

LOS DELITOS SOCIETARIOS: UNA APROXIMACION AL SUJETO ACTIVO

Jose Manuel Rios Corbacho

Profesor de Derecho Penal del Centro Universitario
de Estudios Superiores de Algecira (CUESA) - España

Publicado en Revista jurídica Región de Murcia nº 26 (1999), págs.11 a 46.

I.- LOS DELITOS SOCIETARIOS

ASPECTOS GENERALES

Este tipo de delitos de consideración "híbrida" entre el derecho mercantil y el derecho penal se configuran como una de las grandes novedades del nuevo código, pero para el legislador no son ninguna novedad ya que antes de que se plasmaran formalmente en la Ley orgánica 10/1995 de 23 de noviembre ya le rondaba la cabeza y ha sido objeto de algún que otro proyecto anterior a este código. No obstante desde el proyecto del 80 hasta el de 1994, ambos inclusive, existen concretos preceptos de dichos delitos pero que no han llegado al B.O.E., por lo que se aprecia un importante vacío normativo en el marco de estos ilícitos mercantiles que siempre se habían solucionado en el plano civil.¹

Cuestión turbulenta que a mi juicio debe destacarse, es la polémica coordinación con respecto al tipo delictivo que estamos estudiando entre los derechos mercantil y penal. ¿Puede el derecho penal abarcar todas las infracciones que se produzcan en el mundo societario? ¿Rompería este hecho con los principios fundamentales del derecho penal?.

Para contestar las preguntas anteriormente expuestas debemos señalar en una primera aproximación que sólo cuando el derecho penal limite su intervención a la defensa de los bienes que se caractericen por su especial relevancia social y no puedan ser abordados por otros mecanismos jurídicos, nos encontraríamos ante una intervención justificada y además respaldada dicha intervención con una correcta aplicación de carácter subsidiario y de última ratio.

La correcta aplicación en este ámbito del derecho penal viene acuñada por el principio de intervención mínima, de tal manera que este derecho no puede sancionar de manera indiferente todas las infracciones de los preceptos civiles y mercantiles; debe realizar una selección con el fin de realizar únicamente la punición de las más graves e intolerables.²

También sobre esto se puede articular el carácter excepcional de intervención en base a la posibilidad de tutelar los intereses en juego mediante instrumentos menos agresivos de control tanto pertenecientes al área mercantil como de la administrativa, así debido a esta argumentación quedaría la faceta penal sólo para las conductas más graves.³ La falta de coordinación entre ambos elementos no puede traer más consecuencia que la creación de distorsiones intolerables dentro del sistema jurídico en su conjunto.⁴ En la misma línea interpretativa **Terradillos Basoco** señala que sólo en los incumplimientos civiles o mercantiles más graves pueden "espigarse" las conductas criminalizables, de otra forma la unidad del ordenamiento jurídico sería un conjunto de contradicciones. En opinión de **García de Enterría** dentro de los delitos societarios parece haber prevalecido razones de carácter "cosmético" y un cierto voluntarismo no exento de tintes demagógicos sobre el debido esfuerzo de ponderación y definición de las conductas sancionadas.⁵

¹ Juan Terradillos Basoco. "Derecho penal de la empresa". Madrid 1995. Pag. 75

² Rodríguez Mourullo. "Algunas consideraciones" Madrid 1984. Pag. 684

³ Juan Terradillos Basoco. "Delitos societarios" Madrid 1987. Pag 32. " La tutela de intereses significativos puede realizarse mediante técnicas distintas, sin que lo decisivo tenga que ser la entidad del interés en juego; se requiere adecuar la sanción a la tipología de las distintas formas de ataque, limitándose a la tutela extrapenal en las hipótesis de agresiones menos relevantes o peligrosas. Y aún frente a las más graves, convendrá desechar el recurso al derecho penal cuando por la especial tipología de las formas de actuación, no sea posible oponerse a ellas respetando los principios constitucionales que gobiernan las técnicas de tutela penal, por ejemplo, cuando no sea posible respetar el principio de culpabilidad o el de personalidad de las penas.

⁴ Javier García de Enterría. "Los delitos societarios: un enfoque mercantil". Madrid 1996. Pag. 24.

⁵ Javier García de Enterría . " Los delitos societarios....." Madrid 1996. Pag. 27.

La excesiva intervención penal producto de la falta de coordinación interdisciplinaria conllevan al profesor **González Rus** a señalar que los límites de las conductas sancionadas entre los delitos societarios posiblemente desbordan lo que aconsejaría una más inmediata reflexión sobre las consecuencias de la intervención mínima.⁶ No obstante, expuesto el problema, **Terradillos Basoco** plantea establecer unos mecanismos de control propios del derecho civil y del mercantil, sobre todo la publicidad; esto derivado de las Directivas Comunitarias que reclaman esa actuación, dicha publicación que además de ser sobre la constitución de la sociedad, también habrá de realizarse en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.⁷

Una vez subrayado que el derecho penal ha de intervenir sólo en las infracciones graves con el ánimo de que su función sancionadora se convierta en un arma arrojadiza que penalice por completo el mundo de las sociedades mercantiles, vamos a hacer hincapié en el tema de la evolución de estos tipos delictivos en la que ha tenido mucha culpa la Legislación Comunitaria y de cuya intervención vamos a reseñar algunas notas.

Por lo que se refiere al ámbito comunitario, hemos de decir que es un marco difícil para adoptar decisiones en virtud de las conocidas reservas que realizan determinados Estados, producto de ello, de la normativa internacional canalizada por el derecho internacional público y más concretamente por el derecho comunitario.

En el ámbito del derecho penal comunitario existe una resistencia "comunitaria", una negativa a dicha formación de este derecho penal específico que ocurre porque en el ámbito comunitario existen determinados aspectos susceptibles de la tutela penal que no es necesaria en la esfera interna. Evidentemente las Instituciones de la Comunidad no tienen posibilidad de poder de definición de los ilícitos penales y de las correspondientes sanciones.⁸

La técnica clave para conseguir ese futuro derecho penal societario, es la vía armonizadora, con ella, valga la redundancia, se armonizan las legislaciones penales de los países además de ser utilizada en la elaboración de un derecho europeo de sociedades. Por lo tanto va a ser en las directivas de armonización donde hemos de buscar los elementos para un futuro derecho penal societario.⁹ Este proceso de armonización generará a su vez una disciplina jurídica sobre sociedades anónimas exceptuando los regímenes de disolución y liquidación.

En este amplio elenco de aportaciones comunitarias se debe atender al hecho de que en virtud del principio de supremacía, la norma comunitaria prevalece sobre cualquier otra nacional de contenido contrario, con la consiguiente obligación de las jurisdicciones nacionales de hacer valer la norma comunitaria en lugar de la nacional. A efectos penales, la disciplina comunitaria es más exigente que la de los países miembros, en cuanto a la seguridad en el tráfico y de la tutela del interés público.

Al avanzar un paso más en esta evolución del derecho penal societario se debía señalar que el hecho de que no existiera esa rama no quería decir que la conducta delictiva no fuera penalmente relevante.

Toda esta problemática de delitos realizados por asociaciones, se intenta plasmar en la propuesta de anteproyecto del Código Penal de 1984, bajo la rúbrica de los "delitos financieros".¹⁰

En la exposición de motivos del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, se fijaba como uno de los objetivos la "tutela del orden económico" que se definía como "Regulación de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios".

Con todo ello se va a sentar la base de un concreto aspecto mercantil llevado al propio proyecto de Código Penal y que cristalizará en la Ley Orgánica de 1995.

⁶ J.J. González Rus. "Aproximación a los delitos contra el orden socio-económico...". Pag. 182

⁷ Juan Terradillos Basoco. "Derecho penal de la empresa". Madrid 1995. Pag. 76- 77.

⁸ Juan Terradillos Basoco. "Los delitos societarios". Madrid 1987. Pag 10. "La actuación sancionadora de los órganos supranacionales se limita, así a: a) la definición de ilícitos castigados con sanciones administrativas de contenido pecuniario, aplicados por los organismos de la propia Comunidad; b) la ampliación directa de la aplicabilidad de las disposiciones penales nacionales, en orden a la tutela de intereses supranacionales, mediante la denominada técnica de asimilación; c) la imposición a los Estados miembros de ciertas obligaciones sancionatorias, consistentes en la armonización de sus preceptos penales con los de los demás países o en la introducción de ilícitos relativamente uniformes". Ver Grasso "Le disposizioni..." Pag. 859.

⁹ Terradillos Basoco, Juan. "Los delitos societarios". Madrid 1987. Pag, 11.

¹⁰ Terradillos Basoco, Juan. "Delitos financieros". En Documentación Jurídica . Vol. 2 Pag.847-848. Año 1983.

II.- LA ACTUACIÓN EN LUGAR DE OTRO. ART. 31

La nueva tipificación de los conceptos “administrador de hecho y de derecho” ha irrumpido en el panorama penal- mercantil con una fuerza inusitada, pero debemos entender que no se trata de un patrimonio exclusivo de los aclamados delitos societarios (arts. 290 a 297 CP) sino que aparecen como una innovación en el artículo 31 del mismo cuerpo legal, con el ánimo de extender la protección penal a una importante laguna de punibilidad que proclamaba la doctrina y que acuciaba al anterior artículo 15 bis.

El problema en este ámbito se iba a desencadenar porque nos encontramos en un ordenamiento jurídico que reconoce el principio de culpabilidad dentro de la esfera del texto constitucional, aunque verdaderamente y en palabras de **Bajo Fernández**, no consiste sólo en la imposibilidad de mantener el principio constitucional de culpabilidad frente al derecho sancionador penal de las personas jurídicas, sino en las dificultades político- criminales además de dogmáticas y garantistas que la eventual responsabilidad penal de las personas jurídicas suscita.

El conjunto de la doctrina se ayuda a la hora de argumentar la responsabilidad de las personas jurídicas de dos disquisiciones, de un lado el principio de personalidad o individualidad de las penas, de otro el de la constitución de la persona jurídica para un fin lícito y determinado.

Aludiendo al tema de las penas cabe hacer alguna que otra observación; es evidente que a la persona jurídica no se le puede aplicar la pena privativa de libertad, pero si se le pueden imponer otras sanciones como pueden ser la disolución y la multa.

Pero verdaderamente la persona jurídica actúa a través de una persona física y como advierte **Rodríguez Ramos** al hablar del levantamiento del velo societario (determinar quien es la persona física que actúa a través de una persona jurídica), entiende que esta figura no tiene el mismo significado en el ámbito civil que en el penal, pues mientras en el primero significa “fraude de ley” a la hora de ocultar el patrimonio propio, en el segundo se pretende descubrir qué persona o personas físicas actuaron en relación con unos hechos delictivos.

La solución que el legislador propone es la recogida en el antiguo 15 bis, introducido a su vez por la Ley orgánica 8/1983 de 25 de Junio, en palabras del profesor citado ut supra entiende que con este artículo desaparece la necesidad de acudir a la teoría del levantamiento del velo.

El artículo 15 bis permitía solucionar la vieja polémica jurídica y mantener el principio según el cual las personas jurídicas no delinquen y sí lo hacen por su parte las personas físicas que ostentando la dirección de la empresa llevan a cabo actos delictivos, aunque las cualidades estén en la entidad y no en el directivo.¹¹ A partir de esta referencia se señala que los delitos que puedan ser cometidos por la persona jurídica eran imputables a los representantes legales o voluntarios de las sociedades mercantiles.

Con todo ello surge un nuevo problema como es el de ámbito colegial, de tal manera que debemos entender que las sociedades mercantiles disponen de “órganos colegiados”, y se plantea el problema de la responsabilidad penal a las personas físicas que componen el órgano de administración. Debemos individualizar la responsabilidad en este ámbito y establecer a quienes va a alcanzar la responsabilidad penal; así surge el delito colegial, ya que el órgano de administración puede estar encarnado en una sólo persona o en varias pero el primer supuesto es infrecuente y se consolida de una manera más sólida el hecho de que la administración y la gestión de la persona jurídica se confíe a un órgano colegiado. La doctrina italiana se preguntó acerca de la responsabilidad de las personas que han intervenido en la adopción del acuerdo y todo ello con visos de señalar cual era la regulación que se utilizaba el derecho privado con respecto a la responsabilidad de los administradores.

El Código Italiano de 1882 contenía un precepto, el 149, cuyo contenido entendía la responsabilidad por los actos y omisiones en las sociedades que tengan varios administradores, no se extenderá al administrador que esté exento de culpa porque haya hecho constar sin demora su disenso en el libro de actas de las sesiones y que lo hubiere comunicado por escrito a los auditores de cuentas. Fue Rende quien consideró como categoría autónoma de delitos a los ilícitos penales cometidos por administradores, liquidadores y auditores fiscales de sociedades, reunidos en órganos colegiados, y que precisamente en consideración a su estructura, denominó delitos colegiales. En opinión de **Rodríguez Mourullo** este delito se define como aquel que se realiza por personas que se unen no con el fin de cometer delitos sino por personas que estando ya constituidas según la ley en “colegio”

¹¹ Garrigues Abogados.” Responsabilidad de consejeros y altos cargos...” Madrid 1996. Pag 66.

como órgano de una persona jurídica, pública o privada, cometen delito en el ejercicio de sus funciones.¹²

Verdaderamente la doctrina ha dirigido su crítica al hecho de que la unidad orgánica de las deliberaciones y de las decisiones sociales pueden tener efectos en el ámbito de la responsabilidad civil, pero no pueden derogar el principio fundamental de que la responsabilidad penal es estrictamente personal.¹³ Lo que se intenta con esto es no sacudir a todos los miembros del órgano colegial con la misma responsabilidad ya que no todos lo hacen es esta misma medida. Así aparecen unos como autores y otros como cómplices, en este punto las palabras de **Terradillos Basoco** quien señala que se deben aplicar en este punto las reglas generales de participación.

La actuación en lugar de otro viene recogida en el ya conocido artículo 31 CP y en él aparece el nuevo concepto de administrador de hecho y de derecho, pero antes debemos observar una evolución que viene desde el artículo 15 bis del Código Penal anterior hasta el artículo 31 de nuevo cuño que fue introducido en este Código del 95. La aparición del precitado 15 bis viene de la mano de la ausencia de normativa específica acerca de los delitos cometidos por medio de sociedades mercantiles, tampoco los que se cometan de forma explícita por parte de sus directivos; ello nos lleva a tener que acudir a las normas de carácter general para poder resolver los problemas de punición.

El porqué del artículo 15 bis lo podíamos observar en la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/1983 de reforma parcial y vigente del Código Penal, así en dicho apartado se requería solucionar una grave situación actual (año 83) de crisis económica en la que se ve maniatado el derecho penal, además del aumento de las dimensiones del problema cuando se trataba de individualizar la responsabilidad, ello por la rigurosa interpretación de la autoría, pues además de por criterios de justicia material, era necesario crear un artículo de parte general al que se pudiera reconducir la actuación por medio de otra persona (persona jurídica, a través de directivo u órgano y representación legal o voluntaria de la misma).

El modelo seguido por la legislación penal para establecer el contenido del artículo 15 bis fue el parágrafo 14 del Código Penal alemán que además del ordenamiento español lo siguieron varios ordenamientos jurídicos.

Se señala que en el código anterior existieron determinados artículos, que adolecían de importantes lagunas de punibilidad y que no se podía inculpar a nadie pues el sujeto no reunía las condiciones necesarias para catalogarlo como autor, así este artículo permitía la posibilidad de llegar a la exigencia de la responsabilidad criminal al directivo o representante persona física. Pero no fue una cuestión pacífica del todo pues se señala algún que otro punto oscuro que la doctrina se ha encargado de reseñar. Califica ésta de difícil la interpretación de ese artículo ya que su aparición no es del todo aceptada en toda su extensión, incluso el profesor **González Rus** ha señalado que dicho artículo 15 bis tan sólo tiene cabida en los tipos especiales y en ningún caso es necesario para los tipos comunes, en los cuales el sujeto no tiene que tener una cualificación para cometer el acto delictivo sino que puede realizarlo cualquier persona.

Un segundo punto controvertido, es la extensión del artículo 31 al empresario persona física¹⁴, aún cuando no se cita en el tenor literal de la ley, pero esta circunstancia se ha resuelto mediante su inclusión en el precepto que estamos estudiando. En el Código anterior se planteaba alguna que otra dificultad por la actuación en nombre de personas físicas, así el alzamiento de bienes, de tal manera que observa el legislador que la fórmula reivindicada en el artículo 15 bis debe ubicarse en la parte general aunque se pueda reconducir al ámbito de los delitos societarios ya que se trata de garantizar la imputación penal de aquellos órganos subordinados que no ostentan las calificaciones especiales de autor en el tipo delictivo pero que en lugar de las personas de esa forma cualificada, llevan a cabo acciones que lesionan o ponen en peligro el bien jurídico protegido.¹⁵ Al desmenuzar este tipo nos encontramos con dos teorías que tienen tanto avalistas como detractores y que aunque de manera escueta vamos a enunciar. La primera teoría proviene de Alemania y se encuentra verdaderamente enraizada en el ordenamiento de aquel país (14 StGB), se conoce como teoría de la disociación y claramente escinde su contenido entre representante y representado, su ámbito de aplicación está muy extendido en nuestro país. De ello se deduce que los elementos del tipo se reparten entre dos sujetos disociados, uno el sujeto que ejecuta la acción típica que a su vez carece de los elementos de

¹² Rodríguez Mourullo, G. "Algunas Consideraciones..." Madrid 1984. Pag.687

¹³ Balestrino. "I problema generali". Cit. Pag 133.

¹⁴ Sainz Cantero " Lecciones de Derecho Penal". Pag 483, Barcelona 1990.

¹⁵ Faraldo Cabanas. Patricia. "Los delitos societarios" Valencia 1996 . Pag 282. Schunemann, Cuestiones Básicas pag.542.Terradillos Basoco. "Derecho Penal de la empresa" Pag 42 y ss. Madrid 1995

la autoría, es el representante, mientras que en el representado que no ha actuado si confluyen tales elementos. La laguna de punibilidad que emerge debe ser reparada para lo cual necesitamos fórmulas para que la punición se refiera al representado. Si parece aceptado que el artículo 15 bis trata de una cláusula de extensión de la autoría cuyo fundamento ha de encontrarse en el principio de equivalencia, pues quien en estos casos actúa en nombre de otro, pese a no reunir las características del sujeto cualificado, realiza una conducta equivalente.¹⁶

Una segunda teoría aparece como respuesta a la que acabamos de exponer y aunque con mayor dificultad en cuanto a su aceptación general, no está exenta por ello de un minucioso seguimiento. Se trata de la postura mantenida por el profesor **Gracia Martín**, así indica este autor que una gran mayoría de los elementos especiales de la autoría describen a sujetos caracterizados por ejercer una función que implica el dominio del ámbito de protección de la norma; a esta teoría se la conoce como “De los delitos de dominio social” o delitos especiales de garante. **Gracia** utiliza como ejemplo el delito de alzamiento de bienes y señala que lo definitivo no es la cualidad de deudor sino la disposición que éste haga del patrimonio, garantizando el cumplimiento de la deuda.

El dominio social ha de entenderse como fundamento de la posición de garante del autor especialmente cualificado estableciéndose como criterio formal de equivalencia el deber de actuar. Con esta argumentación el profesor **Gracia** explica la posición de garante, que ha de determinarse con carácter prioritario a la aplicación de la cláusula del actuar en lugar de otro ya que dicha posición es presupuesto de la aplicación de la cláusula.¹⁷

Una vez expuestas las teorías y aunque la segunda de ellas pese a su dificultad, debemos hacernos eco de la teoría de la disociación ya que tiene una mayor claridad y aceptación por parte del ordenamiento jurídico, pero sin desdeñar la teoría del “dominio social” pues incluso esta teoría se ha llegado a calificar por la doctrina como “sugestiva”¹⁸ aunque se indica que sólo puede desplegar su eficacia restringiendo el amplio espacio abierto por el art. 15 bis.

Una vez expuesta la problemática señalada en el antiguo 15 bis como medio para conocer la evolución acaecida en este precepto penal, vamos a adentrarnos en las novedades que surgen con motivo de la publicación del nuevo Código en esta dirección. Pues bien cabe decir que la línea delictiva encasillada en el artículo 15 bis del anterior texto penal aflora con nuevos bríos en el Código del 95.

El contenido de dicho precepto refleja el mismo actuar en nombre de otro pero aún con mayor sofisticación, procurando dejar un hueco menor en lo que se refiere a las posibles lagunas de punibilidad y con el ánimo de encontrar una mejor adaptación a los nuevos tiempos y a la moderna delincuencia en el ámbito de las sociedades mercantiles.

En una primera aproximación encontramos dos innovaciones, la primera y que mayormente nos afecta en la realización de este estudio es la novedad de incluir en el tenor literal del artículo la expresión “administrador de hecho y de derecho” en sustitución de su formulación anterior en la que se hablaba de directivos u órganos, problemática a la que haremos mención con posterioridad.

En un segundo término, también es una conducta innovadora, el extender la responsabilidad, no sólo como hacía el Código anterior, a los representantes legales y voluntarios de las personas jurídicas sino también a las personas físicas, ya que se cita al empresario individual.

Una vez que acudimos a esta dicotomía de novedades relevantes debemos preguntarnos el porqué de este nuevo precepto; Se significa que no se produce alteración alguna de la regla de la responsabilidad penal, tan sólo se trata de eliminar las posibles lagunas que existían en nuestro ordenamiento, lagunas estas, que vendrían determinadas por la aplicación de las reglas generales de la participación y la tipicidad.¹⁹ Se plantea en este punto una cuestión importante y muy debatida por la doctrina, de modo que la opinión mayoritaria encabezada por Bacigalupo entiende que para poder

¹⁶ Terradillos Basoco. Juan. “Derecho Penal de la Empresa”. Madrid 1995. Pag 43. Entiende que la prescripción del artículo 15 bis es una cláusula de extensión de la autoría cuyo fundamento ha de encontrarse en el principio de equivalencia, ya que quién en estos casos actúa en nombre de otro, pese a no reunir las características del tipo cualificado, realiza una conducta equivalente. El sujeto persona- física debe realizar, pues, el comportamiento típico: no otra cosa debe deducirse de la exigencia de que actúe.

¹⁷ Alonso de Escamilla. “Responsabilidad Penal de directivos y órganos...” Madrid 1996. Pag 14.

¹⁸ Terradillos Basoco, Juan. “Derecho Penal de la Empresa”. Madrid 1995. Pag 44.

¹⁹ Bacigalupo Zapater. Responsabilidad penal del representante de una persona jurídica” Madrid 1985. Pag.315. En el mismo sentido Garreta Such. “La responsabilidad fiscal, civil y penal del administrador”. Madrid 1996. Pag 342.

aplicar el artículo 31 es necesaria la comisión de un delito especial propio (el tipo requiere un autor determinado), mientras que en ningún caso sería de aplicación lógica a los delitos impropios en los cuales el sujeto podría ser cualquier persona sin necesitar ninguna característica específica. En contra de esta opinión se sitúa la ya mencionada con anterioridad teoría del “dominio social” cuyo contenido argumenta que el artículo 31 debe aplicarse a todos los delitos especiales, en contra **Bajo Fernández**, quien subraya una visión restrictiva del ámbito de lo punible incompatible a su vez con la aplicación de la pena del delito especial al extraneus. El tono generalizado de la Jurisprudencia se muestra a favor de la interpretación de Bacigalupo.

Pero al referirnos a este artículo no podemos olvidarnos de los problemas doctrinales que suscitaba su antecesor el 15 bis del Código anterior y como abanderado de los mismos un primer conflicto como es el significado que cabe dar a las expresiones “directivo, órgano y representante legal o voluntario de una persona jurídica”²⁰. En lo que respecta a las palabras “directivo u órgano” son palabras sinónimas siendo diferente la referencia a representantes legales y voluntarios. **Octavio de Toledo** entiende que directivo y órgano son palabras diferentes, ello es punto de partida de una verdadera disquisición doctrinal, pues continúa el profesor señalando que los verdaderamente sinónimos son las palabras órgano y representante legal; de otro lado **Bacigalupo** hace referencia a que la única diferencia es la que se observa tanto en directivos como en órganos.

Gracia Martín desarrolla una visión conjunta de los autores expuestos e iguala semánticamente los términos, directivo, órgano y representante legal. La existencia de una segregación de cada uno de estos términos además de la significación propia de cada uno de ellos, ya que si no pudiéramos establecer tal diversificación no sería lógico apuntar en el artículo tanto a los directivos como a los órganos y de otro lado a los representantes legales. En este sentido **Faraldo** quien además señala que el fundamento ha de encontrarse en el Registro Mercantil, aunque esta problemática va a ser sustituida por la innovación suscitada en el nuevo Código (art.31) y por la que órganos y directivos han sido sustituidos por los ya renombrados administrador de hecho y de derecho.²¹ Plantea la doctrina científica la duda de sí ¿Es compatible la representación legal u orgánica de los administradores con apoderamientos aislados? Al parecer no cabe duda que si es posible, siempre que esa representación voluntaria sea para asuntos concretos y que en ningún caso sean indelegables por referirse expresamente a ello tanto la L.S.A. como los estatutos.

La redacción del artículo 31 parece hacernos ver que los representantes que no son miembros de los órganos de administración de la persona jurídica se incluyen en su ámbito de aplicación cuando se señala “ si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”. Así el legislador parece no querer excluir la representación de la persona jurídica, pero es necesario exigir una mayor precisión en la redacción del precepto.²²

Por lo que se refiere al problema de la autoría y participación en el art. 31, el representante sólo responde en concepto de autor si ha realizado actos que fundamentan la autoría, en otro caso respondería como partícipe. ¿Qué tipo de autoría se manifiesta alrededor del citado art.31 del nuevo Código Penal? En un principio se permiten todas las formas, tanto la autoría directa como la coautoría sin que quede al margen la autoría mediata. Ello plantea determinados problemas como es la imposibilidad de apreciar coautoría en el representante por la ejecución del hecho, junto al sujeto idóneo, persona jurídica administrador, ya que estos entes no pueden realizar conductas penalmente relevantes; pero no podemos pasar por alto la posibilidad de que si se aprecie la coautoría con otros intranei. La autoría mediata se permite en tanto en cuanto el instrumento sea tanto un extranei como un intranei.²³ Es posible la participación del extranei en el hecho del actuante en lugar de otro.²⁴ Una argumentación que merece la pena destacar en este ámbito es la situación de si la cláusula de las actuaciones en lugar de otro provoca una ampliación del círculo del intranei de los delitos especiales, sucede a todos los efectos derivado de la tipicidad y por ello también para el régimen aplicable a la tipificación.²⁵

²⁰ Faraldo Cabanas, Patricia. “Los delitos societarios” Valencia 1996. Pag 283 “ El artículo 31 del Código Penal del 95 restringe el ámbito de aplicación del 15 bis del código penal anterior, en lo que se refiere a persona jurídica, puesto que únicamente regula la actuación como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, eliminando la mención al representante o directivo de la misma.

²¹ Faraldo Cabanas, Patricia. “ Los delitos Societarios” Valencia 1996. Pag 284.

²² Díaz y García Conlledo. “Autoría y Participación”. Cit pag 5. La Ley 1996, febrero nº 3984.

²³ Faraldo Cabanas, Patricia. “Los delitos societarios” Valencia 1996. Pag 286

²⁴ Idem. Pag.287.

²⁵ Gracia Martín, Luis. “El actuar en lugar de otro” En derecho penal II. Pag 118.

En el artículo 31 analizado, no se puede pasar por alto una idea que subyace en toda la doctrina científica penal y que aflora en estos momentos de confusión en cuanto al ámbito delictivo socio-económico en el que nos encontramos; se trata de si deben o no responder las personas jurídicas, si son ellas las que delinquen en lugar de las personas que actúan bajo sus auspicios.

Un sector doctrinal importante encabezado por **Zugaldía** observa en contra del ordenamiento jurídico, que no se debe aplicar el brocardo "societas delinquere non potest" cuyo contenido manifiesta la imposibilidad de aplicar la responsabilidad penal a las personas jurídicas. Todo ello enmaraña el sistema penal, incluso algunos observan una irremediable laguna punitiva o los más progresistas pretenden un cambio pero no sin riesgos ya que conciencian del cambio que debería imponerse al conjunto del articulado ubicado en el Código Penal. A mi juicio no creo que se deba dar un giro más de tuerca, de forzar interpretaciones, de poner en manos de una persona (jurídica) que carece de elemento volitivo la responsabilidad penal, de todas maneras creo que el derecho penal ha puesto medios, elementos suficientes para la lucha contra la criminalidad económica de tal forma que este artículo 31 remozado, en el que se habla de actuar en lugar de otro (esa actuación puede ser en lugar de una persona jurídica) además de incluir tanto la responsabilidad del administrador de hecho como del de derecho, incluso para circunstancias más específicas como es la delincuencia a través de sociedades se utiliza la misma fórmula de responsabilidad hacia los administradores de hecho y de derecho, con ello me parece que son circunstancias suficientes de lucha contra estos tipos de actividad delictiva como para tener que imponer la ficción de que la persona jurídica, sociedad o empresa en su defecto sea el verdadero sujeto activo del delito. La idea emergente es la de criminalizar a toda costa cualquier tipo de acción cometida en el ámbito de la empresa, pero no creo que debamos acudir tan rápidamente al derecho penal, puesto que no se nos olvide que el derecho penal es última ratio y este tipo de problemas ya se conocen y tratan en el ámbito civil como consecuencia de la legislación mercantil en la que se incluyen los preceptos 133, 134 y 135 de la ley de anónimas y que incluyen tanto la acción social de responsabilidad como la acción individual, en lo que se ha conocido como "teoría del levantamiento del velo", con todas estas armas no es necesario recurrir a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero ahondando más en la interpretación debemos citar el contenido de la STS de 2 de junio de 1993 en la que el Tribunal caracteriza a las personas jurídicas como no responsables ante el derecho penal común pues no poseen capacidad de culpabilidad, ni capacidad para la punición, pues se alega el principio de personalidad de las penas, pero señala directamente la responsabilidad de aquellos órganos que tengan facultades de dirección, gestión, representación y administración.

El Código también ha impuesto una serie de medidas que subrayan la importancia que el texto penal le ha conferido al tema de la persona jurídica en cuanto a empresa o sociedades estricto sensu, en toda la amalgama que reconoce el artículo 297 del nuevo Código pese a alguna que otra puntualización que se haya realizado desde la doctrina sobre este marco de actuación,²⁶ así se han investido una serie de medidas contempladas en el Título VI que se denomina "De las consecuencias accesorias" y entre las que se encuentran la clausura temporal de la empresa que no puede ser por más de 5 años, disolución de la sociedad, asociación o fundación, suspensión de las actividades de la sociedad, prohibición de realizar actividades en el futuro, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores; pese al "societas delinquere non potest" verdaderamente el Código establece unas soluciones de castigo a dichos entes, por lo que a mi juicio es suficiente con todas estas soluciones para luchar con la criminalidad de la empresa.

Esto debemos ponerlo en relación con la posibilidad que se ha creado de salvar las lagunas establecidas en nuestro ordenamiento por cuanto podemos considerar que tanto los Consejeros Delegados como los apoderados podemos considerarlos como administradores, más adelante entraremos en la cuestión de si son de hecho o de derecho, pero lo que si podríamos afirmar es que el artículo 31 no podría hacer frente al vacío acaecido pues se trata de delitos especiales en los que sólo la persona jurídica reúne las condiciones exigidas ya que son especiales en virtud de que una persona física que no tiene porqué estar representando a otra; por ello si sólo se tuviera en cuenta al administrador de derecho no podría decirse que quién actuó de hecho lo hizo en representación legal o voluntaria de aquella, requisito que sostiene el artículo 31.²⁷ Por tanto es necesaria la aceptación de la doctrina penal que plantea una concepción más extensa de la figura del administrador de hecho.

²⁶ Terradillos Basoco, Juan. "Los delitos societarios" en "Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995". Valencia 1997. Pag.260. se habla de sentido lato de sociedad que se esgrime desde el art 297.CP.

²⁷ Terradillos Basoco, Juan. "Los delitos societarios" en Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995". Coordinador Bernardo Del Rosal Blasco. Valencia 1997.

La cuestión más controvertida en torno a las consecuencias accesorias es la de su naturaleza, un sector doctrinal las reconoce como medidas de seguridad, en virtud de la peligrosidad criminal (129.3) pero que se trata de una actividad radicalmente opuesta al sentido de la definición propia de persona jurídica en la que se observa que es inexistente por definición.²⁸ De otro lado se pueden incardinar en la naturaleza de penas pero tampoco creo que deba ser su lugar correcto de emplazamiento porque no se le van a imponer al autor del hecho, de lo que se deduce que estamos hablando simplemente de consecuencias accesorias como un régimen totalmente independiente y con una naturaleza propia aunque no se puede olvidar que en determinadas circunstancias se acuda a la situación de entender que el catálogo general de garantías que el Título Preliminar recoge refiriéndolas a las penas, es también aplicable a las consecuencias accesorias. Por ello debemos reseñar que su ubicación en un Título independiente como es el VI hace que quede muy clara su posición independiente y se la pueda catalogar como una categoría propia separada de penas y de medidas de seguridad.

Para dar un completo panorama en lo que se refiere al concepto de actuación en lugar de otro nos referiremos aunque de un modo meramente referencial a la Jurisprudencia, eso sí la que se ha observado sobre el artículo 15 bis, pues no tenemos elementos de juicio para subrayar todavía alguna sobre el nuevo artículo 31, aunque si al menos tendremos una visión panorámica de lo que entienden los tribunales sobre esta concreta materia. La primera referencia que podemos apuntar es la intención que persigue el artículo 15 bis, ya que su pretensión es obviar la impunidad en que quedarían las actuaciones perpetradas bajo el manto de la persona jurídica por los miembros de la misma perfectamente individualizable, cuando al ser un delito especial propio, la autoría exige la presencia de ciertas características, en este sentido la STC 20 de julio de 1993. La responsabilidad penal en este ámbito debemos polarizarla en directores, gerentes, consejeros delegados, eso sí, personas que siempre ejerzan la administración, incluso se requiere la exigencia de que exista el *ánimus defraudatorio*, cuando de delito contra la Hacienda Pública es de lo que estamos hablando, ese ánimo sobre la base de una conciencia de antijuridicidad en la maniobra abusiva o desfiguradora de los deberes tributarios, ya que no se puede aplicar el 15 bis para que renazca la responsabilidad objetiva. El Tribunal Supremo indica que hace falta extender la responsabilidad penal que proviene de la comisión de un delito especial propio a sujetos no cualificados siempre que obren en representación de una persona jurídica que posea dicha cualificación, de tal manera que se produzca el desplazamiento de responsabilidad hacia la persona del directivo, pero ello no opera mecánicamente sino sobre la base de que la actuación del no cualificado sea adecuada. (STS 10-11-1993)

¿Qué tipo de comportamiento es exigible al administrador o directivo general? La respuesta la podemos encontrar en la STS 16-12-1992, y lo define claramente como la necesidad de requerir un comportamiento malicioso y que se encuentre suficientemente acreditado para que sirva de fundamento, ya que de éste se deriva la responsabilidad de su cargo y esta conducta ha de ser calificada de dolosa. La Jurisprudencia plasma a su vez la "teoría de la disociación de los elementos típicos" que subraya la aplicación del 15 bis para aquellos casos en que se acredite que en la persona física que actuó como directivo u órgano de representación legal o voluntaria concurren los elementos propios del tipo penal de que se trate, ello lo refiere la STS 13 de julio de 1993. Por lo que respecta al contenido del artículo, también hay que citar la STS de 21 de noviembre de 1991 que señala el hecho de que la responsabilidad de las personas morales o jurídicas debe personalizarse la conducta infractora en los miembros de sus órganos, o sea en las personas físicas, que componiendo la sociedad, tengan las precisadas facultades de dirección, representación, administración o simplemente gobierno porque detrás de cada decisión social aparece una o varias personas físicas responsables. Continúa la Jurisprudencia haciendo precisiones sobre el concepto de autor, que en un sentido amplio señala a todo aquel que causa el resultado típico, en un sentido estricto a aquel que realiza la acción típica, pero al incorporar la reforma del 83 el art. 15 bis que viene a perfilar el contenido del artículo 14 e individualiza la responsabilidad penal de la persona jurídica en la figura del que actuare como directivo o encargado de un órgano de gestión. Entiende la Jurisprudencia que la responsabilidad le viene atribuida por su capacidad decisoria en torno a los actos que constituyen el núcleo del tipo delictivo que se le incrimina. De este somero análisis se entresaca la claridad con la que el Tribunal Supremo ha aplicado el art.15 bis y su delimitación con respecto a la figura del autor directo, conceptos interdependientes cuando se habla de una persona jurídica o moral.

²⁸ Mapelli Caffarena y Terradillos Basoco. "Cosecuencias Jurídicas del Delito". Madrid 1996. Pag 219.

III.- LA ACTUACIÓN DEL ADMINISTRADOR

Uno de los puntos más controvertidos dentro de la nueva modalidad delictiva va a ser la del sujeto activo propiamente dicho del tipo penal societario. La primera característica con que nos encontramos es que se trata de delitos especiales propios, ello quiere decir que no puede ser cualquier persona sujeto activo del tipo sino que han de ser personas que reúnan determinadas características.

Todo lo expuesto ha de tenerse en cuenta al configurar las características de los autores y con el objetivo de no caer en las reglas generales de participación, que, surgidas históricamente para la solución de los problemas, impedirán en este ámbito llegar a los sujetos verdaderamente responsables.²⁹

Con la nueva redacción del Código Penal hemos visto que en determinados artículos a los cuales les daremos un repaso en el último tramo de nuestro estudio aparecen las figuras de los administradores de hecho y de derecho, cuyos precedentes se encontraban en el Código Civil Italiano en el que los Tribunales se veían compelidos a equiparar a efectos de responsabilidad penal a dichas modalidades.³⁰

La Jurisprudencia alemana e italiana siguieron esta vía además de la legislación francesa (art.463 de la Ley 24 de julio de 1966 sobre sociedades por acciones y el 431 para la S.A.R.L), disponen la asimilación a los dirigentes de derecho, de las personas que de hecho realizan la dirección, administración o gestión de la sociedad. Hoy en día a esta argumentación se refiere **Muñoz Conde** en virtud de criterios propios de política- criminal.³¹ Pueden existir actos de la sociedad que no sea necesario que se realicen por personas concretas, pero no todos, pues existen algunos que sólo pueden realizarlo personas concretamente destinadas al efecto, por su posición en la sociedad. Es aquí donde comienzan los problemas, de tal manera que **Nuvolone** establece que la línea de demarcación y los criterios para la solución de los problemas del administrador de hecho, pasa por la distinción entre el abuso de la posición que se ocupa, abuso de poder y violación de un deber. Con ello en los delitos omisivos que presupongan la existencia de obligaciones jurídicas específicas, sólo los obligados podrán considerarse autores.³² Llegado este punto nuestro compromiso de investigación se basa en diseccionar los ámbitos de derecho o fácticos de la figura del administrador y decantarnos sobre la posición que ocupan dentro de una dualidad determinadas figuras que se ensombrecen ante una visión difusa de su ubicación en el organigrama societario y a los que **Faraldo** denomina "supuestos dudosos".³³

A. CONCEPTO DE DERECHO

Desde el punto de vista mercantil, podemos señalar una definición escueta de esta figura de tal manera que se consideran administradores de la sociedad quienes llevan a cabo la gestión y representación de la misma. **Lojendio Osborne** entiende que se trata de un órgano necesario sin el que la sociedad no podrá cumplir su fin a través de la realización del objeto.³⁴

Aquellas personas pertenecientes al órgano de administración, son los que se denominan "administradores de derecho", pero se subraya una característica más pues han de estar inscritos en el Registro Mercantil. Claro está que estos requisitos lo convierten desde el punto de vista penal en circunstancia peligrosa ya que se podría actuar eludiendo tales requisitos y se necesitaba señalar como autor a aquella persona que realizando la función de administrador no reuniese dichas formalidades, con ello no sólo se beneficiaría a quien cometa hechos fraudulentos desde la situación jurídicamente incorrecta y no formalizada sino que además se crearía un peligroso incentivo para que los propios administradores procurasen ampararse deliberadamente en una situación orgánica irregular a efectos de eludir una posible responsabilidad penal.³⁵ Al igual que más arriba argumentara **Muñoz Conde**, otro profesor muy vinculado a estos delitos contra el orden socioeconómico, el profesor **Del Rosal Blasco** también señala la necesidad de no dejar margen a los administradores de hecho por definitivas razones de política- criminal. Esto es reseñado por **Rodríguez Mourullo** en el sentido de apuntar el favorecimiento de quienes por desidia no se hubiesen preocupado de

²⁹ Terradillos Basoco, Juan . "Los delitos societarios". Madrid 1987. Pag 58.

³⁰ Terradillos Basoco, Juan . Idem pag 59

³¹ Muñoz Conde, Francisco. " Derecho Penal. Parte Especial". Valencia 1996. Pag 458.

³² Nuvolone. "Relacione.... Ver en "Delitos societarios" Terradillos Basoco. Pag57.

³³ Faraldo Cabanas. "Los delitos Societarios". Valencia 1996. Pag.117.

³⁴ Lojendio Osborne, Ignacio. En Derecho Mercantil. Coord. Jimenez Sanchez, Barcelona 1990. Pag 261.

³⁵ López Garrido/ García Arán. "El Código Penal de 1995 y la voluntad del Legislador" Madrid 1996. Pag 144. "Se pretende evitar la impunidad de supuestos en los que no se haya designado formalmente administradores"

regularizar la sociedad o la designación de administradores y a quien dolosamente hubiese creado la situación irregular para sustraerse a este ámbito de los delitos societarios. Esta afirmación que parece tan bien asentada, ha sido objeto de una polémica doctrinal, en ningún caso pacífica, y que además ha sido desarrollada en el derecho comparado como por ejemplo en Italia donde se suscitó la polémica en dos sectores; uno mayoritario encabezado por **Conti**, que no ve problemas de equiparación punitiva entre la conducta llevada a cabo por el administrador de derecho y por el de hecho aunque no exista una fórmula legal habilitante. Para otros, seguidores de **Pedrazzi**, niegan la argumentación anterior basándose en que la aplicación de los tipos a los administradores de hecho constituiría una aplicación analógica de tipo inaceptable.³⁶

B. CONCEPTO DE HECHO

Una vez que hemos citado la figura del “administrador de hecho” vamos a analizarla más a fondo y lo primero que debemos hacer es conceptualizarla desde un punto de vista mercantil, por tanto debemos considerar enmarcados dentro de esta figura a aquellos cuyo nombramiento está afecto a nulidad, de esta manera lo consideran **Garríguez** y **Chuliá**, para este último también se ha extendido esta cualificación a aquellos cuyo mandato está irremisiblemente caducado. Esto a su vez no se va a reflejar en el ámbito penal y por ende no se manifiesta como una cuestión baladí sino que debemos analizar los contenidos jurídicos para poder reflejar determinadas impresiones. Ello es así porque en el derecho penal cuando nos referimos a los tipos dentro de esta área societaria, podemos decir que el “administrador de derecho” comprende a todos aquellos que tuvieron formalmente aceptado, inscrito y publicado su nombramiento. Dicha publicación va a considerarse importantísima por el hecho de que a partir de este momento es cuando empieza el cargo a surtir efecto frente a terceros.

El “administrador de hecho” podíamos conceptualizarlo de manera negativa señalando que son aquellos que realizan actos propios del administrador sin tener formalizado el nombramiento, conforme a lo señalado en las disposiciones legales, como el artículo 125 de la L.S.A. el cual dispone que el cargo de administrador surtirá efecto desde que se acepta y deba ser presentado a inscripción en el Registro Mercantil; además de esto también deberá tenerse en cuenta los artículos 58 y ss de la L.S.R.L y el 138, 141 y 142 del RRM.

Existe una situación polémica en lo que se refiere a la figura del administrador de hecho, se trata del momento en el que dicha figura sigue ejerciendo sus funciones una vez cesado del cargo (se entiende el administrador de derecho), a mi juicio la clave de la cuestión radica de nuevo en la inscripción de dicho cese en el Registro Mercantil, de esta forma y en palabras de **Del Rosal** siguen siendo administradores de derecho.³⁷

Para analizar diversas situaciones sobre los nombramientos de los administradores vamos a utilizar la sistemática seguida por la profesora **Faraldo** al objeto de ahondar un poco más en cuando se debe o no considerar que estamos ante un “administrador de derecho”.

El primer supuesto que nos encontramos, y del que se propugna que no existe la figura del administrador de hecho, es el de la aceptación tácita e implícita del nombramiento, pues se determina en el 125 de la ley de anónimas, que el nombramiento de los administradores surte efecto desde la aceptación. En contra existe la argumentación de la doctrina mercantilista que manifiesta al referirse a la aceptación que puede realizarse verbalmente en la Junta General, eso sí, siempre que la persona designada se encuentre presente, pero en caso contrario se podría realizar de cualquier otra forma verbal o escrita, incluso puede ser hasta un tipo de aceptación tácita que venga de la mano de hechos concluyentes realizados por el designado. Dentro de los mismos cabe señalar la asistencia a reuniones, participación en tareas del órgano administrativo, así se señala que no tiene porqué ser en forma expresa.

Un segundo supuesto reseñable es la falta de “publicidad en el nombramiento”, alude el mismo a los preceptos 125 ley de anónimas, 25 del Código de Comercio además del 96 y 138 del RRM, los cuales apuntan el índice cronológico de diez días para la inscripción en el Registro Mercantil de la aceptación del cargo, pero en nuestro ordenamiento esto se ha calificado de “documentante”, pero sólo a efectos formales, pues lo que define el cargo es meramente la aceptación del mismo; será la inscripción meramente un complemento para adecuarlo al contenido del precepto. De todo ello se desprende una cuestión importante como es la situación del administrador cuando participa en actos o contratos y falta el requisito del nombramiento, esto no significa en ningún caso la ineficacia de los

³⁶ Del Rosal Blasco, Bernardo. “Comentarios al nuevo Código Penal de 1995” V.Antón. Valencia 1996. Pag 415.

³⁷ Del Rosal Blasco, Bernardo. “Los delitos societarios” en Comentarios... Valencia 1996. Pag 140.

mismos sino que habrá que separar si son actos externos o internos³⁸ a la propia sociedad, de esta manera si se trata de actos internos no es necesaria la inscripción. Cuando se trata de actos externos de la sociedad constituye un defecto subsanable mediante la presentación de los documentos.

El tercer supuesto es el de la “nulidad inicial de nombramientos por existir una causa originada o sobrevenida de inelegibilidad”, esta inelegibilidad citada es preconizada por **Terradillos Basoco** como causa de exclusión de la responsabilidad.³⁹ La argumentación que expone la doctrina en este supuesto, haciendo referencia a los artículos 124 y ss de la L.S.A, en los que se detallan quien no puede ser administrador, además de los artículos concordantes del Código Civil y del Código de Comercio. **Faraldo Cabana** pone el punto de inflexión en el artículo 6 n.º 3 del Código Civil diciendo que los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para los casos de contravención. Ese efecto distinto que preconiza el artículo anterior se sitúa en el primer párrafo del art.132 L.S.A, en el que se señala la inmediata destitución de los administradores que estuvieran incurso en cualquiera de las prohibiciones del artículo 124 ubicado en el mismo cuerpo legal. Pero señala el artículo objeto de estudio que dichos administradores indebidamente nombrados puedan ser destituidos a petición de cualquier accionista. Ello viene a conformar la eficacia de los actos celebrados por el administrador incurso en esta prohibición y reafirma que en el caso de que no se inste por parte de los accionistas esta destitución estamos claramente ante un administrador de derecho.

El cuarto supuesto aparece como confrontación entre el contenido de éste como es la renuncia o dimisión del administrador y la libre facultad revocatoria que tiene la sociedad. Debemos hacer constar el artículo 141 de la L.S.A, en el que se señala el régimen interno y la delegación de facultades, así cuando los estatutos de la sociedad no disponen otra cosa, el consejo de administración podrá designar a su presidente, regular su propio funcionamiento, pero lo más importante a la hora de desarrollar nuestro análisis es la posibilidad de aceptar la dimisión de los consejeros, la doctrina por medio de **Garríguez y Uría**,⁴⁰ entienden que es indiferente que el Consejo acepte o no la dimisión, pues ésta surte efecto con relación a la sociedad desde que tiene conocimiento de ella. Pero en este punto ¿Hasta donde podemos llevar a la figura del administrador de derecho? Según se desprende del artículo 141 de la LSA puede ocurrir que la renuncia no sea aceptada, de tal forma que los administradores que han solicitado la dimisión continúen en su cargo hasta la sustitución. Esto hay que ponerlo en relación con la aplicación analógica del Código Civil en su artículo 1731⁴¹ y a cuyo tenor se establece que el mandatario debe continuar su gestión hasta que el mandante haya tomado las disposiciones necesarias para cubrir esta falta.

La figura del administrador de hecho tiene uno de sus puntos fundamentales en el momento temporal en el que se suscita la función de su cometido cuando legalmente ya dicho administrador que lo ha sido de derecho, no lo es en el momento que estamos comentando; pues bien un ejemplo lo muestra el artículo 131 de la ley de anónimas que contiene en principio de la “libre revocabilidad ad nutum” de los administradores, cuando no es necesaria justa causa, tan sólo hay algunos supuestos en los que no puede proferirse esta circunstancia como son los que se producen en la designación de tales administradores por medio del Estado, Ministerio de Economía y Hacienda u otros. Este artículo guarda un paralelismo importante con respecto al 125 LSA, pues de cara a la sociedad basta con la adopción y la fehaciente notificación, mientras que para los terceros sería innecesaria la consabida inscripción en el Registro Mercantil.

Un nuevo problema abordado por la doctrina trata la cuestión de la duración del cargo, ¿En qué momento podemos hablar de que un administrador es de derecho o de hecho en virtud de la coyuntura temporal de su cargo? La doctrina mercantilista adopta una postura basándose en el artículo 145.1 del RRM, que niega la eficacia automática del cese de los administradores por el mero transcurso del plazo de nombramiento puesto que no debe efectuarse el cómputo del tiempo de fecha de nombramiento a fecha de expiración, sino de Junta a Junta, por ello una vez que finalice el plazo será necesario que ocupe su lugar el administrador hasta la nueva convocatoria de la Junta

³⁸ Faraldo Cabanas. Patricia. “Los delitos societarios”. Valencia 1996. Pag 1996.

³⁹ Terradillos Basoco, Juan. “Los delitos societarios”. Madrid 1987. Pag 59. “Los Tribunales se ven compelidos a equiparar a efectos de responsabilidad penal, a los directivos de Derecho con y a los que son de hecho. Hay para ello una primera razón, práctica y evidente: de no proceder así, la concurrencia de una causa de inelegibilidad, incluso atribuible al sujeto, se transformaría en una causa de exclusión de la responsabilidad.”

⁴⁰ Garríguez y Uría. Comentarios a la LSA II cit. Pag 114.

⁴¹ Polo Sanchez. “Los administradores y el Consejo de Administración de la S.A” En Uría, Menéndez y Olivencia “Comentario al Régimen legal de las sociedades mercantiles”. Tomo VI Madrid 1992 Pag 244.

General.⁴² Aún después de esto queda aún un problema de notoria importancia, se trata de que se produzca el cese y que los administradores no efectúen la convocatoria de la Junta en la que se les debe cesar.⁴³ Algún sector de la doctrina penal ha resuelto esta situación acudiendo al precepto 145.1 del RRM; dicho artículo, se refiere a la caducidad del nombramiento, así indica el texto legal que caducará cuando vencido el plazo, se haya celebrado la siguiente Junta General o haya transcurrido el término legal para la celebración de la Junta General Ordinaria. Esto suscita una nueva discusión doctrinal de tal modo que puede ocurrir que el administrador una vez que se ha caducado su mandato según la doctrina mercantil, no pueda ocupar el lugar del administrador de hecho y la única circunstancia que puede realizar es la formulación de una nueva Junta General.

En el caso de la ciencia penal espoleada por el Tribunal Supremo, se habla de los administradores llamados “decaídos”, que cumplen a la perfección los requisitos del administrador de hecho, así se refrenda en la Resolución de 24 de Junio de 1968 y en la STS, sala 1ª, de 22 de octubre de 1974. Con ello se entiende que son válidos los actos que realizan los administradores caducados y no sólo la necesidad de recurrir a la convocatoria de Junta General. Esto simplemente lo que hace es llenar una laguna necesaria, ya que no se puede menospreciar la situación del administrador de hecho, pues poco más o menos sería esconder la realidad societaria que nos rodea, de forma que no cabe más que corroborar las palabras de **Faraldo Cabanas** en las que destaca una “continuidad” en el ejercicio de las funciones de los administradores, sin haber mediado elección, con lo que se evita un vacío legal en el ámbito de las sociedades. El fin que debe perseguir el derecho penal sobre la protección de bienes jurídicos debe ser la idea rectora para la interpretación del concepto “administrador de hecho”; esta figura nos plantea la cuestión de qué interesa más, si una relación que podemos calificar de interna sujeto – sociedad o por el contrario una relación externa agente – bien jurídico, por tanto debemos señalar cual es la posición de un sujeto que ha entrado en una esfera de dominio respecto de los bienes jurídicos protegidos por dicha esfera.⁴⁴

Desde un punto de vista valorativo no nos hace falta realizar un profundo esfuerzo de comprensión en situar sobre el mismo plano de igualdad a aquel sujeto que realiza una conducta mientras está amparado por el derecho, que aquel en el cual ya no rinde la situación jurídica establecida, pero que no ha sido sustituido y que realiza la misma función que en su posición anterior, debido a ello es por lo que este nuevo Código ha señalado la inclusión del administrador de hecho en su contenido.

Se requiere para la existencia de un administrador de hecho un mínimo formal, reconducible por lo menos a la tolerancia de su actuación como tal por la sociedad respecto de la cual debe considerársele órgano fáctico, esto es un reconocimiento de hecho o tácito.⁴⁵

Faraldo siguiendo a **Gracia Martín** adopta en estas circunstancias la postura de la teoría del dominio social, antes de nada, existiendo la relación señalada supra entre el sujeto activo y el bien jurídico de tal manera que será el administrador de hecho quien accede al ejercicio del dominio sobre la estructura social en la que se protege el bien jurídico con el reconocimiento por lo menos tácito de la sociedad.⁴⁶ En un último acercamiento al concepto de administrador de hecho nos encontramos que la doctrina plantea la figura del “administrador oculto”. Se determina que este tipo de situaciones en las que el “presunto” administrador realiza su actividad a través de una tercera persona, hombre de paja, debería determinarse como empresario oculto y en ningún caso como administrador de hecho, y ello puesto que la falta de exteriorización de funciones, hace que su conducta se reconduzca a la participación.⁴⁷

Una vez analizada generalmente la figura del administrador, no podemos olvidar la controversia doctrinal que plantean la configuración de algunos supuestos calificados como dudosos y que traen en jaque a la ciencia penal, este problema ocupará las próximas páginas de nuestro trabajo; se trata de establecer si esas figuras se encuentran dentro del campo de los administradores de hecho o de los de derecho, de lo que se trata es de ofrecer una visión global de estas cuestiones que se pueden plantear en cualquier momento de la vida societaria.

⁴² Garrigues y Uría. “Comentario LSA II”. Cit Pag 67 y ss. Recoge a este respecto la Resolución de la DGRN de 24 de Junio de 1968.

⁴³ Lojendio Osborne. Ignacio. “Derecho Mercantil”. Cood. Jimenez Sánchez. Barcelona 1990. Cit, Pag 247.

⁴⁴ Gracia Martín, Luis. “El actuar en nombre de otro”. Derecho Penal II cit, Pag. 161

Del Rosal Blasco, en Vives Anton “Comentarios al Código Penal del 95” Valencia 1996. Pag 1416.

⁴⁵ Faraldo Cabanas. Patricia. “Los delitos societarios” Valencia 1996. Pag. 148.

⁴⁶ Faraldo Cabanas. Patricia. “Los delitos societarios” Valencia 1996. Pag 149.

⁴⁷ Conti. “Disposizioni penali in materia di società e di consorzi” cit Pag. 16.

C. SUPUESTOS CONTROVERTIDOS

C.1. LA DELEGACION DE FUNCIONES

La primera consideración que debemos hacer al afrontar esta cuestión es la de distinguir entre los conceptos de “delegación de facultades” y el de “apoderamiento”; esta es la posibilidad que deja abierta el artículo 141 de la LSA, y que iremos viendo a medida que vayamos avanzando en la exposición.

Existe una justificación de este apartado por el hecho de la responsabilidad de los consejeros, una responsabilidad basada en la culpa y no de carácter objetivo, la realización de las conductas culposas por quien ejerce las facultades delegadas del consejo en uso de dichas facultades y no en ejecución de un acuerdo previo del Consejo que, permitiría en principio, hacer pensar en una ausencia de responsabilidad para todos los demás consejeros.⁴⁸

Pero en este asunto nos encontramos con una queja doctrinal en el sentido de señalar la inexistencia en la ley de anónimas de disposiciones expresas en cuanto al ámbito de la delegación, pero eso no es óbice para designar como elemento de inicio la formulación del 141 precitado, en el que se permite al Consejo de Administración, designar en su seno una comisión ejecutiva o uno o más consejeros delegados. Aunque la doctrina mercantil española permita esa delegación será necesario acudir a la interpretación de los preceptos de la LSA, para poder señalar el ámbito de responsabilidad de los administradores en materia de delegación y como influye esto en los nuevos delitos societarios viendo a aquellos como administradores de hecho o de derecho.

Cuando el Consejo de Administración se ve imposibilitado para llegar a observar las funciones que la legislación mercantil le indica no tiene más remedio, con el fin de cumplir a la perfección su cometido, que ayudarse de la “delegación”. El principal problema es que los miembros del Consejo por regla general no son personas cualificadas para conocer del tráfico jurídico de la vida empresarial, en el sentido de llevar las actividades de gestión y representación de la compañía, mientras que el resto de los consejeros que conocen de menor manera la realidad societaria, ocupan una posición de vigilancia del cumplimiento de los anteriores cometidos. Con esto se entiende que existen dos modelos en la forma de llevar las funciones por parte del Consejo de Administración y que son las siguientes:

Uno que podemos llamar “sistema dualista”, en el que la sociedad viene gestionada y representada por el órgano de dirección; por su parte las funciones de control propias de la Junta se encomiendan a un órgano de vigilancia.

Otro sistema, que se utiliza en nuestro país, es el que se conoce como “monista”, se produce cuando un sólo órgano adopta la forma del Consejo de Administración, así la delegación constituye un expediente técnico ordinario para desdoblarse funciones de dirección y control.⁴⁹ **Fernández de Gándara** señala que las figuras del Consejero Delegado y de la Comisión Ejecutiva, no eran nuevas y que es a partir de la ley de julio de 1951 cuando comienzan a formar parte de lo que se dio en llamar “derecho vivo de las sociedades”. Esto se vio refrendado por dicha ley y por el vigente texto refundido de 22 de diciembre de 1989 y en el que se cubría la laguna legal que existía en el Código de Comercio anterior y que con las leyes precitadas adquiriría carta de naturaleza.

En lo que se refiere a la “delegación de funciones”, **Broseta**⁵⁰ considera que existe una interna, que recae sobre uno de los miembros del Consejo, mientras que también aparece la llamada “externa” realizada a favor de quien no goza de dicha cualidad, esto en palabras del mismo profesor es lo que se considera “apoderamiento”.

Queda claro la posibilidad de delegar en una Comisión Ejecutiva o en uno o más Consejeros Delegados, pero existe una segunda argumentación señalando que también se podrá apoderar a cualquier persona, con ello se llega a la conclusión de que se pone en un plano de igualdad a la Delegación y al Apoderamiento, este apoderamiento suele recaer en la figura del Director General (Chief Executive Office).

A raíz de esta cuestión nos hacemos la consiguiente pregunta ¿Tiene el Director General la consideración de Órgano de la sociedad? A este respecto la doctrina y la Jurisprudencia son

⁴⁸ Garrigues, Abogados. “Responsabilidad de consejeros y altos cargos en las sociedades de capital”. Madrid 1996. Pag 31 y ss.

⁴⁹ Garrigues. “Responsabilidad de altos cargos en las sociedades de capital” Madrid 1996. Pag 32.

⁵⁰ Broseta Pons. Manual de derecho Mercantil. Pag. 309.

unánimes al entender que en ningún caso se le puede considerar como órgano vinculado a la sociedad, en todo caso dicha conexión entre ambos viene referida a una relación laboral, a las propias de un arrendamiento de servicios e incluso a la propia del factor mercantil.⁵¹ A colación de esto debemos analizar si el Director General se puede considerar como administrador de derecho o de hecho desde el plano penal. Parte de la doctrina científica lo considera como “cuestión polémica”⁵², se señala a su vez que en ningún caso se puede determinar que el Director General, también considerado como Gerente se le pueda considerar como administrador de hecho, pues se trata de un mero apoderamiento.

Faraldo en la figura del apoderamiento distingue entre los Consejeros Delegados por un lado y al apoderado no consejero por otro; así se podría hablar de los Directores Generales y de los Gerentes. En el primer caso (Consejero Delegado) afirma la doctrina estamos ante un auténtico administrador de derecho, esto desde el punto de vista mercantil, porque esa delegación de funciones en el seno del consejo de administración, sólo reconoce una delegación interna, pero también habría que apuntar una delegación externa que es aquella que se concede a quien no goza de la cualidad de consejero, se conoce como mero apoderamiento, pero esa configuración es recogida por la doctrina penal⁵³ señalando que ese consejero delegado y el apoderado se deben situar en un mismo plano de igualdad con el que se advierte la existencia de un administrador de hecho en este sentido. Partiendo de esta base el derecho penal maneja unos conceptos más amplios y extiende una responsabilidad que se encontraba reducida en el ámbito mercantil. Creo que debe hablarse de administrador de hecho en todo caso, pues a través del apoderamiento o por acuerdo de la Junta General, pueden actuar por cuenta y en nombre de la sociedad.

Basta con analizar someramente el artículo 141.2 de la LSA en la cual se alude a la delegación de funciones para observar que en el se preceptúa que dicho Consejo de Administración puede delegar en una Comisión Ejecutiva o en Consejeros Delegados. En el último párrafo del mismo artículo señala la posibilidad de apoderar a cualquier persona. Esta persona puede ser perfectamente ese Director General, que actúa en nombre del Consejo de Administración, siempre con la supervisión de éste, ya que la naturaleza de la delegación y del régimen de responsabilidad se desprende, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, que la delegación no priva al consejo de sus facultades de administración, por el contrario, conserva sus competencias junto con las del órgano u órganos delegados, y por tanto puede sustituir a estos en el cumplimiento de los actos comprendidos en las funciones delegadas, eso si, tiene la facultad de modificar o revocar los actos de los administradores delegados, siempre antes de su conclusión.

Pues bien después de esta argumentación voy más allá de la doctrina establecida por **Del Rosal Blasco**, ya que si considera administrador de hecho al Director General, no tendrá esta consideración cuando se trate de funciones de rendición de cuentas o de la presentación de balances en Junta General, porque son delegaciones que no puede hacer el Consejo de Administración, así por ello en ningún caso cuando se trate de estas funciones estaremos ante un sujeto activo de los delitos societarios al hablar del Director General. **Faraldo** cita estas facultades inderogables, pero si podrá hacerlo en el caso de que dicha posibilidad sea concedida por la propia Junta General.⁵⁴ Pero no se puede catalogar de baladí la cuestión de la delegación de funciones, incluso algún que otro sector doctrinal, señala que tan sólo se debería delegar aquellas funciones en la medida en que no son especialmente complejas pues así podrían intervenir los llamados “consejeros externos”, en este sentido **Rodríguez Artigas**

Verdaderamente no podemos decir que sea un tema de clara solución pues tampoco existe una delegación de facultades uniforme. Si bien una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 1990, señala que también es delegable la convocatoria de la Junta General, otra de 20 de marzo de 1991 considera que dicha facultad es indelegable pues viene así expuesto en el texto de la ley de anónimas, a mi juicio he de suscribir esta interpretación.

C.2. PRESIDENTE DE LA JUNTA GENERAL

Recoge la figura del artículo 110 de la LSA y muestra como no, la indeterminación de sí cabe decantarse por si estamos ante un administrador de hecho o de derecho. En una primera

⁵¹ Garrigues. “La responsabilidad de los altos cargos de las sociedades de capital”. Madrid 1996. Pag. 33.

⁵² García de Enterría. “Los delitos societarios” Madrid 1996. Pag. 47.

⁵³ Terradillos Basoco, Juan. “los delitos societarios”. En “Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995”. Coord. Bernardo Del Rosal Blasco. Pag. 267. Valencia 1997.

⁵⁴ Faraldo Cabanas. Patricia . “Los delitos societarios”. Valencia 1996. Pags. 117 y ss.

aproximación se describe que no debemos pasar por alto que previamente a la constitución de una Junta General se ha de crear una mesa y que la ley exige como requisito que se encuentre compuesta por al menos un Presidente y un Secretario, pero ¿Cómo se escoge a ese Presidente? Para ello hay que traer a colación a los estatutos.

Se pueden elegir nominalmente o bien mediante la determinación de los requisitos que deban concurrir en el mismo, su oficio o cargo. Esto es una visión teórica, pero en la práctica se han seguido sistemas de los que podemos citar a algunos como la mayor edad o antigüedad, la rotación periódica en el cargo de los socios, la pertenencia del Presidente a un grupo determinado de socios o de acciones.

Pero el problema nos lo planteamos al decidir quien debe ser elegido presidente, ya que puede serlo tanto una persona que sea socio como una que no lo sea, a mi juicio esa persona que es socio, aunque ocupe el cargo de Presidente, ya se ha referido en la tipificación del Código Penal el Legislador, pues es impensable que el mismo no va a prever que si la figura del socio ha sido tipificada en el 295 CP como sujeto activo, no sea considerado al Presidente de la Junta General, si es socio, como sujeto responsable del tipo; sin duda que ya será sujeto activo como hemos referido con anterioridad por su condición de socio, que será en este caso un adelantamiento de la responsabilidad en el umbral del concepto de socio antes que Presidente de la Junta General. Para el caso de que el Presidente no fuera socio entiendo que directamente se le reconduce al concepto de administrador de hecho.

No podemos pasar por alto cuando hablamos de la Junta General una de las formas de convocatoria, como es la judicial; viene reflejada ésta en el artículo 101 de la LSA, que distingue dos casos en que los administradores tienen necesidad de convocarla, de un lado la Junta General Ordinaria que si los administradores no la convocan “dentro del plazo legal” cualquier accionista puede pedir la convocatoria judicial. Se desprende de la ley que el juez no está obligado a convocar, ya que existe la referencia al término “podrá.”⁵⁵ Pero si lleva a cabo esta posibilidad designará a la persona que ha de presidir la Junta; paso previo será dar audiencia a los administradores antes de que el juez resuelva con el ánimo de conocer las causas del porqué no se ha convocado la Junta General. También cabe plantearse el hecho de si la Junta fuese extraordinaria, lo tendrán que pedir los socios que representen el 5%, si no lo hicieran, el Juez debería convocarla cuando lo solicite el mismo número de socios. Por tanto la ley facultará al Juez para la elección del Presidente, parece posible en virtud de estas circunstancias considerar a dicho Presidente de la Junta General como administrador de hecho, pues el Presidente aunque no lo dispongan los estatutos siempre ocupa una posición privilegiada para realizar las conductas tipificadas como delictivas en el marco de los delitos societarios como pudiera ser la de atribuir indebidamente el voto a quien carece del mismo, impedir los derechos de asistencia, representación, voz, etc.

Una cuestión que nos asalta es la de si tiene o no la condición de administrador, el “comisario del sindicato de obligacionistas”, no es esta una cuestión maniquea, y aunque anticipo mi rechazo a la posibilidad de esa consideración, no debemos excluirla apresuradamente sin emitir algunas consideraciones sobre nuestra negativa.

Antes de nada, debemos saber ¿Qué es un comisario y un sindicato de obligacionistas? El comisario es un órgano de representación y de relación con la sociedad, de otro lado la deliberación y defensa vendría de la mano del sindicato. La relación que podemos establecer entre el comisario y el administrador no es de fácil deslinde pues existen preceptos en la ley de anónimas que los ponen en plano de equivalencia, pudiendo traer a colación el artículo 298 de dicho cuerpo legal en el que se plantea la posibilidad de la convocatoria de la Junta General de Accionistas haya sido convocada por los administradores como también lo puede haber sido por el comisario de obligacionistas. Otro argumento, en un principio de peso, sería la referencia al artículo 115 de la precitada ley mercantil en la que por analogía el comisario podría hacer la impugnación de los acuerdos de la Asamblea. Hasta aquí los argumentos a favor, pero hay que adelantar con respecto a la antesala de la configuración administrativa - societaria, puesto que para saber si podemos ubicar al comisario dentro de la figura del administrador debemos circunscribir dos conceptos claros que creo nos van a diseñar las distintas direcciones hacia las que se dirigen estas dos figuras. Para ello debemos configurar el concepto “obligación”, que presenta una deuda que la sociedad contrae con sus obligacionistas cuyo régimen jurídico – sustantivo depende de la LSA y del contrato de emisión.⁵⁶ El obligacionista es un acreedor que no aparece para nada en la nomenclatura del articulado penal societario como sujeto

⁵⁵ Lojendio Osborne, Ignacio, “Derecho Mercantil” Coord. Jimenez Sánchez. Barcelona 1990. Pag. 249.

⁵⁶ Broseta Pons. Manuel, “Manual de Derecho Mercantil” Madrid 1994. Pag. 378.

responsable, pero la cuestión es si podemos hablar del comisario como administrador de hecho, creo que no, que en ningún caso este comisario puede dirigir la sociedad y tan sólo tiene potestad entre los obligacionistas.

Ahora bien podría plantearse la duda razonable cuando la figura de la que hablamos es la del comisario pero que sea un obligacionista en cuyo poder se encuentran obligaciones convertibles.⁵⁷ Estas a su vez son obligaciones que se convierten en acciones, se trata de un tipo especial en la que se sustituyen su amortización o reembolso en metálico por su canje o conversión en acciones de la sociedad emisora. De esta manera el obligacionista se convierte en accionista, en el momento fijado por la escritura pública de emisión, esto lo hace convertirse en sujeto de la sociedad propiamente dicha e incluso puede ser ya sujeto activo de los delitos societarios como socio, pero no como obligacionista, así concluimos que no debe ser considerado el comisario del sindicato de obligacionistas como sujeto activo de los delitos que estamos estudiando.

C.3. EL SECRETARIO DE LA JUNTA GENERAL Y DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION

Figura ésta que si bien se puede decir se trata de un punto de inflexión importante en el engranaje societario, no se ha hecho mucho eco el legislador mercantil, y aunque si la preceptúa, lo hace como síntoma de referencia y en ningún caso de profundidad.

Entre los artículos en los que se cita a esta figura debemos referirnos al 110 nº 2 de la LSA, aquí se configura la actitud de asistir al Presidente de la Junta General; otro de las funciones que podemos citar es la de llevanza del libro de actas referido en el 142 del mismo cuerpo legal, en el que se anotarán las discusiones y acuerdos a su vez que firmados por dicho Presidente y Secretario. No podemos olvidar en esta relación de artículos al 109.1. a RRM, que se refiere a la facultad de certificar y señala que la persona a la que corresponde dicha certificación es el secretario o vicesecretario. Esta última figura aparece en el reglamento del Registro Mercantil y puede también al menos plantearnos dudas sobre si puede ser o no administrador de hecho.

Ante la escasez de literatura en favor de la figura del secretario, **Faraldo**⁵⁸ ha conseguido establecer unas líneas de intervención, adecuándola a criterios de política criminal de una manera tanto imaginativa como magistral. De tal forma que el Secretario como persona muy allegada a los órganos de decisión, ha sido calificado de esta manera por su profesionalización como por su funcionarización. Esto conlleva una descarga de responsabilidad de los órganos de dirección sobre el Secretario, que a su vez adquiere por el contrario mayor responsabilidad que le hace ser un órgano muchísimo más vinculado en la toma de decisiones; esto hace que el ordenamiento penal tome cartas en el asunto al observar dicha figura desde el articulado del Código del 95 que si bien no se encuadra de lleno, si al menos dibuja las primeras pinceladas de una acelerada protección penalista.

Es práctica en nuestro derecho que coincidan en la misma persona el cargo de “Consejero” y el de “Secretario del Consejo”, en este sentido no hay ninguna duda en reseñar la posibilidad de ser sujeto activo de los delitos societarios.⁵⁹ Pero una circunstancia de la realidad societaria española y también de las legislaciones de nuestro entorno es la de asunción de funciones, Secretario – Letrado Asesor, esto habrá que conectarlo con el próximo apartado, pero podemos augurar que la realidad societaria moderna necesita de la formación legislativa suficiente que, puede ser una persona ajena a la sociedad, que sea letrado en ejercicio, ello se realiza con habitualidad en las sociedades de responsabilidad limitada, en la que dicha figura no se exige, pero también puede intervenir en las grandes sociedades anónimas que si han de ceñirse a la normativa impuesta sobre el letrado asesor. En el caso que nos ocupa podemos señalar que nos encontramos claramente desde el punto de vista de la posición de secretario, de un administrador de hecho, pues asume la dejación por parte del consejo de las actividades referentes a su cargo, el aspecto de que sea letrado o no, carece de importancia con respecto a la posición de secretario, aunque adelantándonos al contenido de nuestro estudio, no podremos decir lo mismo cuando el letrado asesor sea la persona que ha de dirigir el funcionamiento de la sociedad.

⁵⁷ Boseta Pons. Idem . Pag 383.

⁵⁸ Faraldo Cabanas. Patricia. “Los delitos societarios”. Valencia 1996. Pag 125 y 126.

⁵⁹ Faraldo Cabanas, Patricia . “Los delitos societarios”. Valencia 1996. Pag. 125.

C.4. EL LETRADO ASESOR

Esta figura posee gran importancia ya que ha experimentado un profundo auge en la moderna práctica del asesoramiento de empresas o sociedades, pues se requiere por la ley completar con esta figura el organigrama técnico de la persona jurídica con un profesional del derecho a razón de augurar una intachable gestión de acuerdos con el fin de que no se tomen decisiones impugnables.

El Letrado Asesor viene determinado por la Ley 39/1975 de 31 de octubre, y que fue desarrollada por el Real Decreto 2288/1977 de 5 de agosto, en que se considera obligatorio la utilización de dicha figura para sociedades que cumplen determinadas características y que se distinguen si la sociedad se encuentra en España o fuera de ella. Entre dichas características se encuentran la de que el capital social sea mayor a 50 millones de pesetas, que el balance y la documentación contable correspondiente al último ejercicio fiscalmente sancionado alcance la cifra de 100 millones de pesetas, o que la plantilla de su personal fijo supere los 50 trabajadores, si se tratase de sociedades domiciliadas en el extranjero, deberán concurrir los dos últimos requisitos precitados para la sociedad afincada en España.

Debido a la función del Letrado con respecto a la sociedad como es la de examinar que los acuerdos sean lícitos, válidos, eficaces, hace necesario que no sean contrarios a la ley, a los estatutos y que no se lesione, en beneficio de uno o varios accionistas o terceros los intereses de la sociedad. Todo lo referido anteriormente, que no puede decirse sea falso, pero además de lo anterior existe una práctica en la realidad española que pone en mano de los abogados los destinos que rigen la sociedad y ello es muy común en el gran número de sociedades limitadas que existen en nuestro país y hacia las cuales queda perfectamente demostrado que también se refiere a ellas el articulado penal societario, afirmación que hemos desarrollado en varias oportunidades a lo largo del trabajo de investigación.

La realidad, a la que nos tenemos que referir, es que muchísimas sociedades que se crean en este país nacen para encauzar las prácticas empresariales de personas que carecen de formación jurídica e incluso fiscal y económica y que requieren de profesionales como letrados, economistas y de otras profesiones con el fin de orientar de manera cabal el tráfico mercantil.

Si bien cabe rechazar respecto a lo anterior que en algún caso el Letrado Asesor fuera administrador de derecho no cabría descartar desde el punto de vista práctico el supuesto como de administración de hecho, si bien cabe asegurarla en las grandes sociedades (Anónimas) en las que se requiere legalmente tal figura, siempre que se desarrolle el supuesto de quedar en manos del letrado la dirección de la sociedad. En contra de este planteamiento **Faraldo** señala que en ningún caso podemos hablar de dicho Letrado pueda ser reconducido a la posición tanto de administrador de hecho como de derecho, pero aunque se diga que estos letrados no devienen del Consejo de Administración⁶⁰ ni ejercitan funciones de administración, entiendo que si la realizan pues si observamos el artículo 1.3 de la ley 39/1975, en cuyo tenor literal adopta la misión específica de asesorar en derecho sobre la legalidad de los acuerdos que se adoptan y en su caso de las deliberaciones a las que se asista, ello sin perjuicio de otras funciones que puedan asignarle los estatutos sociales, de tal manera que nos encontramos con una cláusula abierta para dar un sin fin de funciones alrededor del Letrado Asesor, por cuanto es factible la posibilidad de que se le pueda asignar alguna que otra función de dirección o asesoramiento que implique frontalmente al Consejo de Administración y por tanto a mi juicio en virtud del precepto referido pudiera llegar a considerarse como administrador de hecho, eso sí, siempre atendiendo al supuesto concreto.

C.5. EL AUDITOR DE CUENTAS

Tema especialmente controvertido donde los haya, la referencia al auditor de cuentas, nos expresa la necesidad de atender figuras que, aún no perteneciendo a la estructura propia de la sociedad, aunque esto no es seguido por la doctrina,⁶¹ participan de manera más activa en ellas de lo que parece.

⁶⁰ Faraldo Cabanas, Patricia, "Los delitos societarios". Valencia 1996. Pag. 127.

⁶¹ Sánchez Calero, Fernando. "Instituciones de derecho mercantil". Madrid 1991. Pag 256. "Los auditores una vez nombrados para el ejercicio de sus funciones en una sociedad, deben ser considerados como unos órganos sociales aunque de la sistemática de la LSA pudiera desprenderse lo contrario. Forma parte de la organización de la sociedad una vez aceptado el cargo y en esa organización han de cumplir las funciones asignadas por la ley.

Verdaderamente debe entenderse que la doctrina penal no se ha ocupado en demasía de esta figura, pero no por ello carece de importancia al realizar un estudio sistemático desde este ámbito con el ánimo de buscar el tipo de responsabilidad si la tiene o si pudiera identificarse con la figura del administrador de hecho o de derecho siempre a efectos penales se entiende.

Uno de los motivos que me indujeron a plantear este problema fue la lectura de un artículo⁶² cuyo contenido planteaba la posibilidad de equiparar a los administradores con los auditores de cuentas con respecto a la responsabilidad civil por vía del artículo 211 de la LSA, que coloca al mismo nivel las dos figuras reseñadas, al decir que la legitimación para exigir responsabilidad frente a la sociedad a los auditores de cuentas se regirá por lo dispuesto para los administradores de la sociedad. Es demasiado arriesgada la interpretación, pues a mi entender no son figuras comparables ya que esa conexión en la ley de anónimas no es más que por razones de economía legislativa y que ha remarcado esa igualdad a todas luces inexistente.

Si bien en torno a la responsabilidad civil el artículo 211 LSA equipara a dichos personajes, tanto en la exposición de motivos como en el articulado de la ley 19/ 1968 de 22 de julio en sus artículos 1 y 2, además de ser confirmado por el artículo 203 y también el 208 y 209 de la LSA pues se desprende de dichos preceptos que dicha auditoría tiene como fin revisar y verificar documentos contables⁶³ con motivo de su afectación de terceros, así se trata de expresar la "imagen fiel" del patrimonio. De este postulado se desprenden las ideas de "ajeneidad" y de "exterioridad" del auditor, pues tan sólo juzga externamente (mediante un informe) lo interno, las cuentas anuales realizadas por los administradores, por lo que podemos poner como ejemplo que en ningún caso el auditor puede falsificar las cuentas anuales, ya que no es él quien las realiza, tan sólo las verifica. La identificación entre administrador y auditor, no es posible, es más atendiendo a la ley 19/68 en su artículo 8 se preceptúa la independencia del auditor con respecto al ejercicio de la empresa o entidades acreditadas.

Además de las tareas de verificación y fiscalización, como funciones más importantes, existen otras, pero que en ningún caso sustituyen al administrador sino que tan sólo van a emitir informes con respecto a las situaciones sociales de bastante interés como pueden ser el cambio de objeto social, si es preciso valorar las acciones, (art. 147 LSA); de aumento de capital por compensación de créditos (art. 156 LSA) o con cargo a reservas (art.158 LSA); en supuestos de reducción de capital (art. 168); en los casos de fusión de sociedades (art. 239 LSA), también en este punto para las sociedades limitadas (art. 94 LSRL) esto es importante pues no podemos hacer un derecho penal en dos velocidades para los dos grandes modelos societarios y como última función la emisión de obligaciones convertibles, básicamente su cometido en estos supuestos es el de emitir un informe o seguir verificando la actitud de los administradores.

Una vez establecidas las pautas de conducta de los auditores, desde el punto de vista penal se puede encontrar alguna respuesta cuando se plantea el supuesto típico de cuentas anuales realizadas por los administradores y que han sido falseadas, posteriormente son verificadas por el auditor de cuentas, cuyo informe, es positivo, a favor de la veracidad de las cuentas anuales desarrolladas por los administradores, así esta claro que éstos son autores del delito tipificado en el precepto 290 CP, pero ¿En qué situación quedan los auditores? ¿Debemos señalar que en ningún caso es autor? O por el contrario ¿Debemos aplicarles las reglas generales de la participación? Queda entendido⁶⁴ que el legislador a la hora de señalar el aspecto de la falsedad de la información social contenida en el 290CP admite que nos encontramos ante un delito de peligro hipotético, de tal manera que se requiere el falseamiento de las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio a la misma; la consumación requiere además de la perfección de la acción falsaria, una cierta

⁶² Pelayo Tomas. En Expansión "Las prisas, los delitos societarios y el nuevo Código Penal". 21 de mayo de 1996. Expansión Pag. 55.

⁶³ Uria., Rodrigo. "Derecho Mercantil". Madrid 1996. Pag. 73. "En definitiva, la auditoría de cuentas se configura en la ley como actividad que, mediante la utilización de determinadas técnicas de revisión, tiene por objeto la emisión de un informe acerca de la fiabilidad de los documentos contables auditados, sin que haya de limitarse a la mera comprobación de que los saldos que figuran en las anotaciones contables concuerdan con los ofrecidos en el balance y en la cuenta de resultados, ya que las técnicas de revisión y verificación aplicadas permiten, con un alto grado de certeza y sin necesidad de rehacer el proceso contable en su totalidad, dar una opinión responsable sobre la contabilidad en su conjunto.

⁶⁴ Terradillos Basoco, Juan. "Los delitos societarios" en Del Rosal Blasco "Comentarios al nuevo Código Penal de 1995". Valencia 1997. Pag.274

publicidad,⁶⁵ que pueda entregarse a algún socio o que trascienda a la figura del auditor, quien tendrá que verificar las cuentas porque de otra manera la acción no puede estimarse peligrosa. Si partimos de la base que es necesaria esa "publicidad", entiende **Sánchez Alvarez**⁶⁶ que sólo habrá delito consumado con la aprobación de las cuentas por el órgano correspondiente, luego el hecho de no estar aprobadas las hace carecer de cualquier tipo de eficacia. Continúa la argumentación estableciendo que la simple firma de las cuentas, sin que se presenten ante el órgano que debe aprobarlas, debiera considerarse como impune a efectos penales, también alude a los borradores o al mismo documento presentado ante el órgano de administración, y señala que la presentación ante la Junta debería considerarse como tentativa. Contrariamente a esta posición surge el planteamiento de **Terradillos Basoco**⁶⁷ (cuya proposición suscribo) pues parece obvio que si se acepta que estamos ante un delito de peligro hipotético, el contenido del artículo 290 CP, exige "falsear", circunstancia interpretativa que deja fuera **Sánchez Alvarez**, además de apuntarse que la conducta ha de ser idónea para perjudicar, por tanto se adelanta el resultado de este tipo antes de la definitiva aprobación, y no necesitamos hablar de tentativa cuando se presentan las cuentas, porque el mero hecho de falsear junto con el requisito de la idoneidad del perjuicio, hace que se avance la consumación de este tipo penal.

La doctrina, refleja el sentimiento de imposibilidad en cuanto a que los auditores sean autores del delito,⁶⁸ esta afirmación se encuentra respaldada al señalar que quien no reúna los requisitos para ser sujeto activo del delito, se entiende que el auditor es un extraneus (pese a la opinión en contra de **Sánchez Calero**) ya que no se encuentra en el organigrama de la sociedad, de tal modo que al no poder ser ni administrador de hecho ni de derecho queda descartada la posibilidad de ser autor inmediato de los delitos societarios pero no podemos apartar la posibilidad de su cualificación como partícipe, puesto que se trata de la intervención en el hecho ajeno y no se requiere las cualidades exigidas para ser autor.

Los conceptos "informe", "verificación", "fiscalización" inherentes a la relación entre auditor de cuentas y la sociedad nos hace plantearnos determinados supuestos una vez desechada la autoría del artículo 290 CP.

Al tener que realizar la verificación mediante informe, además de considerarse extraneus al ámbito de la sociedad, podría plantearse que la conducta que realiza el sujeto se puede enmarcar en la conducta que describe el 392 CP en cuyo tenor se desarrolla el hecho de que el particular incurriere en alguna de las falsedades previstas en el apartado 1º del artículo 390 CP, con lo que se produciría un primer problema que debemos resolver, se trata de la posibilidad de considerar al sujeto como posible autor de un delito de falsedades en documento mercantil o en lugar de esto considerar la viabilidad de aplicar al supuesto las reglas generales de participación en el artículo 290 CP. A mi juicio debemos recurrir al principio de especialidad señalado en el artículo 8.1 CP al mismo tiempo entender que al tratarse del ámbito de las sociedades mercantiles propiamente dicho las referencias falsificadas son documentos propios del estado jurídico y económico de la sociedad que debe entenderse con preferencia a la falsificación de un documento mercantil común, por tanto se debería optar por las reglas generales de participación en el delito societario.

Puede atenderse a otras soluciones como por ejemplo la coautoría en virtud de la necesidad de verificación que sobre las cuentas anuales y demás documentos ha de tener el auditor (extraneus) pero la doctrina está dividida pues si de un lado señala que si es posible el considerar al extraneus auditor como coautor del delito societario, por el contrario otro sector doctrinal tacha de imposible que el extraño pueda ser coautor ya que los coautores han de encontrarse en el mismo plano de igualdad lo que en este caso concreto quiere decir que el coautor ha de tener la condición de administrador de hecho o de derecho pues la cualidad que caracteriza al sujeto activo, al no poder desprenderse de la figura del auditor que estamos ante una de las dos modalidades, queda descartada la posibilidad de

⁶⁵ Terradillos Basoco. Juan. Idem. Pag 274

⁶⁶ Sánchez Alvarez, Manuel. "Los delitos societarios" Pag. 111. Pamplona 1996.

⁶⁷ Terradillos Basoco, Juan. "Los delitos societarios" en "Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995". Pag 274.

Valencia 1997.

⁶⁸ Valle Muñiz, José Manuel, "Los delitos societarios" en Quintero Olivares "Comentarios a la parte especial del derecho penal" Pamplona 1996. Pag 671. En el mismo sentido Terradillos Basoco. "Los delitos societarios" en "Comentarios al Código Penal de 1995" Valencia 1997. Pag 274.

considerar cuando se produzca la conducta típica de la falsedad en las cuentas anuales la coautoría del auditor.⁶⁹

El último problema que se nos presenta es la posibilidad, una vez descartada las anteriores, de considerar al auditor como cooperador necesario, entendiendo por tal a los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se habría efectuado; de esta suerte que el auditor habrá de verificar siempre las cuentas antes de pasar a la Junta, por consiguiente debe aceptarse la opinión de considerar al auditor como cooperador necesario, pues sin su verificación o no, en ningún caso queda claro que se podría realizar la conducta típica.

Respecto a la posibilidad de considerar al auditor como cómplice habría que pasarla por alto, de modo que se exige que la cooperación a la ejecución sea mediante actos anteriores o simultáneos, pero esto choca con la ley de anónimas, que en su artículo 210 plantea la posibilidad de un plazo como mínimo de un mes para emitir el informe de verificación con lo que no podemos observar la anterioridad o el tracto sucesivo propio que exige la figura del cómplice.

Por consiguiente en este tipo de supuestos debe considerarse al auditor de cuentas como cooperador necesario en el delito de falsedad de información social propio del artículo 290 CP pero en ningún caso se podrá hablar de sujeto activo de los delitos societarios al hacer referencia al auditor.

C.6. PROMOTORES Y FUNDADORES

Desarrollada de manera amplia en el ámbito mercantil, esta figura tiene una gran importancia en el terreno de la constitución de sociedades, pero de lo que verdaderamente se trata es de buscar la semejanza de conductas entre esta y el administrador de la sociedad a la hora de poder establecer responsabilidades penales.

En el ámbito penal se ha escrito muy poco sobre dicho aspecto, de todas maneras se puede formular alguna que otra hipótesis con la finalidad de clarificar el contenido de sus funciones. A cualquier estudioso medio del derecho no se le escapa que en la disciplina mercantil existen dos procedimientos para la constitución de sociedades, el llamado "sucesivo", menos utilizado aunque se sigue manteniendo en la dinámica mercantil, que respondía a la necesidad de facilitar la acumulación de capital recurriendo al llamamiento público. La circunstancia de que los bancos cubrieran las necesidades de capital, acudiendo como intermediarios, hizo que no se haya utilizado en demasía tal camino. No cabe duda que fue mucho más utilizada la segunda opción, la "simultánea" conocida también por la realizada en "un solo acto" o "por convenio" y aunque se necesiten varios actos para llegar a dicha constitución societaria⁷⁰ nos encontramos ante negociaciones y compromisos que jurídicamente son conocidos como "actos preparatorios".

Cuando hablamos de fundación "simultánea" nos referimos a la figura del fundador, estos son los que otorgan escritura social y suscriben todas las acciones. En este aspecto podemos destacar dos notas; una primera la posibilidad de otorgar escritura, lo que puede hacer por sí o a través de representante. La LSA, permite a su vez, la representación indirecta, la actuación por cuenta o interés de otro pero en nombre propio, así se consigue ocultar al representado y el real interés económico. Una segunda nota destacable sería la de que todas las acciones tienen que encontrarse suscritas, de tal manera que se puede entender que en el origen de la sociedad fundador equivale a socio.⁷¹ A partir de aquí comienzan las elucubraciones, de forma que en el artículo 17.2 de la LSA, se identifica en determinadas funciones a fundadores y a administradores, a la hora de presentar en el Registro Mercantil, la escritura de constitución de la sociedad; también responderán "de la realidad de las aportaciones sociales y de la valoración de las no dinerarias". Prosigue el 18 LSA hablando de la adecuada inversión de fondos destinados al pago de los gastos de constitución, de la constancia de escritura de la misma, de las menciones exigidas por la ley y de la exactitud de las declaraciones realizadas en aquella.

La anterior equiparación entre los dos sujetos deja de ser una argumentación de interés a la hora de señalarse que existe la diferenciación de figuras entre lo que se denomina administrador y lo que se

⁶⁹ Faraldo Cabanas. Patricia. "Los delitos societarios". Valencia 1996. Pag.270. También observar Mir Puig. "Parte General" . Barcelona 1996. Pag 389.

⁷⁰ Lojendio Osborne. Ignacio. "Las sociedades mercantiles" en "Derecho Mercantil" Coord. Jimenez Sánchez. Barcelona 1990. Pag 188.

⁷¹ Lojendio Osborne, Ignacio. Idem . Pag 189. También Faraldo Cabanas, Patricia en "Los delitos societarios" Valencia 1996. Pag 129

conoce como fundador, de manera que como se ha mencionado en alguna investigación,⁷² lo considerado en este ámbito penal societario como una realidad fehaciente de tutela por el derecho mercantil no podrá ser entendido por el marco penal, de modo que entiendo no debe sustanciarse al fundador como administrador de hecho o de derecho en los delitos societarios, ya que en el espacio mercantil cada uno tiene sus funciones.

Pero lo anterior nos deja una puerta abierta a la relación entre promotor y administrador, ¿Qué enfoque podemos darle? Perteneciente al complejo procedimiento de la fundación sucesiva, verdaderamente indicado para la constitución de grandes sociedades, tienen como piedra angular del mecanismo la figura del promotor. La sección tercera de la LSA que habla de la "fundación sucesiva" comprende los artículos 19 al 33, y aún sin entrar en ellos, por no ser objeto de nuestro estudio, si es conveniente que tomemos algunos puntos de especial interés.

El primer requisito con el que nos encontramos es el de la comunicación por parte de los promotores a la CNMV (Comisión Nacional del Mercado de Valores), del proyecto de emisión, con anterioridad a cualquier tipo de publicidad sobre la sociedad proyectada. Es necesario que se acompañe un informe de viabilidad, documentos sobre las acciones y sus derechos, además de un folleto informativo que ha de ser firmado por los intermediarios financieros que a su vez se encarguen de la emisión. Estos han de redactar el programa fundacional, que ha de ser suscrito por todos y que además de contener la identificación de los promotores y el texto literal de los estatutos ha de traer otros datos exigidos por el artículo 20.LSA.⁷³ Aunque existen diferencias entre ambas formas de constitución de la sociedad como puede ser la de que el promotor no tiene porque ser socio, mientras que los fundadores no tienen más remedio que serlo, pero si existen dos circunstancias comunes, "escritura pública" e "inscripción en el Registro".

Asimismo cabe la argumentación de la existencia de unos derechos especiales para promotores y fundadores, que no pueden exceder del 10% de los beneficios netos una vez deducida la cuota destinada a la reserva legal, ni superar los diez años de vida, con el fin de evitar una carga demasiado larga o perpetua para la sociedad. A partir de aquí nos encontramos con determinados aspectos mercantiles que podían derivar en ilícitos penales,⁷⁴ de tal manera que es frecuente la participación del socio en una sociedad porque esta le garantiza a personas o a sociedades vinculadas, contratos especiales de suministro o de compra de determinados bienes; podemos llegar a plantear supuestos muy parecidos a la administración social fraudulenta si estos contratos resultan verdaderamente desventajosos para la sociedad. Si más arriba hemos anunciado que es función inherente a la posición de promotor la de realizar determinados documentos que se han de depositar en la CNMV, si en este lugar se hubieran incluido datos falsos, esto supondría la hipótesis de poder relacionar con la falsedad propia que se cita en el articulado de los delitos societarios.

Es necesario establecer en este punto una dualidad de responsabilidades, pues si bien parece clara la responsabilidad de los promotores y fundadores, la ley los considera garantes de corrección y regularidad de la fundación, además de que esa peculiar posición de garante ex lege se materializa en determinados supuestos tasados en la propia LSA.

De otro lado la responsabilidad penal es bien distinta⁷⁵ puesto que cabe negar que los sujetos sean considerados como activos en el delito aunque según señala parte de la doctrina, eso no es así cuando realiza funciones de administrador. Mientras la doctrina propugna una laguna de criminalización en la en la etapa inicial de la vida de la sociedad, pero lo que no cabe duda es que aunque esas lagunas debieran reconducirse a los delitos societarios, en ningún caso pueden considerarse como sujetos activos del tipo a los promotores y fundadores como señalamos con anterioridad.

C.7. EL LIQUIDADOR DE LA SOCIEDAD

En este elenco de sujetos especiales, brilla con luz propia la figura del liquidador, quizá sea ésta la más semejante a la posición del administrador y que aunque así sea, no nos encontramos ante una cuestión trivial ni tampoco de pacífico tratamiento.

⁷² Terradillos Basoco, Juan. "Derecho Penal de la empresa". Madrid 1995. Pag 1995.

⁷³ Lojendio Osborne, Ignacio. "Las sociedades mercantiles" en "Derecho Mercantil" Coord. Jiménez Sánchez. Barcelona 1990. Pag. 193. En el mismo sentido Faraldo Cabanas, "Los delitos societarios" Valencia 1996. Pag 130.

⁷⁴ Faraldo Cabanas. Idem Pag 131.

⁷⁵ Faraldo Cabanas, Patricia, "Los delitos societarios". Valencia 1996. Pag 131.

El concepto de liquidación viene a decir que se trata del proceso en el que la sociedad, tras su declaración de disolución, lleva a cabo una serie de actos, entre los que destacan, el cobro de créditos y el pago de deudas sociales encaminados a la fijación del haber social que se distribuirá entre los socios.⁷⁶ Aunque se produzca la disolución, la sociedad sigue manteniendo la personalidad jurídica aunque su finalidad ya no es la de realizar el objeto social sino la de liquidar las operaciones pendientes, verdaderamente podemos señalar que lo que se pretende con la liquidación es la depuración del patrimonio social.

Cuando se produce la declaración de estado de liquidación en la sociedad aparecen dos efectos:

- a) Cesa la representación de los administradores para celebrar nuevos contratos y contraer nuevas obligaciones.
- b) Comienza la actuación del liquidador. Pueden incluso los administradores, ser requeridos para prestar su concurso para la práctica de operaciones de liquidación.

Además de todo ello la legislación mercantil habla de funciones específicas entre las que se encuentran “administrar” y “representar” a la sociedad en las operaciones de liquidación, formalizar el inventario del haber social y del balance cerrado al día que comienza la liquidación, llevar y custodiar los libros y la correspondencia de la sociedad, enajenación de los bienes sociales para reducirlos a numerario y facilitar el pago de las deudas, publicidad periódica de la liquidación, entre otras. Se deben establecer las relaciones entre el administrador y el liquidador ya que no en vano existen cláusulas estatutarias que prevén la transformación del órgano de administración en órgano de liquidación.⁷⁷

Una segunda argumentación se incardina en la doctrina mercantilista más profunda, que afirma la necesidad de extender analógicamente a los liquidadores la responsabilidad civil propia de los administradores frente a la sociedad, ejercitable durante el periodo de liquidación y que cesará con la extinción de la sociedad.⁷⁸

Un tercer argumento para entablar la relación entre ambas figuras es el incorporado por el artículo 228 del Código de Comercio, en el que se esgrime la posibilidad de que los administradores se transformen en liquidadores de tal modo que el tenor literal de este precepto arranca desde el momento en que la sociedad se declare en liquidación, cesará la representación de los socios administradores para realizar nuevos contratos y obligaciones, quedando limitadas sus facultades, en calidad de liquidadores a percibir los créditos de la compañía, a extinguir las obligaciones contraídas de antemano amén de realizar las operaciones pendientes.

La interpretación que realiza la doctrina es un tanto áspera en virtud de señalar al liquidador como administrador, de modo que la interpretación excesiva sobre esta cuestión puede trastocar el significado cabal y preciso que tiene el administrador en el ordenamiento mercantil, así se debe impedir la conceptualización del liquidador como delincuente societario.⁷⁹ Hay que decir que esta opinión queda enraizada en el entorno mercantil puesto que en el penal la opinión es bien distinta.⁸⁰ Se produce entre ambas figuras una sucesión temporal que según el sector doctrinal mercantil encabezado por **García de Enterría** no puede equipararse en el terreno penal ya que cada uno en el espacio mercantil tiene sus competencias y se encuentran jurídicamente diferenciados. Por su parte la doctrina penal entiende que cuando hablamos de liquidador no estamos hablando de una posición ajena a la de administrador, así concluye que nos encontramos con el liquidador en la posición de administrador de hecho.

A la hora de establecer unas conclusiones con respecto a la figura del liquidador queda dar un giro más de tuerca a fin de ahondar un poco más en la legislación mercantil con el ánimo de buscar una seria argumentación que nos permitan entender no sólo que el liquidador de las sociedades puede ser considerado como administrador de hecho sino que puede también en algunos supuestos llegar a convertirse en administrador de derecho. No cabe duda que los liquidadores sustituyen a los administradores en cuanto a las facultades de gestión y administración una vez que la sociedad se encuentra en liquidación y durante el espacio de tiempo que dure la misma, esto se recoge en los

⁷⁶ Lojendio Osborne, Ignacio. “Las sociedades mercantiles” en Derecho Mercantil, coord. Jimenez Sánchez. Barcelona 1990. Pag 435.

⁷⁷ Eizaguirre/ Angulo. “Disolución y liquidación” en Sánchez Calero Tomo VIII. Madrid 1993. Pag 131.

⁷⁸ Faraldo Cabanas, Patricia . “Los delitos societarios” Valencia 1996. Pag 133

⁷⁹ García de Enterría, Javier. “Los delitos societarios: un enfoque mercantil” Madrid 1996. Pag 50.

⁸⁰ Terradillos Basoco, Juan. “Los delitos Societarios” en “Comentarios al Código Penal de 1995” Valencia 1997. Pag.271.

precitados artículos 228 del Código de Comercio y 267.1 LSA.⁸¹ En el momento que queremos establecer la distinción entre administrador de hecho y de derecho, no podemos olvidar la desemejanza existente entre las sociedades mercantiles entre las que nos encontramos unas de carácter personalistas y otras de carácter capitalista, eso no influye en el espacio penal pues como ya quedó reflejado en las páginas anteriores de este trabajo las dos clases quedan enmarcadas en la alusión del artículo 297 CP “sociedad mercantil o cualquier otra de análoga naturaleza”.

A fin de demostrar nuestra tesis de la conversión del liquidador en administrador de derecho, necesitamos en un principio indicar que los liquidadores pueden estar ya designados en los estatutos sociales al tiempo de producirse la disolución de la sociedad,⁸² Si a esto le añadimos las indicaciones de **Chuliá** en el sentido de continuidad interna de los administradores, pese a que con facultades más limitadas, hasta que convoque una reunión de la Junta al efecto de designar los liquidadores; es una costumbre mercantil, la habitual frecuencia de cláusulas estatutarias que prevén la transformación del órgano de administración en órgano de liquidación,⁸³ por lo que al preceptuarse en los estatutos ese liquidador, cuyo nombramiento se efectúa en la forma en que se indica en los estatutos sociales, puede decirse que son los propios administradores, si son de derecho, no entiendo que en virtud de la transformación que acarrea este supuesto y se convierte en liquidador, pierda la condición de derecho y se transforme en administrador de hecho, no tiene ninguna lógica además de ser respaldado por las resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado de fecha 29 de noviembre de 1956 y 20 de julio de 1984, que continúan en la misma línea de argumentación.

Una segunda proposición en este mismo sentido, trata de señalar en las sociedades personalistas, dígame colectivas o en comandita, el contenido del artículo 228 del Código de Comercio y el primer párrafo del 229 del mismo cuerpo legal; de tal forma que cuando el primer mandato advierte que cuando “la sociedad se declare en liquidación, cesará la representación de los administradores, quedando sus facultades limitadas en calidad de liquidadores”, y en la segunda disposición, en la que se designa propiamente a las sociedades colectivas o en comandita, se dice que “no habiendo contradicción por parte de alguno de los socios, continuarán encargados de la liquidación los que hubiesen tenido la administración del caudal social”. Esta exposición me lleva al convencimiento de que la propia ley plantea la transformación de una figura en otra por lo que estamos ante el supuesto de un liquidador como administrador de derecho, de manera que cumple las funciones propias de este último aunque de manera más restringida, pues nos encontramos ante una fase de la vida de la sociedad que no es la vida activa, normal de la misma sino que se trata del último tramo de la vida de esta en el que se necesita resolver los “fleclos sociales pendientes”.

Como conclusión debemos entender con respecto a la figura del liquidador que no podemos diseñar unos parámetros generales por lo que necesitamos situarnos en el caso concreto en pos de los diversos estadios en que se encuentra dicha figura. Por tanto en las sociedades anónimas, si viene previsto en los estatutos la transformación de los administradores en liquidadores, estos deben considerarse de derecho; en el caso de que no hubiera cláusula estatutaria a este respecto, y los liquidadores fueran elegidos por la Junta o bien en la cláusula de los estatutos no se expusiera la conversión del administrador en liquidador, aquí si estaríamos ante el administrador de hecho.

También puede considerarse administrador de derecho en este tipo de sociedades, cuando los administradores tuvieran una continuidad interna con facultades limitadas una vez disuelta la sociedad y hasta el momento en que la Junta elija a los liquidadores. Esta misma situación se establece en el artículo 110.1 LSRL en cuyo tenor se establece la transformación salvo los supuestos recogidos precedentemente.

El último supuesto concreto se referirá a las sociedades personalistas, colectivas o comanditarias, que en virtud del 228 señala la transformación requerida de administrador en liquidador con lo que nos hallamos ante el administrador de derecho.

Debido a todo esta serie de argumentos no es de recibo señalar que un administrador de derecho que a su vez realiza las funciones de gestión y representación de la sociedad, posee un régimen de responsabilidad y otras muchas funciones idénticas a los liquidadores (pese a que ya quedó apuntado con anterioridad de manera más restringida) puede apreciarse a la misma persona que en una fase de la sociedad era administrador de derecho, por el mero acto de que la sociedad haya

⁸¹ Sánchez Calero, Fernando. “Instituciones de derecho mercantil”, Madrid 1991. Pag. 335.

⁸² Uría, Rodrigo. “Derecho Mercantil”. Madrid 1996. Pag 553.

⁸³ Sánchez Calero, Fernando, “Instituciones de derecho mercantil” Madrid 1991. Pag 335. También Chuliá Compendio I 2º Pag 909.

pasado a la postrera fase de su vida, y realice la misma función que en la primera fase, siempre que hablemos de gestión y representación, pueda ser ubicado en la apariencia del administrador de hecho cuestión con la que muestro mi desacuerdo.

C.8. EL ADMINISTRADOR JUDICIAL

Una breve aproximación a este concepto nos lleva a citar el Decreto-Ley sobre embargo de empresas de 20 de octubre de 1969, que en su artículo 2º considera que “si se embargase alguna empresa o grupo de empresas, acciones o participaciones que representan la mayoría del capital social, del patrimonio común o de los bienes o derechos pertenecientes a las mismas o adscritos a su explotación, el Juez podrá decretar que continúe la administración existente o que esta sea sustituida, nombrando, en este caso, persona o personas que se encarguen de la misma”

El Juez designará unos administradores que se encontrarán con idéntico significado y funciones a la par que los administradores no judiciales, pertenecientes al Consejo de Administración o a los administradores sustituidos. Parece entenderse con esto que nos encontramos ante auténticos administradores de derecho,⁸⁴ esto verdaderamente hace que se trate de un supuesto claro de tal administración de derecho, entre otras argumentaciones la semántica ya que se sobreentiende que estamos ante la esfera del administrador convencional simplemente modificando el modo de elección.

Si traemos a colación el derecho comparado observaremos una división material en si se trata de un concepto expresamente incardinado en la legislación penal, o si se reconduce a la administración genérica que se encuentra en los delitos societarios, nos encontramos en esta segunda posición donde además de nuestra legislación se encuentra asimismo la alemana. Por el contrario en el derecho italiano se incorpora una conducta propia del administrador judicial que se tipifica en los artículos 2637, 2638 y 2639 del C.c, se plantea en este punto la duplicidad del administrador judicial y de funcionario público, esto es conocido como “microapéndice societario” del estatuto penal de la administración pública.⁸⁵

Las disposiciones societarias aparecen destinadas a la protección prioritaria no tanto de los intereses de naturaleza privada como de la función pública de la que están investidos los destinatarios de los preceptos, asegurando de esta forma el correcto ejercicio de sus funciones, su imparcialidad y su prestigio.⁸⁶ Pero esta argumentación plantea muchas dudas en la doctrina en la que destaca la posibilidad de una mayor sanción por la conducta apostada en los delitos societarios, del mismo hecho desde el lado de la Administración Pública. Todo ello genera una desigualdad, cuando ese funcionario, pasa judicialmente a ocupar un lugar en el ámbito privado, debe salvarse así la barrera de la guisa a mi juicio más simple como es la de aplicarle a tal funcionario en este ámbito societario privado, la legislación penal de esta esfera mercantil, pues de lo contrario nos encontraríamos ante una desigualdad de trato innecesaria si recurriéramos a la fórmula antedicha.

⁸⁴ Faraldo Cabanas, Patricia. “Los delitos societarios”. Valencia 1996. Pag 135.

⁸⁵ Faraldo Cabanas, Patricia. “Los delitos societarios” idem. Pag 135..

⁸⁶ Tagliarini. “Le disposizioni penali in materia de società e di consorze. Milano 1972 pag 725.