

**LOS ADMINISTRADORES DE HECHO Y DE DERECHO. LA
PERSONA JURIDICA.**

JAVIER MUÑOZ CUESTA



Fiscal del Tribunal Supremo

Centro de
Estudios
Jurídicos

Delitos societarios. El delito de la administración desleal.

11 y 12 de Mayo de 2017

RESUMEN. *Los delitos societarios que nacieron para rellenar una laguna legal existente en la delincuencia que se podía perpetra dentro de las sociedades mercantiles después de más de cinco quinquenios de aplicación han resultado útiles para el fin que se proponían, habiendo sufrido desde su tipificación en el CP de 1995 una modificación importante al desgajarse de ellos el art. 295, siendo derogado, de administración desleal y pasar con un ámbito mayor a un delito patrimonial en el art. 252 CP.*

Las mayores críticas que se pueden hacer a estos delitos se hallan en los elementos normativos de carácter jurídico que contiene su redacción, como el de sociedad o el mismo de administrador de hecho o de derecho. Por otro lado el carácter de normas en blanco que contienen su redacción, debiéndose acudir a la legislación mercantil o administrativa para conocer el contenido de la conducta prohibida y también si la tipificación de alguno de ello infringe el principio de intervención mínima, al tratarse, por el ejemplo el art. 294, más de una infracción administrativa que penal.

Estos delitos se pueden clasificar dentro de los llamados de propia mano o delitos especiales propios, al deber tener el autor directo necesariamente la condición de administrador de hecho o de derecho dentro de la sociedad en la que ejerce esas funciones y los que no lo sean su catalogación lo será de partícipes a título de inductores, cooperadores necesarios o cómplices.

El concepto de administrador en un sentido global será cualquier persona física o jurídica, directamente o por representación, de forma delegada o fruto de un apoderamiento, que ejerza realmente las funciones de gestión o administración de la sociedad, los que serán autores de los delitos societarios. Tendrá la consideración de Administrador de derecho, el que ocupa una posición en el consejo de administración o de dirección de la empresa con facultades de gestión y decisión, sea órgano unipersonal o colegiado, siempre conforme a la legislación de sociedades, Código de Comercio o Ley que regule una determinada sociedad, tenido tal consideración los administradores judiciales y los liquidadores de la sociedad.

Por su lado será administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad, pudiendo serlo los administradores cuyo mando ha expirado y no se ha formalizado legalmente su terminación, cuando el nombramiento es nulo o simplemente cuando no existe tal título, pero siempre el administrador de hecho no seguirá las directrices de otros y su función deberá tener permanencia en el tiempo.

Se admite la posibilidad de perpetración del delito por comisión por omisión, cuando el miembro del Consejo de Administración delega su participación o se ausenta a sabiendas que se va a adoptar un acuerdo o decisión de las prohibidas en los tipos delictivos, siempre que tenga el deber de garante o no se haya opuesto con su voto a tal decisión Por último una persona jurídica puede ser administradora de una sociedad, previniendo la LSC que la sociedad deberá nombrar a una sola persona física para la realización de esa administración, ello con el fin de concretar su responsabilidad.

SUMARIO.

1.- INTRODUCCION.

2. CONCEPTO DE ADMINISTRADOR DE HECHO O DE DERECHO.

2.1 Aspectos generales.

2.2. Los administradores en las sociedades de capital.

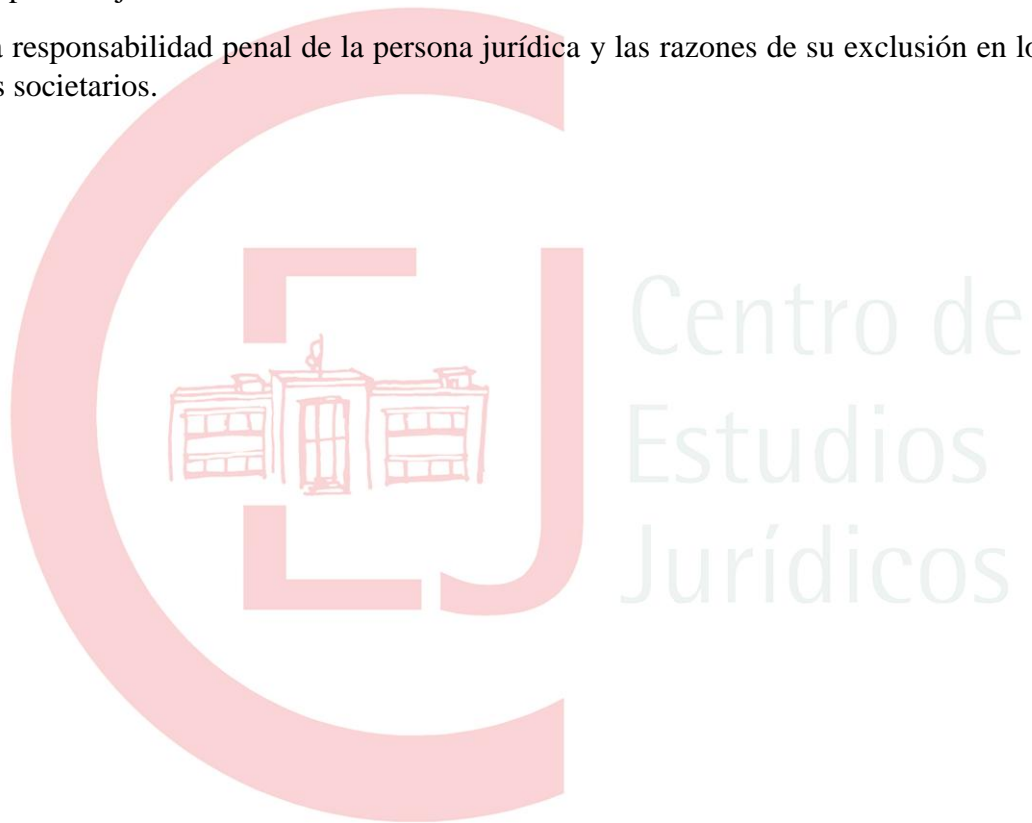
2.3 Necesidad de revisar la denominación de los sujetos de los delitos societarios.

2.4 Partícipes que no tienen la condición de administradores de la sociedad.

3 LA PERSONA JURIDICA.

3.1 La persona jurídica como administradora de una sociedad.

3.2 La responsabilidad penal de la persona jurídica y las razones de su exclusión en los delitos societarios.



1. INTRODUCCION.

Pasados más de tres quinquenios de la entrada en vigor del Código Penal de 1995 y por tanto de los delitos societarios, creados en ese texto, se puede hacer una valoración más reflexiva y con más información sobre su necesidad, en cuanto que venían a rellenar un vacío al no estar previstas penalmente determinadas conductas dentro de las sociedades mercantiles o todas aquellas que de forma permanente para el cumplimiento de sus fines participan en el mercado, las que merecían la intervención del derecho penal, ya que aquéllas no podían ser cubiertas por los delitos contra el patrimonio, ni por las falsedades documentales, ni por el delito de desobediencia cuando se impedían las labores de inspección por organismos oficiales a las sociedades sometidas a la supervisión administrativa que han generado tipos especiales en cada caso.

La valoración ha de ser positiva y la doctrina científica así lo ha entendido, como la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo, los que han aplicado de manera constante los tipos penales previstos en los arts.290 a 294 CP, manifestándose que eran precisos esos delitos para establecer el equilibrio necesario cuando los atentados a los bienes jurídicos protegidos en ellos se producían y sin su tipificación quedarían zonas de impunidad en ese ámbito de la sociedad mercantil por hechos cometidos por sus administradores.

En tal sentido MOYA JIMENEZ¹ aprecia que se trata de delitos que atentan al orden socio-económico y que tienen su sentido en la necesidad de tutela de conductas en una sociedad cada más compleja, acogiéndose nuevas formas de delincuencia y responden con la tipificación delictiva a la llamada criminalidad de la empresa dentro de la participación en la vida económica de un país.

La necesidad de la tipificación de los delitos societarios, dice RODRIGUEZ MONTAÑES², se hallaba en la reclamación de la intervención penal en el ámbito societario o de las sociedades mercantiles para atajar las infidelidades y abuso de poder llevados a cabo por los administradores de éstas en operaciones fraudulentas, como utilización abusiva del crédito, falseamiento de balances, publicación de datos falsos u obtención de mayorías ficticias.

La tipificación de las conductas que comprenden los delitos societarios han sufrido una reforma en cuanto a que el delito de administración desleal cometido en el seno de una sociedad ha sido suprimido dejándose sin contenido el art. 295 CP por LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del CP, pasando a ser penados los hechos que describía esa norma por el delito de administración desleal previsto en el art. 252 CP, con un ámbito de aplicación mucho más amplio que el derogado art. 295 CP.

¹ MOYA JIMENEZ, Antonio. La responsabilidad penal de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas. Editorial Bosch. Barcelona, 2010, pág. 28 y 29.

² RODRIGUEZ MONTAÑES, Teresa. Enciclopedia Penal Básica. Editorial Comares. Granada, 2002, pág. 546.

En tal sentido afirma RAMOS RUBIO³ que la nueva administración desleal está concebida, de la misma forma que la apropiación indebida, como un delito contra el patrimonio y no contra el orden socioeconómico, como es el caso de los delitos societarios, con lo que se manifiesta aún más la duda creada en la doctrina científica sobre la conveniencia o no de desgajar la administración desleal de los delitos societarios, lo que ha concluido teniéndolo actualmente como delito patrimonial semejante al citado y distinto a los societarios.

Desde otro punto de vista estas figuras delictivas también sufrieron serias críticas cuando se afirmaba de ellas que contenían demasiados elementos normativos de carácter jurídico, como el concepto de sociedad, debiendo interpretarse necesariamente con aplicación de conceptos legales al margen del derecho penal y también que constituyen normas penales en blanco, siendo necesario conocer el alcance del injusto típico con una exigida remisión a la legislación mercantil y en particular hoy a la Ley de Sociedades de Capital, lo que podría afectar al principio de legalidad porque algunas figuras, para conocer su contenido o el núcleo de lo prohibido, la conducta delictiva en definitiva, es imprescindible remitirse a una norma extrapenal.

En cuanto al atentado que pueden sufrir al principio de intervención mínima, en concreto la conducta prevista en el art. 293 CP, se infringiría al poder solventarse lo previsto en él al margen de la legislación penal o que la recogida en el art. 294 CP al impedirse las labores de inspección por organismos oficiales de determinadas sociedades no era más que una desobediencia. Respecto a esta última norma, REMON PEÑALVER y FLORES CACHO⁴, aprecian su colisión con la consideración del derecho penal como *última ratio*, motivando que se pueda confundir la sanción administrativa que pueda acontecer con la responsabilidad penal en su caso por aplicación del tipo delictivo citado, aventurando que los casos Banesto, Kio o Filesa predispusieran al prelegislador para tipificar esa conducta, que evidentemente, añadimos, tiene más de tinte administrativo que penal relacionado con las funciones de inspección que tienen actualmente la CNMV o la DGS.

Todas estas afirmaciones podemos decir, sin que se hayan demostrado banales, no tenían la repercusión e importancia que se les dio en un principio y por tanto no han impedido la aplicación del conjunto de los delitos societarios, que con tanto interés fueron aceptados por la comunidad jurídica y se han manifestado como útiles en la lucha contra los atentados contra el patrimonio y orden socioeconómico relacionados con las sociedades mercantiles.

Tiene relevancia en estos delitos que tratamos la condición objetiva de perseguibilidad, a juicio de CASTRO MORENO⁵, en la regulación penal de los delitos societarios el legislador ha querido dejar un amplio margen de discrecionalidad a los posibles agraviados, estableciendo un sistema de protección del bien jurídico basado en

³RAMOS RUBIO, Carlos. Comentario a la reforma penal de 2015. Parte Especial. XXX. El nuevo delito de administración desleal. Editorial Aranzadi. Pamplona 2015, pág. 2.

⁴ REMON PEÑALVER, Álvaro y FLORES CACHO, Damián. Delitos societarios: comentarios a los artículos 290 a 287 del Código Penal. Editorial Bosch. Barcelona, 2017, pág. 171.

⁵CASTRO MORENO, Abraham. Análisis teórico-práctico de la condición objetiva de procedibilidad en los delitos societarios (especial referencia a la legitimación activa del Ministerio Fiscal). Derecho y Proceso Penal num.19/2008 1 parte Doctrina. Editorial Aranzadi. Pamplona, 2008, pág. 4.

el principio de auto-tutela del mismo, y atribuyendo al Ministerio Fiscal un papel meramente secundario, reservado a los supuestos en que los agraviados no puedan defender sus intereses por sí mismos, o en los que resulten afectados los intereses generales o una pluralidad de personas, quizá ello, añadimos, para que no se abusase de las denuncias o querellas destinadas a enturbiar el funcionamiento de la sociedad mercantil, más que a perseguir ilícitos penales cometidos en su ámbito de actuación, loable fin entendemos por las finas líneas que delimitan los delitos societarios con otros dentro de los patrimoniales o el orden socio-económico.

Una vez realizadas estas consideraciones generales, a nuestro juicio necesarias para centrarnos en el objetivo que nos mueve, que no es otro que el determinar el alcance de los sujetos que pueden perpetrar estas acciones delictivas previstas en los citados arts. 290 a 294 CP, en concreto los sujetos activos administradores de hecho o de derecho están previstos de forma expresa como los que pueden cometer el ilícito penal en los arts. 290, 293 y 294 CP, lo que los convierte en delitos especiales propios al deber tener el autor directo necesariamente tal condición dentro de la sociedad en la que ejerce esas funciones, es decir se trata de infracciones penales que requieren la concurrencia de determinadas condiciones en el sujeto activo, que en caso de no concurrir impedirían su aplicación, condición que también se exigía en el derogado art. 295 CP, como autores directos del art. 28 párrafo primero CP, pasando al art. 252 antes citado como aquellos que tienen facultades para administrar un patrimonio ajeno, lo que manifiesta un concepto si cabe más amplio que el previsto en los delitos societarios.

En el delito del art. 290 CP sobre falseamiento de las cuentas de la sociedad, FARALDO CABANA⁶ estima que sólo es especial propio en el falseamiento de las cuentas cuando se falta a la verdad en la narración de los hechos, art. 390.1.4º CP, puesto que esa conducta cometida por particular es atípica en lo que se refiera a documentos mercantiles y en este caso sí es típica cuando la comete un administrador de hecho o de derecho de la sociedad, por tanto, continúa la citada autora, este delito lo puede cometer un particular no administrador cuando la falsedad se refiere a los demás números del artículo citado. No compartimos esta opinión, ya el carácter de especial propio no viene dado por la conducta que se realiza, sino por la condición del sujeto que exige el tipo, que no es otro que un administrador, por tanto si el particular no administrador interviene en el delito será partícipe, pero si no realiza conducta alguna un administrador no estaremos ante un delito societario, sino ante una falsedad documental en su caso o un delito de apropiación indebida o patrimonial según la conducta realizada.

Por otro lado dejar constancia que la falsedad ideológica ha quedado sin reproche penal dentro de las falsedades cometidas por particular, habiendo triunfado la tesis en la que el particular que falta a la verdad en la declaración de hechos que se incorporan a un documento no comete delito, al no existir, según los partidarios de la misma, un deber de veracidad por parte de los ciudadanos, así, se consagra, dice la sentencia TS 1256/2004, de 10 diciembre, la mentira como una acción comprensible y no punible, aunque tenga evidentes repercusiones personales y económicas.

⁶ FARALDO CABANA, Patricia. Comentarios al Código Penal. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2011, pág. 1.120.

Esta tesis tiene su ámbito de aplicación exclusivamente en el título de las falsedades cuando son cometidas por particular y recaen en documentos públicos, oficiales o mercantiles, es decir en el art. 392 y en art. 395 referido a falsificación de documentos privados, pero no es ampliable a los demás supuestos de falsificación documental, llamada ideológica, que se incluyen en otros títulos del Código Penal.

Ante este planteamiento debemos argumentar, que el faltar a la verdad en la realidad contable de una sociedad tiene su adecuada respuesta penal, concurriendo todos los elementos antes estudiados, en el art. 290 de nuestro principal texto punitivo, ya que se están protegiendo otros bienes jurídicos diferentes a los que motivan la punición de las falsedades, como son el patrimonio de la sociedad, los socios o terceros, además, de forma secundaria, del orden socioeconómico, debiendo reflejarse la realidad económica y jurídica de la sociedad a través de sus documentos, cuya alteración puede repercutir en la vida económica de un país, ello siempre que participe como autor un administrador de hecho o de derecho.

En este contexto URBANO CASTRILLO⁷, aprecia el faltar a la verdad en documento mercantil, actualmente, o no es delito o sólo puede ser constitutivo de un delito contable, los efectos de las inexactitudes contables que se detecten en los balances de una empresa se podrán subsumir en este delito cuando las realiza un administrador de hecho o de derecho, a pesar de que esa conducta falsaria esté destipificada cuando la perpetra un particular en cualquier clase de documento.

En otros delitos también se hace referencia a los administradores de hecho o de derecho como en el art. 282 bis, *los que, como administradores de hecho o de derecho de una sociedad emisora de valores negociados en los mercados de valores, falsearan la información económico-financiera contenida en los folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros o las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros, con el propósito de captar inversores o depositantes, colocar cualquier tipo de activo financiero, u obtener financiación por cualquier medio.*

También hay otros tipos delictivos que tienen como sujetos a un administrador, sin distinguir entre los que son de hecho o de derecho como es el art. 286 bis CP relativo a la corrupción en los negocios, estableciendo en su num.1 que comete el delito *el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza.* O el art. 302 CP en cuanto a los administradores en organizaciones para el blanqueo de capitales, en su núm.1 sanciona *a las personas que pertenezca a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones.*

⁷URBANO CASTRILLO, Eduardo. Delincuencia económica. La Ley Penal, Nº 15, Sección Práctica penal. Editorial la Ley. Madrid. 2005, pág. 2

2. CONCEPTO DE ADMINISTRADOR DE HECHO O DE DERECHO.

2.1 Aspectos generales.

Los sujetos activos, en concepto de autores directos, únicamente pueden ser los administradores de hecho o de derecho de una sociedad constituida o en formación, teniendo tal condición, dice QUINTERO OLIVARES⁸, *cualquier persona física o jurídica, directamente o por representación, de forma delegada o fruto de un apoderamiento, que ejerza realmente las funciones de gestión o administración de la sociedad*, los que serán autores de los delitos societarios.

La denominación de administrador de hecho o de derecho es un elemento normativo del tipo objetivo de carácter jurídico, puesto que para interpretarlo imprescindiblemente deberemos acudir a normas legales y en buena parte a la Ley de Sociedades de Capital como posteriormente exponremos, no teniendo la condición sin más de un elemento descriptivo por la necesidad de auxilio de otras normas jurídicas para determinar su contenido.

También podrán ser autores de ciertos delitos societarios en función de lo previsto en los arts. 291 CP, acuerdos abusivos, los accionistas con mayoría en la Junta general y los que tengan mayoría en el órgano de administración de la sociedad, que habrá que afirmar que serán los administradores de derecho, que necesariamente deben ser varios, que adoptan el acuerdo abusivo en perjuicio de otros socios y sin beneficio de la sociedad. Por otro lado en el art. 292CP, acuerdos lesivos, mediante la obtención de mayoría ficticia, pueden ser autores igualmente los administradores de hecho o de derecho que logran esa mayoría ficticia de la forma que describe el tipo.

Administrador de derecho será, el que ocupa una posición en el consejo de administración o de dirección de la empresa con facultades de gestión y decisión, sea órgano unipersonal o colegiado, siempre conforme a la legislación de sociedades, Código de Comercio o Ley que regule una determinada sociedad.

En tal sentido SEQUEROS SAZATORNIL y DOLZ LAGO⁹ entiende que los administradores de derecho lo serán en función de las normas legales que regulan una determinada sociedad o los estatutos de ésta que configuran el desempeño del cargo y las funciones en relación con esos fines. Se incluyen en los supuestos que tratamos las delegaciones que se producen en las grandes sociedades por el Consejo de administración o una comisión ejecutiva o a un consejero delgado, que serán los auténticos administradores de derecho de la sociedad.

Cuando el administrador sea una persona jurídica, como posteriormente estudiaremos, dicen REMON PEÑALVER y FLORES CACHO¹⁰, que aunque legalmente aquella sea la administradora el verdadero administrador de derecho será la

⁸QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Comentarios al Código Penal. Tomo II Parte Especial. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008, pág. 977.

⁹ SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando y DOLZ LAGO, Manuel Jesús. Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores. Editorial La ley. Cuarta edición. Madrid, 2017, pág. 144.

¹⁰REMON PEÑALVER, Álvaro y FLORES CACHO, Damián. Delitos societarios: comentarios a los artículos 290 a 287 del Código Penal. Ob. cit. pág. 43.

persona física especialmente designada por la persona jurídica para gestionar la sociedad, lo que será de obligado cumplimiento tal y como aparece en el art. art. 212 bis 1 LSC, apreciación que no compartimos plenamente, puesto que el verdadero administrador de derecho es la persona jurídica puesto que tiene personalidad de esa naturaleza con independencia de sus miembros y la persona física especialmente destinado a ello no es más que el instrumento de la persona jurídica administradora a quien ha dado esa potestad la sociedad a través de sus órganos con capacidad legal para adoptar tal decisión.

También son administradores de derecho de la sociedad los judiciales nombrados por el Juez en los supuestos de embargo de la sociedad y los liquidadores, quienes ostentan en esa fase las mismas facultades que el Consejo de Administración o las de los administradores sustituidos, realizando las funciones propias de gestión adaptadas a la situación en la que se hallan.

Por su parte los administradores de hecho son aquellos que ejercen materialmente las funciones propias de gestión de la sociedad sin que su nombramiento se haya llevado a cabo conforme a la norma que rige cada tipo de ellas, teniendo el poder y la capacidad de mando o decisión en la misma, con dominio del acto.

A tal efecto el art. 236.3 LSC dispone que: *la responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad.*

Puede tratarse de administradores cuyo mando ha expirado y no se ha formalizado legalmente su terminación; cuando el nombramiento es nulo; no existe título para actuar en la sociedad; o los que realmente dominan la sociedad han situado formalmente a otros al frente de ella como meros instrumentos de sus decisiones, pudiendo ser igualmente administrador de hecho el que da las instrucciones a los administradores de derecho, que no son más que instrumento del primero.

De no hacerse la previsión legal a esta modalidad de administradores nos encontraríamos con conductas en las que no se podría atribuir responsabilidad al autor real del hecho delictivo por faltarle la condición de administrador que exige el tipo penal, aunque bien es cierto que podría ser inculcado por vía de otra forma de participación que no fuese la autoría directa, siempre que actuase un administrador legal.

El administrador de hecho, dice MERCEDES MARTÍN¹¹, precisa tres requisitos: continuidad, funciones ejecutivas, no subordinación al administrador formal, siendo la persona que, en la realidad del tráfico, desempeñe las funciones propias del administrador sin título, con título nulo, extinguido o con otro título (*de facto directors*) y a la persona bajo cuyas órdenes actúe el administrador de la sociedad (*shadowdirectors*). Se puede incluir al director general si no existe consejero delegado

¹¹MERCEDES MARTÍN, Víctor. Novedades en materia de responsabilidad de administradores. Revista Aranzadi Doctrinal num.900/2015. Editorial Aranzadi, 2015, pág. 3.

en la sociedad o aun existiendo éste, se puede calificar al director general como administrador de hecho.

En cuanto a los apoderamientos generales que se otorgan por los órganos de gobierno o administradores legales, dicen SEQUEROS SAZATORNIL y DOLZ LAGO¹², como los directores generales o gerentes de la sociedad, que no tienen con ésta una relación orgánica sino laboral, deben ser considerados administradores de hecho puesto que por el apoderamiento se otorgan facultades de gestión, no estando integrados ni legalmente, ni por los estatutos de la sociedad, como órgano de administración y al realizar estas funciones en la práctica adquieren la condición de administradores de hecho dentro de la amplitud que los tipos penales societarios conceden a los sujetos activos del ellos.

En definitiva y resumiendo todo lo anterior, afirma POLO VEREDA¹³, que la diferencia entre el administrador de hecho y de derecho no puede ser otra que un administrador lo es de derecho cuando dicha función de administración, y por ende la posición de garantía, le viene asignada directamente por el Derecho o, lo que es lo mismo, por la Ley societaria de aplicación, mientras que lo será de hecho cuando dicha fuente sea otra distinta a la legal. Como vemos aquí se centra la legitimidad del administrador de derecho sólo en su nombramiento cuyo origen está en la ley, olvidando que ello es imprescindible, pero también lo es que los órganos que componen la sociedad hayan manifestado mediante la correspondiente resolución quienes van a gestionar la sociedad.

El que se debe entender por administrador de hecho ya ha sido concretado por la jurisprudencia del TS con ocasión de la aplicación e interpretación del artículo 31 CP, entre otras, en Sentencias números 774/2005 de 2 de junio, 480/2009 de 25 de mayo y 986/2009 de 13 de octubre. En cualquier caso, conviene recordar que deben rechazarse las interpretaciones que busquen introducir en el concepto a aquellos sujetos titulares de alguna capacidad de decisión autónoma siempre supeditada a la dirección, supervisión o control de quien en realidad dirige la entidad. Como bien resume la Sentencia del Tribunal Supremo n.º59/2007 de 26 de enero, *el administrador de hecho debe participar activamente en la gestión y dirección, de forma permanente y no sujeta a esferas superiores de aprobación o decisión. Debe desempeñar una función de dirección real, con independencia de la formalidad de un nombramiento.* y la STS 816/2006 de 26 de Junio dice que *se entenderá penalmente hablando que es administrador de hecho toda persona que, por sí sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad, y concretamente las expresadas en los tipos penales.* Ello es así en el marco de la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando el legislador se remite a conductas propias o controlables por los verdaderos órganos de gobierno, siendo lo relevante el poder de dirección de facto y no el concreto título o circunstancia de los cuales se deriva dicho poder que ejercen al controlar y resolver en la sociedad. En el mismo sentido la STS núm. 765/2013 de 22 octubre.

¹² SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando y DOLZ LAGO, Manuel Jesús. Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores. Ob. cit. pág. 136 y 137.

¹³ POLO VEREDA, Javier. Delitos societarios: reflexiones para una selección de aspectos polémicos. Diario La Ley, Sección Doctrina, nº 11753/2001. Editorial La Ley. Madrid, 2001, pág. 5.

Se ha considerado al director financiero como administrador de hecho, a pesar de existir un administrador de derecho, que realiza transferencias bancarias de la cuenta de la entidad a la suya o la de terceros, emitía cheques en su beneficio, utilizaba la tarjeta de la entidad y confeccionó documentos falseando las cuentas, apreciándose un delito continuado de falsedad en las cuentas sociales y delito continuado de administración desleal en concurso medial y no real, STS núm. 464/2014 de 3 junio.

También se ha tenido como autor del delito societario de falseamiento de cuentas en perjuicio de la sociedad la falsificación de las certificaciones sobre la celebración de las juntas generales y sobre la aprobación de las cuentas anuales de dos sociedades, que posteriormente eran presentadas en el Registro Mercantil en perjuicio económico para los socios minoritarios teniendo la condición de sujeto activo el administrador de hecho de la sociedad que además figuraba como secretario del consejo de administración de las dos sociedades involucradas. STS núm. 194/2013 de 7 marzo.

El secretario del Consejo de Administración de la sociedad, que no forma parte del Consejo en el sentido de tener la potestad de decisión como un órgano de gestión de la compañía, ha sido considerado, dice MOYA JIMENEZ¹⁴, como un administrador de hecho cuando asume las actividades propias del consejo por dejación de sus miembros, careciendo de importancia si es letrado de la sociedad o no, porque lo relevante es si de verdad establece las directrices o designios de la sociedad.

En la sentencia 13/2017 de 17 de febrero, de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, del llamado *caso Nóos*, respecto a la esposa del principal implicado, absuelta del delito fiscal que se le imputaba, se dice que no asumía la condición de administradora de hecho de la mercantil, entendida esta última condición, como aquella que concurre en quien, sin ostentar formalmente la cualidad de administrador de la sociedad, ejerza poderes de decisión, adoptando o imponiendo decisiones de gestión, lo que no hacía la acusada porque estaba la margen de la dirección de la sociedad en la que estaba inmersa y que en la materialidad administraba su esposo.

2.2. Los administradores en las sociedades de capital.

Las sociedades de capital se regulan en Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, siendo el texto vigente a este momento de 17 de junio de 2016, comprendiéndose dentro de ellas en su art. 1.1 las siguientes: la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones, en la primera el capital, que estará dividido en participaciones sociales, se integrará por las aportaciones de todos los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales; en la segunda el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de todos los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales y en la tercera el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de todos los socios, uno de los cuales, al menos, responderá personalmente de las deudas sociales como socio colectivo.

¹⁴MOYA JIMENEZ, Antonio. La responsabilidad penal de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas. Editorial Bosch. Barcelona, 2010, pág. 119

Los administradores son comunes para las tres clases de sociedades y están regulados en los arts. 209 y siguientes LSC, pudiendo ser una persona física o jurídica y no requiriendo para su nombramiento la condición de socio de la entidad de la que van a ser nombrado. La administración de la sociedad se podrá confiar a un administrador único, a varios administradores que actúen de forma solidaria o de forma conjunta o a un consejo de administración, dice el art. 210.1 LSC. La STS núm. 47/2016 de 3 febrero, aunque no trata el tema directamente admite que todos los miembros del Consejo de Administración en principio son administradores de la sociedad susceptibles de ser autores del delito societario.

No podrán ser administradores, art. 213 LSC, los menores de edad no emancipados, los judicialmente incapacitados, las personas inhabilitadas conforme a la Ley Concursal 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, o los que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio y los funcionarios públicos conforme a las normas que regulan su actividad.

Los administradores serán nombrados por la Junta de socios y es importante a los efectos de la autoría en los delitos societarios, que tal nombramiento no surtirá efectos sino desde su aceptación, art. 214.3 LSC, lo que supondrá que si realiza labores de gestión propias de un administrador antes de ese momento que puedan generar el ilícito penal correspondiente su catalogación será como administrador de hecho.

Se regulan en el art. 216 LSC los llamados administradores suplentes para el caso de que cesen por cualquier causa uno o varios de ellos. Su nombramiento y aceptación se inscribirá en el Registro Mercantil una vez producido el cese del anterior titular y si los estatutos sociales establecieran un plazo determinado de duración del cargo de administrador, el nombramiento del suplente se entenderá efectuado por el período pendiente de cumplir por la persona cuya vacante se cubra. El administrador suplente mientras se halle en esa situación será ajeno a la gestión de la sociedad y por tanto no será considerado sujeto activo del delito en caso alguno, salvo que realice actuaciones de administración que puedan ser consideradas como de administrador de hecho, encajable por tanto en esa figura del sujeto activo del delito en los términos antes expuestos.

2.3 Necesidad de revisar la denominación de los sujetos de los delitos societarios.

Habría que plantearse si la denominación de administradores de hecho y derecho son ya designaciones superadas en el ámbito del derecho penal, debiendo sustituirse por otras más acordes a la situación actual de actividad de las sociedades en general y de capital en particular.

A este respecto podemos traer a colación el derogado art. 31 bis 1 CP redactado conforme a la LO 5/2010, referido a la responsabilidad penal de las personas jurídicas que decía: *en los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las*

mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. Se establecía así que las conductas de aquéllos, integrados en una persona jurídica, generaban responsabilidad penal para ella, sirviéndose el precepto como sujetos, además de los representantes legales, no incluidos nominalmente en los delitos societarios, de los administradores en esas dos formas citadas.

El cambio operado en el art. 31 bis 1 CP se manifiesta de la siguiente forma: *en los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:*

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma,

Observamos que en el citado artículo redactado de acuerdo a la LO 1/2015, se ha suprimido la referencia a los administradores de hecho y de derecho, sustituyéndose por *los que están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma*, quedando los representantes legales fuera del ámbito de los sujetos activos de los delitos societarios. Pudiendo suceder que el administrador de derecho e incluso el de hecho también sea el representante legal designado por la sociedad o que tenga poderes de representación otorgados por los órganos de gobierno de la entidad.

El representante legal es un concepto ajeno a la legislación mercantil, que se refiere a la representación orgánica y a la voluntaria. En las sociedades de capital, la representación orgánica de la sociedad corresponde exclusivamente a los administradores y se extiende a todos los actos comprendidos en su objeto social, arts. 209, 233 y 234 LSC.

Por su parte al establecer el citado art 31 bis 1 a) CP responsabilidad a *aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica*, se está refiriendo a los administradores de derecho que, en autoría única o colegiada, ejercen las funciones de administración de una sociedad en virtud de un título jurídicamente válido.

Se incluirían los administradores de hecho en los *autorizados para tomar decisiones*, sin integrarse en órgano alguno de gobierno de la sociedad, como toda persona que por sí sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad y concretamente las expresadas en los tipos penales, quien de hecho manda o quien gobierna desde la sombra” (STS nº 598/2012, de 5 de julio).

2.4 Participes que no tienen la condición de administradores de la sociedad.

Al tratarse de un delito de propia mano o especial propio en cuanto que el autor directo conforme al art. 28 párrafo 1º CP solo puede ser el administrador de hecho o de derecho en los arts. 290, 293 y 294 CP, con las salvedades antes mencionadas para los arts. 291 y 292 CP, los demás partícipes, inductores, cooperadores necesarios o

cómplices, podrán serlo con dependencia a la existencia de un autor y conforme a las reglas de la accesoriedad en la participación.

Así serán inductores los que no siendo administradores, fuerzan la voluntad de éstos para la comisión de los elementos objetivos del tipo delictivo. Por su parte los cooperadores necesarios realizan una aportación imprescindible o con dominio del hecho para que se lleve a efecto la conducta que describe el artículo correspondiente que sanciona estos delitos y por el último el cómplice lleva a cabo una aportación no necesaria pero que facilita o auxilia a los autores.

Sí podrán ser sujetos activos los miembros del órgano de gobierno colegiado de la sociedad que es el Consejo de Administración, pero no toda decisión de él con labores de gestión abarcará a la totalidad de sus miembros, sólo a los que por la vía del dominio del acto y por la imputación subjetiva a título de dolo les pueda ser reprochable la conducta ilícita, por lo que si un miembro del Consejo de Administración o consejero se opone expresamente a la adopción del acuerdo o acto lesivo quedará al margen de responsabilidad penal del correspondiente delito societario perpetrado.

El administrador solidario, dice la STS núm. 905/2013 de 3 diciembre, que comete el delito de manera independiente a los otros administradores es responsable individual, sin que afecte a éstos la actividad delictiva, salvo que incurra en la situación de omisión responsable como seguidamente veremos.

Se pueden incluir dentro de los partícipes de los delitos societarios y más concretamente en el art. 290 CP a los auditores de cuentas, los que debieran haberse nombrado en el propio texto como sujetos de la acción típica, al no haberse hecho así se considerarán cooperadores necesarios cuando éste, de acuerdo con el administrador, falsea las cuentas o en su función de control de éstas detecta la alteración y la admite, colaborando con el sujeto propio en la falsedad y el perjuicio a la sociedad, a los socios o terceros.

En cuanto a la pena a imponer a los partícipes no administradores de hecho o de derecho de la sociedad, dice FERNADEZ BAUTISTA¹⁵ le es de aplicación el art. 65.3 CP, pudiendo rebajarse la pena en un grado para ellos, norma, que aun no siendo del todo satisfactoria colma las expectativas doctrinales de rebajar la sanción penal en quienes no ostentan la condición de sujetos activos directos que exigen los tipos penales que se recogen en los delitos societarios.

Se ha planteado en este contexto si el delito societario puede ser cometido por omisión, dice QUINTERO OLIVARES¹⁶, que se concretaría en una comisión por omisión, cuando el miembro del Consejo de Administración delega su participación o se ausenta a sabiendas que se va a adoptar un acuerdo o decisión de las prohibidas en los tipos delictivos. En tal caso lo necesario sería determinar que el consejero tiene un deber especial de actuar tendente a evitar el resultado dañoso, como tener la capacidad el sujeto de realizar la acción debida, es decir que tiene la posición de garante en términos del art. 11 CP y si no actúa para evitar el resultado dañoso tendríamos que incurriría en

¹⁵FERNADEZ BAUTISTA, Silvia. El administrador de hecho y de derecho. Aproximación a los delitos con restricciones con sede de autoría. Editorial tirant lo Blanch. Valencia, 2007, pág. 275.

¹⁶QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Comentarios al Código Penal. Ob. cit. pág. 979.

responsabilidad por omisión. En el caso de oposición material, como hemos dicho anteriormente, a la decisión lesiva no cabrá imputación objetiva y por tanto no le abarcará la responsabilidad de terceros del Consejo de Administración.

En cuanto a la función de garantía del administrador de la sociedad, insiste POLO VEREDA¹⁷ que posición de garantía le viene asignada directamente por el derecho o, lo que es lo mismo, por la ley societaria de aplicación, por tanto el administrador es garante de cada bien jurídico que es objeto de protección en la sociedad, función de garantía que lo será cuando tenga la administración global de la sociedad, no cuando una persona tenga encomendadas una administración parcial, en cuyo caso su garantía sólo se limita a las tareas específicas asignadas por los órganos de la sociedad con capacidad para ello.

La omisión relevante penalmente puede aparecer, dice PASTOR MUÑOZ¹⁸, porque *la omisión de asientos en las cuentas tiene un significado idéntico al de la introducción de asientos falsos en las cuentas de la sociedad, a saber, el de falsear el documento*, posición que compartimos, porque si el administrador de hecho o de derecho deja sin completar las cuentas, libros donde debe constar algo esencial para la sociedad y ello conlleva el perjuicio que exige el tipo del art. 290 CP, esa conducta omisiva conllevaría el mismo efecto que la activa y además tendríamos para reforzar esta postura que el administrador estaría obligado a la buena llevanza de los libros de la sociedad, con lo cual le convierte en garante del contenido de aquéllos.

En cuanto a los sujetos pasivos de la acción delictiva pueden ser la propia sociedad, a alguno de sus socios o a un tercero. El patrimonio de la sociedad puede verse mermado por la acción de los administradores y como persona jurídica independiente a la de sus miembros o personas físicas que la componen, es evidente que puede ser perjudicada. Esas sociedades deben ser siempre de carácter mercantil, aunque esta apreciación está en duda porque la opinión mayoritaria está en la línea de exigir, al menos, personalidad jurídica independiente al ente para poder considerarse sociedad a efectos penales.

El deterioro económico puede recaer en alguno de los socios, al perder valor su participación en la sociedad o en la no obtención de beneficios como consecuencia de la acción falsaria del administrador, socios que pueden ser también sujetos pasivos cuando se les prive de sus derechos de información, aunque estos derechos no tengan un contenido nítidamente patrimonial.

Igualmente los que tienen relación jurídica-económica con la sociedad serán terceros, siendo sujetos pasivos del hecho típico por el posible o efectivo perjuicio patrimonial que se le pueda originar, pudiendo tener la condición de terceros cualquier acreedor de la sociedad, proveedores, clientes o trabajadores de la misma. Se rechaza como tercero cualquier tipo de Hacienda Pública, ya que el perjuicio que se le pueda causar, en las cuantías legalmente establecidas, por el principio de especialidad, daría lugar a un delito contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social en su caso.

¹⁷ POLO VEREDA, Javier. Delitos societarios: reflexiones para una selección de aspectos polémicos. OB. cit. pág. 3

¹⁸ PASTOR MUÑOZ, Nuria. Algunos problemas interpretativos del art. 290 del Código Penal a la luz de los casos de la jurisprudencia. Diario La Ley, Nº 6547, Sección Doctrina, Editorial La ley Madrid, 2006, pág. 4.

3. LA PERSONA JURIDICA.

En este apartado nos vamos a ocupar de dos cuestiones, una primera relativa a la persona jurídica como administradora de la sociedad y la forma de adecuar su actuación a las exigencias de los tipos penales, la que podrá ser igualmente de hecho o de derecho, aunque es más complicado que pueda serlo de hecho, puesto que de no designarse legalmente a una sociedad como titular de la administración de otra y llevarse la gestión una persona física que pertenece a una persona jurídica, el sujeto sería en realidad un administrador de hecho persona física, puesto que su pertenencia a la jurídica no tendría trascendencia en la determinación del autor del tipo delictivo, al estar en principio al margen la sociedad a la que pertenece.

Por otro lado nos vamos a ocupar de la persona jurídica desde la óptica de su responsabilidad penal conforme a los aspectos básicos previstos en el art. 31 bis CP, aunque como expusimos al inicio en estos delitos societarios no está prevista la responsabilidad penal de la persona jurídica a la que pertenece el administrador de hecho o de derecho, precisamente porque la conducta delictiva en la mayoría de los tipos delictivos societarios no va existir un beneficio directo o indirecto para la sociedad, sino más bien un perjuicio, razón por la que nos referiremos a esa responsabilidad de las personas jurídicas y por qué el legislador ha optado por dejarla al margen, sin perjuicio de la aplicación de las consecuencias accesorias del delito previstas en el art. 294 CP.

3.1 La persona jurídica como administradora de una sociedad.

Sin duda cabe la posibilidad que la sociedad, en cuyo entorno se va a perpetrar cualquiera de los delitos que se prevén en los art. 290 a 294 CP, pueda designar a una persona jurídica para que la administre, atribución que se llevará a cabo por los órganos de gobierno de esa entidad, siendo evidente que a su vez la persona jurídica que la administra se sirva de personas físicas que ejecuten tal administración, pudiendo crear algún problema de identificación del autor del tipo penal que se haya cometido cuando no sea determinada la persona física concreta dentro de la persona jurídica administradora.

La cuestión tiene en principio un planteamiento simple si se siguen las normas que a tal efecto se recogen en la LSC. Así en su art. 212 bis 1 se dispone que: *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*, norma que es contundente en tres aspectos, claramente dirigidos a que esa administración no se disperse entre las diferentes personas naturales que se integran en los órganos de la persona jurídica y la gestión de la sociedad por la persona jurídica pueda materialmente ser atribuida a un individuo a quien pueda pedirse que informe a la administradora y en su caso exigirle responsabilidades por su gestión.

La administración por la persona jurídica, se desprende de la norma anterior, requiere la designación o nombramiento de una persona física, para que no quede en abstracto quien se ocupa de la actividad ordinaria de gobierno de la sociedad; la designación se hará en una sola persona, cuya razón está, como decíamos, en que no se produzca una pérdida de eficacia en el desarrollo de la sociedad y sea a la vez la

responsable de la administración y por último la designación debe ser de forma permanente con el fin de dar estabilidad a su función y pueda con ello conseguir una mayor eficacia en el desempeño de sus funciones.

Por su parte el núm. 2 del citado art. 212 bis LSC establece que *la revocación de su representante por la persona jurídica administradora no producirá efecto en tanto no designe a la persona que le sustituya*, lo que significa que siempre, sin interrupción en su función, que una persona jurídica sea la administradora de una sociedad de capital habrá una persona natural que ejerza las funciones propias para el buen gobierno de la sociedad mercantil.

Las normas citadas facilitan en mucho la determinación del sujeto activo en el delito societario en el supuesto de administración que contemplamos, sencillamente porque esa labor de concreción del autor directo del tipo penal quedará fijada en la persona física designada con carácter permanente por la persona jurídica administradora, con lo cual no tendremos que acudir a otras vías para llegar a ese punto de atribución de la actividad delictiva.

A pesar de la claridad e imperatividad del art. 212 bis LSC puede acontecer que la persona jurídica encargada de la administración de la sociedad no haya designado la persona natural que haga esas labores o cuando haya renunciado a ello no se ha designado una nueva, lo que no podrá suceder en caso de revocación del nombramiento puesto que el sustituido no dejará sus funciones hasta que no sea designada una persona física que se encargue de esa actividad. Lo anterior nos lleva a la situación antes apuntada relativa a que una persona jurídica es la administradora de la sociedad y no ha designado a la persona natural que materialmente ejerza tal función pero que la está desarrollando por medio de personas físicas no designadas legalmente conforme al artículo mencionado de la LSC.

En este contexto podríamos afirmar que existe un administrador de derecho que es sin duda la persona jurídica designada como órgano de administración por la sociedad en cuyo entorno se comete el delito, pero el sujeto material que perpetra el tipo penal es un administrador de hecho a los efectos de identificación del autor del tipo objetivo del ilícito penal, lo que en cualquier caso no nos lleva a crear una situación de impunidad por falta de autor conocido de la conducta delictiva al existir identidad en la exigencia del delito de un administrador de hecho que objetivamente lo ejecuta.

Podríamos preguntarnos conforme al problema planteado si nos es de utilidad el art. 31 CP que dice: *el que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.*

Analicemos la cuestión, tenemos una persona jurídica administradora de una sociedad mercantil en cuyo seno se perpetra un delito societario de los arts. 290 a 294 CP, pero esa persona jurídica, administrador de derecho, no ha designado a la persona física que realice esa función de gestión conforme al art. 212 bis LSC; el tipo penal exige

que el sujeto sea un administrador de hecho o de derecho que en nuestro caso es una persona jurídica, con lo cual en el administrador de hecho de esa persona jurídica no concurren las condiciones que exige el delito, puesto que el sujeto es una persona jurídica por acuerdo de la sociedad y no una persona natural, por tanto en aplicación del art. 31 CP responderá del delito aunque en él no concorra la cualidad prevista en el delito y sí en la persona jurídica, que es la legal administradora de la sociedad.

Esta es una posible solución ante la controversia planteada, aunque posiblemente sería más fácil prescindir del administrador de derecho que es la persona jurídica y acudir al administrador de hecho, ejecutor material del delito societario, por vía del artículo correspondiente que es de aplicación, sin que ello creemos suponga un problema jurídico de atribución de responsabilidad penal al utilizarse la cobertura del tipo penal aplicado.

3.2 La responsabilidad penal de la persona jurídica y las razones de su exclusión en los delitos societarios.

Sin duda el art. 31 bis a quinquies CP después de la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, ha supuesto un avance importante en la configuración e implantación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, abarcando aquella a tres aspectos muy significativos, siguiendo el criterio de REUIZ DE ERENCHUN ARTECHE¹⁹, primero se reorganiza su contenido llevando algunos preceptos a nuevos artículos, dándoles una sustantividad propia con más concreción; segundo se limita la responsabilidad a algunas clases de personas jurídicas, se concreta el deber de control y se adecúa la responsabilidad al volumen de la persona jurídica y en tercer lugar se da carta de naturaleza a la eximente de responsabilidad penal a través de los modelos o protocolos de prevención de delitos en el ámbito de la persona jurídica, estableciéndose el contenido mismo o requisitos de esa exención y todos los aspectos que deben tener los diferentes protocolos en función de la actividad concreta a la que se dedica la persona jurídica.

Debemos brevemente exponer el art. 31 bis 1 CP en cuanto a los sujetos responsables que generan la responsabilidad para la persona jurídica y si es necesario que se acredite, no solo el delito cometido por la persona física que transfiere la responsabilidad a la sociedad o entidad con personalidad jurídica, sino también, a efectos de su culpabilidad, que se acredite por la acusación en la última un defecto de organización o la inexistencia de instrumentos adecuados y eficaces para la prevención de delitos y que precisamente ello ha motivado el ilícito penal.

Los sujetos que originan la responsabilidad de la persona jurídica por los delitos por ellos cometidos podemos clasificarlos en dos niveles, en primer lugar los que son conforme al art. 31 bis 1 a) CP sus representantes legales o actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de aquella u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma, siempre que los delitos cometidos lo sean en su nombre o por su cuenta y en su beneficio directo o indirecto. Estos datos serían suficientes para generar la

¹⁹MUÑOZ CUESTA, Javier y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo. Cuestiones Prácticas sobre la Reforma Penal de 2015. Editorial Aranzadi. Pamplona, 2015, págs. 41.

responsabilidad de la persona jurídica, en principio, independientemente si ésta ha adoptado o no las medidas adecuadas para prevenir la comisión de delitos.

Por otra parte igualmente transfieren la responsabilidad penal a la persona jurídica los sujetos que denominados de segundo nivel, los que conforme al art. 31 bis 1 b) CP han podido realizar los hechos delictivos por haberse incumplido gravemente por los antes relacionados o de primer nivel, los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso, estando sometidos a su autoridad, siempre que hayan perpetrado los hechos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas. Supuesto que de forma directa transfiere también la responsabilidad penal a la persona jurídica, al margen si ha puesto en marcha un protocolo de prevención de las conductas criminales que le puedan afectar en función de la entidad de que se trate, que de existir, en la manera exigida en el CP, daría lugar a una exención de responsabilidad.

La responsabilidad penal de la persona jurídica por transferencia de la física existirá si interpretamos los artículos antes citados en su sentido gramatical e incluso sistemático con el conjunto de las normas que rigen la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, podemos afirmar que ésta aparecerá desde el momento en que concurran todos los elementos que se describen en el art. 31 bis 1 a) y b) CP, es decir si una persona física comete cualquiera de los delitos que expresamente se prevén en la parte especial del Código Penal en la que esa responsabilidad alcanza a la persona jurídica, se habrán creado los presupuestos para ello y queda transferida del autor del delito a la sociedad o entidad en la que se halla y para las que se obtiene el beneficio directo o indirecto.

La situación anterior nos encauza a que en el proceso penal la acusación está obligada a aportar la prueba de todos los requisitos o partes que se incluyen en los dos letras, según el caso, del art. 31 bis 1 CP citado, no teniendo la carga de la prueba de la defectuosa organización de la sociedad para la prevención de delitos, sin tener que acreditar la inexistencia de instrumentos adecuados y eficaces de la prevención del delito, en definitiva la ausencia de cultura de respeto al derecho no es un hecho del que nace directamente su responsabilidad y por tanto ello no es objeto de prueba por la acusación.

Esta es la postura que mantiene al respecto la Circular 1/2016, de la FGE, la que añade que el defecto de organización, aun construido por el Legislador como causa de exención de la pena, indudablemente opera como presupuesto y refuerzo de la culpabilidad, desterrando cualquier atisbo de responsabilidad penal objetiva de la empresa, afirmación que a nuestro juicio debe interpretarse que apareciendo como ciertos los presupuestos que dan lugar a la responsabilidad de la persona jurídica por la comisión del delito de los sujetos que tienen las facultades de decisión o control de ella, ello manifiesta claramente y es suficiente para apreciar un defecto de organización por parte de la empresa o sociedad, que no generará la responsabilidad de la persona jurídica si ha adoptado las medidas de prevención mediante el protocolo correspondiente que daría lugar a su exención de responsabilidad a tenor de lo dispuesto en el art. 31 bis 2 y 5 CP. Esta postura es sostenida igualmente por el voto particular a la STS 154/2016, de 29 de febrero.

En sentido contrario se afirma que la responsabilidad de la persona jurídica tiene autonomía respecto a las personas físicas que la componen y que son los sujetos de los delitos que provocan la responsabilidad penal de la empresa o sociedad y consecuentemente, dice la STS 154/2016, de 29 de febrero citada, no se puede dispensar a la acusación de probar la inexistencia de instrumentos adecuados y eficaces de la prevención del delito y la ausencia de cultura de respeto al derecho por parte de la persona jurídica es un elemento del tipo, ello fundamentado en el art. 5 CP que establece que no hay pena sin dolo o imprudencia.

Por su parte la STS de 221/2016 de 16 marzo, mantiene la misma doctrina conviniendo que el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis del CP y además habrá de acreditar que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, que es el defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica. En el mismo sentido la STS516/2016 de 13 junio, con un desarrollo menor sobre el tema que planteamos como cuestionado.

Vistos los delitos societarios en cuanto a los sujetos activos y pasivos, las conductas que pueden generar su aplicación y el bien jurídico que se protege, comparando ello con los elementos que deben aparecer como imprescindibles en la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, se puede concluir que en los delitos societarios el perjudicado en algunos de sus tipos delictivos es la misma sociedad, o incluso como en el delito del art. 291 CP se exige que no haya beneficio para la sociedad, luego mal se puede llegar al requisito imprescindible previsto en el art. 31 bis 1 CP, que la persona jurídica responsable haya obtenido un beneficio directo o indirecto, alcanzado precisamente por los sujetos de primer nivel que hemos citado o del segundo en su caso que también pueden motivar esa responsabilidad.

En los delitos societarios se protege el orden socioeconómico, contribuyendo a ello el buen funcionamiento de las sociedades mercantiles y asimiladas conforme al art. 297 CP, y en la responsabilidad penal de las personas jurídicas se pretende que éstas no se beneficien de la conducta delictiva de los sujetos que las representan o pueden tomar decisiones en su nombre o se actúa por su cuenta, lo que no sucede en los delitos societarios en los que los administradores realizan la conducta al margen de la voluntad de la sociedad, sus accionistas, socios o terceros que pueden resultar perjudicados.

Relacionado con la responsabilidad penal de las personas jurídicas se hallan las consecuencias accesorias del delito que se regulan en el art. 129 CP y que se prevén exclusivamente para el delito del art. 294 CP, las que sólo serán aplicables en todo caso cuando el propio código expresamente lo disponga. De esa forma dice el artículo en primer lugar aludido en su núm. 1 *en caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones*

una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 CP.

Esto significa que cuando los sujetos comentan el delito del art. 294 CP relativo a negar o impedir la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras de la sociedad, las consecuencias accesorias serán:

c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.

f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.

g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

El fundamento de la posible imposición de esas consecuencias accesorias, que no son en caso alguno de obligada aplicación, se halla en la colaboración o actuación de la sociedad como persona jurídica que opera en los mercados sujetos a supervisión administrativa e impone barreras para que esos entes no cumplan con la función de control que tienen encomendadas legalmente, en cuyo caso ha estimado el legislador, por la razones expresadas, que no debía alcanzarle la responsabilidad penal, que podíamos llamar plena, de las personas jurídicas prevista en el art. 31 bis CP, pero sí alguna consecuencia accesoria de las relacionadas, que supondría materialmente una sanción penal, aunque no tenga la consideración de tal a efectos legales, pero en cualquier caso sí le afectaría de modo relevante al funcionamiento y estabilidad de la sociedad no sumisa al control de los órganos oficiales.

BIBLIOGRAFIA.

CASTRO MORENO, Abraham. *Análisis teórico-práctico de la condición objetiva de procedibilidad en los delitos societarios (especial referencia a la legitimación activa del Ministerio Fiscal)*. Derecho y Proceso Penal num.19/2008 1 parte Doctrina. Editorial Aranzadi. Pamplona, 2008.

FARALDO CABANA, Patricia. *Comentarios al Código Penal*. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2011.

FERNADEZ BAUTISTA, Silvia. *El administrador de hecho y de derecho. Aproximación a los delitos con restricciones con sede de autoría*. Editorial tirant lo Blanch. Valencia, 2007.

MERCEDES MARTÍN, Víctor. *Novedades en materia de responsabilidad de administradores*. Revista Aranzadi Doctrinal num.900/2015. Editorial Aranzadi, 2015.

MOYA JIMENEZ, Antonio. *La responsabilidad penal de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas*. Editorial Bosch. Barcelona, 2010.

MUÑOZ CUESTA, Javier y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo. *Cuestiones Prácticas sobre la Reforma Penal de 2015*. Editorial Aranzadi. Pamplona, 2015.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. *Algunos problemas interpretativos del art. 290 del Código Penal a la luz de los casos de la jurisprudencia*. Diario La Ley, Nº 6547, Sección Doctrina, Editorial La ley Madrid, 2006.

POLO VEREDA, Javier. *Delitos societarios: reflexiones para una selección de aspectos polémicos*. Diario La Ley, Sección Doctrina, nº 11753/2001. Editorial La Ley. Madrid, 2001

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Comentarios al Código Penal*. Tomo II Parte Especial. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008.

RAMOS RUBIO, Carlos. *Comentario a la reforma penal de 2015. Parte Especial. XXX. El nuevo delito de administración desleal*. Editorial Aranzadi. Pamplona 2015.

REMON PEÑALVER, Álvaro y FLORES CACHO, Damián. *Delitos societarios: comentarios a los artículos 290 a 287 del Código Penal*. Editorial Bosch. Barcelona, 2017.

RODRIGUEZ MONTAÑES, Teresa. *Enciclopedia Penal Básica*. Editorial Comares. Granada, 2002.

SUAREZ-QUIÑONES FERNANDEZ, Juan Carlos. *Delitos societarios*. La Ley 2169/2008. Editorial La Ley. Madrid, 2008.

SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando y DOLZ LAGO, Manuel Jesús. *Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores*. Editorial La ley. Cuarta edición. Madrid, 2017.

URBANO CASTRILLO, Eduardo. *Delincuencia económica*. La Ley Penal, N° 15, Sección Práctica penal. Editorial la Ley. Madrid. 2005.

