la reforma de 2010 aparenta haber quedado sin contenido, dado que la nueva relación solo resulta aplicable a entes sin personalidad. Las medidas contempladas y que tienden a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de misma, estos últimos regulados en el Art. 33 del CP, son:

- a) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- b) Clausura de sus locales y establecimientos que no podrá exceder de cinco años.
- c) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal (no podrá exceder de quince años) o definitiva.
- d) Inhabilitación para poder obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios fiscales, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
- e) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, pudiendo exceder de cinco años. La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio.

4. CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE MEJORA

CONCLUSIONES

Tras realizar el Trabajo de Fin de Grado, que tiene como rúbrica Delitos Societarios, he podido extraer las siguientes conclusiones:

1- Una vez consultada toda la documentación con la que he elaborado el presente TFG, he de decir que sin duda alguna la regulación realizada por el Código Penal en este aspecto es escueta, debido a que intenta delimitar tipos penales de una forma general, sin tener en consideración las particularidades propias de cada tipo de sociedad siendo una consecuencia directa de esto la inseguridad jurídica que se produce en el ámbito societario, pues en el caso de intentar resolver un conflicto de intereses utilizando tan solo los cauces penales, vamos a ver como las conductas delictivas van a quedar impunes desde el prisma penal, al no encajar plenamente en el tipo regulado o en el sujeto activo definido en el tipo.

Ejemplo de ello lo encontramos en relación a los sujetos activos y pasivos de los delitos societarios, pues en varios de los artículos hace especial mención a quien o quienes van a poder realizar la acción comprendida en el tipo, limitando así el campo de actuación. Ejemplo de ello sería los art. 291 y 293 los cuales hablan claramente de “junta de accionistas” y “suscripción preferente de acciones”, no pudiéndose aplicar por tanto a aquellas sociedades que carezcan de estas características, como sería el caso de la sociedad anónima.

En relación a los sujetos activos, cuando el artículo 290 del C.P. habla de administradores de hecho y derecho, se le olvida dar una definición de los mismos, pues ni tan siquiera el art. 31 del C.P da unas nociones que puedan ser extrapolables a los presentes sujetos. La tendencia existente es asimilar la figura del administrador de hecho a la de derecho, sin embargo, tal y como recoge el Dr. David Pavón Herrado en su tesis doctoral “la doctrina recoge que en algunas ocasiones no es posible realizar dicha extrapolación, esencialmente, cuando el ilícito penal consista en atender un deber en relación al cual sólo es competente quien ostenta la administración formal de la entidad de que se trate” opinión que comparto en su totalidad.

2- Instrumentalización del Derecho Penal. Voy a explicar esta conclusión con un ejemplo:

- Tenemos un conflicto societario, en el seno de una sociedad X (ya sea S.A, S.R.L, la que fuere) el cual queda regulado tanto desde el punto de vista del

derecho mercantil (responsabilidad patrimonial) como desde el punto de vista penal (responsabilidad penal). Como hemos visto la regulación mercantil contempla la casi totalidad de aspectos característicos de la sociedad X a la que nos referimos, sin embargo, habiendo una regulación muy superflua y general por parte del Código Penal. Hasta aquí, ¿qué ordenamiento utilizaríamos?.

La respuesta es clara, usaríamos el derecho mercantil (LSC, LSA, etc.), pero la realidad es que estamos realizando una instrumentalización del Código Penal, debido a que pese a hacer una regulación muy superflua de estos delitos, presenta muchas facilidades a la hora de obtener el resarcimiento buscado.

Pues como sabemos, el sistema judicial da preferencia a los temas penales sobre los civiles (responsabilidad civil derivada de la culpabilidad penal), además la vía penal es mucho más económica que la civil. Y por último, uno de los puntos que a mi parecer es el más relevante y que da pie a esta instrumentalización, es que para ejercitar acciones civiles en contra de un administrador de una S.A. vas necesitar reunir las condiciones recogidas en la Ley de Sociedad Anónimas y por la vía penal tan solo has de presentar una denuncia.

3- En relación al artículo 290 del C.P. que tipifica el falseamiento de documentos que reflejen la imagen fiel de la sociedad, podemos pensar que existe una duplicidad a la hora de tipificar la conducta que contempla el tipo, pues en el art. 392 del C.P. también encontramos tipificada la conducta de falsedad documental por particular. Para discernir cuando aplicar un artículo u otro cabe desgranar primero si se cumplen los requisitos establecidos en el art. 290, es decir:

- Que se produzca alguna de las conductas contempladas por el tipo, siendo en este extremo problemático cuando el art. 290 dice “u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad” sin especificar el C.P. de que documentos se trata, por lo que según se interprete de una forma restrictiva o no, estaremos ante un delito del 290 o del 392 del C.P;
- Voluntad de causar perjuicio económico a los sujetos pasivos especificados;

- La más importante, y la que a mi juicio hace que pueda decantarse por un tipo u otro, en el art. 290 se necesita que el autor sea administrador de hecho o derechos de la sociedad, sin embargo, en el art. 392 no hace mención alguna a que haya el autor hay de ostentar una condición concreta.

4- En lo referente al artículo 291 del C.P, la propia doctrina ha llegado a considerar que se trataba de un artículo penal en blanco, y personalmente opino como ellos, dado que la regulación realizada es tan básica que para que tenga aplicación alguna debe ser complementada por la LSC para darle algún sentido, pues deja en el aire conceptos que necesitarían de una definición de por ejemplo que se ha de entender por “acuerdo abusivo” a los efectos del Capítulo XIII del Código Penal, además al realizar un acotamiento tan exacto de la conducta “con ánimo de lucro propio o ajeno” quedan en el aire conductas que a mi juicio deberían de ser penadas igualmente, pues:

- ¿Qué ocurre si se adopta una decisión gracias a la situación mayoritaria, donde NO hay ánimo de lucro propio o ajeno, ni beneficio para la sociedad, pero si un perjuicio para los socios?. Si el bien jurídico protegido por este artículo es la protección del patrimonio de los socios minoritario, por qué pone trabas el Derecho Penal a dicha protección, estableciendo como condición *sine qua non* la necesidad de que haya un beneficio propio o ajeno. ¿En que afecta que haya habido beneficio propio o ajeno, si el patrimonio de los socios se ha visto igualmente afectado?.

En contraposición a la escasa regulación realizada por el Código Penal, el Derecho Mercantil contempla en varios artículos de la LSC un régimen de impugnación de acuerdos sociales como respuesta a la necesidad de tutela de los derechos de los socios minoritarios, régimen que encontramos a lo largo de su articulado, siendo ejemplo de ello los art. 204, 207, 208 y 251 de la LSC.

Además, encontramos una gran cantidad de sentencias absolutorias, debido a que los socios minoritarios tienden a impugnar estos acuerdos en el ámbito penal y no a través de la LSC, olvidando estos socios que la regulación realizada por el C.P ha de ser utilizada en última ratio, ocurriendo algo muy similar con el art. 292.

5- El art. 293 del C.P pese a que realiza un esfuerzo en delimitar los derechos que protege, tan solo limita donde empieza y acaba la protección en algunos de ellos, quedando sin

una regulación óptima los derechos de participación en la gestión o en el control de la actividad social.

6- Para finalizar, en el art. 294 encontramos algo muy parecido que en el art. 291, pues si comparamos las sanciones administrativas previstas en la LSC en caso de obstaculización a la actuación de inspección respecto el art. 294, podemos determinar que, con la existencia de estas primeras, no sería necesario la tipificación de dicha conducta por parte del C.P.

PROPUESTA DE MEJORA

Debido a todo lo expuesto anteriormente, creo que la mejor propuesta que se puede realizar es hacer una revisión completa de los artículos 290 a 296, excluyo el artículo 297 porque dentro del contexto en el que se elaboró el Capítulo XIII del C.P. considero todo un acierto por parte del legislador el dar una definición de lo que se ha de entender por sociedad, si bien el mismo debería de ser complementado por el Derecho Mercantil para quedar completo.

Lo primero que ha de plantearse el legislador es si realmente es necesario regular algo que ya queda totalmente regulado en el Derecho Mercantil, desde mi punto de vista sí, es necesario, pues una cosa es exigir la responsabilidad patrimonial y otra distinta la penal. Por tanto, partiendo de la premisa de que, si es necesario esta regulación en el ámbito penal, el legislador debería de establecer unas tipificaciones más exactas que no den lugar a equívocos, imprecisiones ni a ambigüedades, que tienen como consecuencia por ejemplo que algunos de los tipos regulados en el Capítulo XIII del C.P. puedan ser subsumidos por otros artículos.

Y por supuesto, al igual que hizo en su día con el art. 297, dar una definición de algunos conceptos mencionados a lo largo de estos 7 artículos, como por ejemplo que ha de entenderse por administradores de hecho o de derecho.

5. BIBLIOGRAFÍA, REFERENCIAS WEB Y NORMATIVA.

BIBLIOGRAFIA

- Astarloa Huarte-Mendicoa, E. (2011). ¿Por fin un concepto unívoco de administrador de hecho en Derecho penal y Derecho societario?, págs. 60-67.

- Vázquez Berdugo, I. (2020). *Derecho Mercantil: Obra adaptada al temario de oposición para el acceso a la Carrera Judicial y Fiscal*. Editorial Centro de Estudios Ramon Areces SA.
- Faraldo Cabana, P. (1995). *Los delitos societarios presupuestos de su criminalización en España (Doctoral dissertation, Universidad da Coruña)*.
- Castro Moreno, A. (1998), 206; Faraldo Cabana, P. (2000), 68; García de Enterría, E. (1996), 40; González Vizcaya, E. (1997), 230.
- Faraldo Cabana, P. *Delitos societarios*, (2015).
- García Pérez, J. J. (1999). *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, Madrid, págs. 160-161.
- Le Goff, J., & de Serra Ràfols, F. (1969). *La civilización del occidente medieval*. Barcelona: Juventud.
- Martín Pallín, J. A. Los delitos societarios, en: SERRANO BUTRAGUEÑO, I (Coord.). *Código penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Granada, Comares (1999), pp. 1388-1408.
- Martínez-Echevarría y García de Dueñas, A., Prendes Carril, P., Cabanas Trejo, R., Ballester Azpitarte, L. (2017). *Tratado de Sociedades de Capital. Tomo I: Comentario Judicial, Notarial, Registral y Doctrinal de la Ley de Sociedades de Capital (Vol. 900)*. ARANZADI/CIVITAS.
- Sainz de Andino, P. (1830). *Minutas del proyecto de código criminal*.
- Tomás y Valiente, F. (1983). *Manual de historia del derecho español*. Tecnos Editorial SA.

REFERENCIAS WEB

- Alfaro Águila-Real, J., *¿Que es un derecho de adquisición preferente?*, Lecciones Mercantil. [Consultado 05/05/2022].

Disponible en:

<https://almacenederecho.org/que-es-un-derecho-de-adquisicion-preferente>

- Astarloa Huarte-Mendicoa, E. (2011). *¿Por fin un concepto unívoco de administrador de hecho en Derecho penal y Derecho societario?*, págs. 60-67. [Consultado 29/04/2022].

Disponible en:

<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/3191/documento/art07.pdf?id=3336>

- Guías Jurídicas Wolterskluwer. Junta general de socios. (s. f.). <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es>. [Consultado 03/05/2022].

Disponible en:

https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjQwMLtbLUouLM_DxbIwMDCwNziEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqADlvwvs1AAAAWKE

- Guías Jurídicas Wolterskluwer. Órganos de administración de la sociedad mercantil. (s. f.). [Consultado 20/04/2022].

Disponible en:

https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjEwtztlbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAkO7IPDUAAAA=WKE

- Rives Seva, A. P. Los delitos societarios. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España. [Consultado 27/04/2022].

Disponible en:

<https://derechopenalonline.com/los-delitos-societarios-analisis-de-la-jurisprudencia-del-tribunal-supremo-de-espana/>

- Rodríguez-Sala, M. L. La cofradía-gremio durante la Baja Edad Media y siglos XVI y XVII, el caso de la cofradía de cirujanos, barberos, flebotomianos y médicos en España y la Nueva España. *Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, (2009), 10, 149-163. [Consultado 05/03/2022].

Disponible en:

<https://www.redalyc.org/pdf/3221/322127620010.pdf>

NORMATIVA

- España. Española, C. 1978. Constitución española. Boletín Oficial del Estado 29 de Diciembre de 1978, núm. 311.

- España. Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio. Boletín Oficial del Estado del 16 de Octubre de 1885, núm. 289.
- España. Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial. Boletín Oficial del Estado 24 de Junio de 1987, núm. 150.
- España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid, 25 de Julio de 1889, núm. 206., BOE-A-1889-4763.
- España. Real Decreto-Ley aprobando el proyecto de Código Penal, que se inserta, y disponiendo empiece a regir como Ley del Reino el día 1º de Enero de 1929. Gaceta de Madrid, 13 de septiembre de 1928, núm. 257, Boletín Oficial del Estado [-A-1928-8856]
- de España, C. G. 1995. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Madrid: BOE.
- España. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Boletín Oficial del Estado 03 de Julio de 2010, núm. 161.
- España, J. C. I. R. (2013). Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias.
- España. Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. Boletín Oficial del Estado núm. 293, de 4 de diciembre de 2014, páginas 99793 a 99826.
- España. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado núm. 77, de 31 de marzo de 2015, páginas 27061 a 27176.
- España. Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional. Boletín Oficial del Estado, 29 de Julio de 2015, núm. 180.

ANEXO JURISPRUDENCIAL Y DE OTRAS RESOLUCIONES:

Relación de sentencias dictadas.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio 2006 (RJ 816,2006).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2007 (RJ 59,2007).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2009 (RJ 834, 2009).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre 2013 (RJ 765/2013).

Relación de resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

- España. Resolución de 15 de diciembre de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Boletín Oficial del Estado 04 de Enero de 2018, núm.4, págs. 2211 a 2216.
- España. Resolución de 18 de septiembre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Boletín Oficial del Estado 05 de Octubre de 2018, núm. 241, págs. 97299 a 97305.

