

**PATRICIA ORTIZ SEIJAS***Licenciada en Derecho*

ENUNCIADO

El día 1 de febrero de 1999, dos amigos, don Eduardo Pérez Pérez y don Mario Rodríguez Rodríguez, adquirieron por mitades indivisas y título de compra a una mercantil una parcela de terreno industrial en el término municipal de Madrid, mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, que fue debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad. En la citada finca se construyó una nave adosada así como un almacén.

El día 1 de marzo de 1999, don Eduardo Pérez Pérez y don Mario Rodríguez Rodríguez constituyeron la sociedad BOLA, S.L., mediante otorgamiento de la correspondiente escritura pública, con un capital social de 60.000 euros, representado por 60 participaciones, con un valor nominal de 1.000 euros cada una, suscribiendo en dicho acto el 50 por ciento de las participaciones cada uno de los socios. El domicilio social se fijó en la citada nave industrial.

Resultan destacables, a los efectos oportunos, dos circunstancias:

1. La finca aportada constituía el único activo con valor patrimonial y estaba destinada a dotar a la sociedad de una estructura física donde desarrollar su actividad comercial.
2. El objeto social de BOLA, S.L., conforme al artículo 3.º de sus Estatutos, consiste en el desarrollo de «representaciones, comisiones y agencias comerciales, compraventa, importación y exportación de productos relacionados con la Automoción, la Industria y el Comercio y comercialización de los mismos, el asesoramiento Técnico en comercio exterior y tramitación de toda clase de documentos con los Organismos Oficiales y Estatales»; y su actividad comercial real era la de taller mecánico para automoción. En su consecuencia, la compraventa de bienes inmuebles no estaba comprendida en el objeto social de BOLA, S.L. y menos aún si éstos constituían su patrimonio y estaban afectos al desarrollo empresarial.

A raíz de la amistad y confianza que unía a los citados dos señores, en Junta General Universal de Accionistas celebrada el día 1 de febrero de 1999, con ocasión de la constitución de la sociedad, se acordó por unanimidad nombrar Administrador Único de BOLA, S.L., por plazo de cinco años, a don Eduardo Pérez Pérez, confiriéndole todas las facultades legal y estatutariamente previstas.

Por contra, hay que señalar que don Mario Rodríguez Rodríguez no ha ostentado en ningún momento poder ni representación alguna de la sociedad, ni ha asumido funciones de gestión ni de dirección de BOLA, S.L.

Por otra parte, si bien don Eduardo Pérez Pérez, como Administrador único, disponía de un amplio elenco de facultades y libertades para operar en nombre de la sociedad, no es menos cierto que ese grado de independencia y dirección es conferido usualmente en el tráfico mercantil a todos los Administradores únicos por el hecho de la confianza depositada en ellos (desde hace tiempo frustrada, en el caso que nos ocupa).

La última Junta General Ordinaria y Extraordinaria de BOLA, S.L. fue celebrada el 30 de junio de 2002, en la que se aprobó el balance de situación correspondiente al ejercicio económico de 2001.

Desde la citada fecha, don Mario Rodríguez Rodríguez no ha recibido información alguna de la marcha económica de la sociedad, ni del posible reparto de beneficios sociales obtenidos en los sucesivos ejercicios económicos, ni se le ha convocado a ninguna Junta.

Ante la falta absoluta de información, don Mario Rodríguez Rodríguez se puso en contacto con el señor Pérez, solicitándole en innumerables ocasiones información societaria, obteniendo siempre como respuesta una serie de evasivas que fueron aceptadas por el señor Rodríguez, parece ser, en aras a la amistad que les unía.

Mediante escritura pública en el año 2004, la sociedad BOLA, S.L., representada por don Eduardo Pérez Pérez, vendió la parcela y la nave industrial antes referidas a una sociedad, por un precio de trescientos mil euros (300.000 euros). El indicado precio fue pagado al señor Pérez en el momento del otorgamiento en efectivo metálico.

Dicha operación resultó del todo desconocida para el señor Rodríguez al no haber tenido conocimiento de ella en ningún momento; ni en fase de negociación, ni en fase de ejecución.

El conocimiento de esta compraventa por don Mario Rodríguez Rodríguez tuvo lugar en conversación telefónica mantenida con la mujer del señor Pérez a principios de 2005, que fue confirmada tras las indagaciones efectuadas en el Registro de la Propiedad competente.

Ante esta situación, se intentó sin éxito tomar contacto con don Eduardo Pérez Pérez, al objeto de clarificar dicha compraventa que afectaba al único activo con verdadero valor patrimonial de la sociedad.

Ante la actitud evasiva del señor Pérez, el señor Rodríguez optó por requerirle mediante carta remitida certificada con acuse de recibo, instándole, por una parte, a informarle de la transmisión efectuada; y por otra, a que le informase de la fecha de aprobación de las cuentas anuales de BOLA, S.L. de los ejercicios de 2002 a 2005, ambos inclusive, y le remitiese los referidos estados contables. El anterior requerimiento tampoco tuvo contestación.

Según información recabada en el Registro Mercantil de Madrid no constan depositadas las cuentas de la sociedad BOLA, S.L. desde el ejercicio de 2001.

Ante esta situación, don Mario Rodríguez Rodríguez, mediante instancia solicitó al Registrador Mercantil competente el nombramiento de un Auditor de Cuentas al objeto de que se verificasen las cuentas anuales de BOLA, S.L., solicitud que fue atendida, nombrándose al efecto a una entidad profesional, que emitió informe en el que concluyó que «tras infructuosos intentos, no hemos obtenido de los Administradores de la Sociedad las cuentas anuales, ni la documentación necesaria para la realización de nuestro trabajo. Debido a esto, no podemos expresar una opinión sobre las cuentas anuales de la sociedad BOLA, S.L.».

Por tanto, al día de hoy y como consecuencia de la reiterada actitud obstruccionista del señor Pérez al derecho de información que ostenta el señor Rodríguez, como legítimo partícipe de la sociedad BOLA, S.L., se desconoce el destino de los 300.000 euros obtenidos como consecuencia de la venta del único activo patrimonial de la sociedad, percibidos por el Administrador Único, don Eduardo Pérez Pérez, ni los hipotéticos beneficios resultantes del negocio desde 2002.

CUESTIONES PLANTEADAS:

El señor Rodríguez nos plantea la emisión de un informe que califique jurídicamente los hechos acaecidos y las medidas a adoptar.

SOLUCIÓN

• CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS ACAECIDOS:

A la vista de los anteriores hechos, la actuación de don Eduardo Pérez Pérez podría ser constitutiva de al menos dos delitos tipificados en los siguientes preceptos:

I. Artículo 293 del Código Penal (CP):

«Los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, que sin causa legal negasen o impidiesen a un socio el ejercicio de los derechos de información,

participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones reconocidos por las leyes, serán castigados con la pena de multa de seis a doce meses.»

La finalidad de este tipo penal es doble:

- A) La protección del patrimonio del socio.
- B) La protección de los derechos fundamentales de los socios en el desenvolvimiento de la actividad mercantil societaria.

A tenor de dichas finalidades, resulta evidente que corresponde a la legislación mercantil indicar, en cada momento, tanto el contenido como la modalidad del ejercicio de los derechos protegidos.

A la vista de la narración de los hechos precedentes, son destacables las siguientes acciones u omisiones realizadas por don Eduardo Pérez Pérez, referentes al citado artículo:

1. *En lo que respecta a los derechos de información del socio.*

El artículo 84 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en lo que respecta a las cuentas anuales de las sociedades limitadas se remite en términos generales a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), estableciendo:

- a) El artículo 212 de la LSA y el artículo 86 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, el derecho al examen por los socios de la documentación contable y del informe de gestión de la sociedad.
- b) El artículo 218, la exigencia del depósito de las cuentas en el Registro Mercantil.

La doctrina coincide hoy en día en que el derecho de información se trata de un verdadero derecho subjetivo del socio y, por consiguiente, puede exigirse de los distintos órganos de la sociedad el cumplimiento del deber de información, a modo de prestación (STS de 14 de julio de 1984).

Dicho derecho, de carácter administrativo según la doctrina, es de carácter indelegable e irrevocable, con las limitaciones establecidas en los Estatutos. A la vista de los Estatutos de la sociedad BOLA, S.L. no existe ningún tipo de limitación al ejercicio del derecho de información, por lo que el Administrador Único, don Eduardo Pérez Pérez, no sólo debería haber facilitado información puntual de la marcha de la sociedad al legítimo partícipe de la sociedad, conforme a lo legalmente establecido, sino que debería haber atendido a los requerimientos efectuados por el señor Rodríguez.

En suma, concurren los elementos esenciales del tipo penal:

- La falta de entrega de cualquier información de la sociedad BOLA, S.L. por el Administrador y especialmente la de tipo contable.
- La falta de depósito de cuentas en el Registro Mercantil por el Administrador.

2. *En lo atinente al derecho del socio a participar en la gestión o control de la actividad de la sociedad.*

En el mismo sentido el artículo 212 de la LSA (por remisión del art. 84 de la LSRL), exige la aprobación de las cuentas anuales, formuladas por el Administrador, por Junta General, previa convocatoria.

En la presente causa es evidente la concurrencia del otro elemento del tipo penal:

La inexistencia de convocatorias por el Administrador señor Pérez para la aprobación de las cuentas anuales de BOLA, S.L. desde 2002.

De lo expuesto, se deduce la falta de participación del señor Rodríguez en la gestión y control social de la sociedad desde hace más de tres años, debido a la actuación obstruccionista del querrellado.

II. Artículo 295 del CP:

«Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentaparticipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa de tanto al triple del beneficio obtenido.»

Dicho precepto tiende a la protección del patrimonio de la sociedad y de sus socios frente a una administración fraudulenta, constituyendo la conducta típica de este delito el abuso de las funciones propias del cargo (al margen de cuál sea el título que se tuviera para desempeñar el mismo), con el fin de disponer en beneficio propio o de un tercero del patrimonio cuya administración le haya sido encomendada.

La doctrina más acreditada ha venido considerando que la disposición de los bienes de la sociedad resulta fraudulenta cuando la administración del patrimonio no va orientada prioritariamente al beneficio de la sociedad o sus socios, sino a beneficio de los administradores o terceros.

En este sentido, a los efectos de este precepto, bastaría con que la conducta del Administrador Único señor Pérez, en el momento de disponer del inmueble enajenado perteneciente a la sociedad, se hubiera guiado por un interés ajeno al societario.

Resultan indiferentes, a estos efectos, las facultades otorgadas por la sociedad a su Administrador, ya que el citado artículo 295 del CP, contempla como finalidad de toda administración la gestión de la sociedad encomendada.

De todo lo anterior, se deduce la presunta comisión de un delito de administración desleal y fraudulenta por don Eduardo Pérez Pérez en la sociedad BOLA, S.L. como consecuencia de la venta de la finca tantas veces aludida, que constituía el único activo patrimonial real de la empresa.

Para la existencia de dicho delito, no son óbice las facultades otorgadas y reconocidas en los Estatutos de la sociedad BOLA, S.L. al señor Pérez; lo realmente importante a los efectos de esta causa penal es que la venta del activo patrimonial de la empresa no ha provocado -al menos de forma conocida- beneficio alguno ni a la sociedad, ni a sus partícipes, exceptuando a don Eduardo Pérez Pérez, el cual se ha lucrado presuntamente a título personal con la transmisión, provocando con ello la total descapitalización de BOLA, S.L.

Por ello, concurren todos los elementos integrantes del tipo delictivo:

- La condición de Administrador de derecho de don Eduardo Pérez Pérez.
 - El abuso en el ejercicio de las funciones propias de su cargo.
 - La disposición fraudulenta, en presunto beneficio propio, del inmueble.
 - El perjuicio patrimonial causado a la sociedad y a su partícipe don Mario Rodríguez Rodríguez.
- MEDIDAS A ADOPTAR:

Don Mario Rodríguez Rodríguez debe plantear una querrela contra el señor Pérez ante los Juzgados de Instrucción de Madrid, por constituir dicha localidad el *locus commissi delicti*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím.), por la comisión de los presuntos delitos de obstrucción al ejercicio de los derechos de los socios y de administración infiel y desleal de sociedades mercantiles, tipificados en los artículos 293 y 295 del CP, y de aquellos otros que pudieran derivarse de la instrucción.

Y en el procedimiento oportuno, el señor Rodríguez debe solicitar la práctica de las siguientes diligencias a efectos de acreditar los hechos que se van a imputar al Administrador Único de la sociedad:

A) Que se decrete, con las formalidades previstas en los artículos 545 y siguientes de la LECrím., la entrada y registro en el domicilio de don Eduardo Pérez Pérez, con el objeto de incautar:

- La totalidad de la documentación de la sociedad BOLA, S.L., obrante en su poder, y especialmente los libros de comercio y societarios, tanto principales como accesorios, los soportes documentales contables, las declaraciones fiscales de toda índole y los talonarios de cheques y extractos bancarios de la sociedad BOLA, S.L.
- Los libros contables, oficiales o no, del querellado, sus soportes documentales y especialmente los extractos bancarios de sus cuentas corrientes a partir del año 2001.
- El dinero en efectivo metálico que pudiera encontrarse y que supere razonablemente el importe necesario para satisfacer unas necesidades familiares mensuales ordinarias.

B) Se reciba declaración a don Eduardo Pérez Pérez.

C) Se libre atento mandamiento dirigido al Notario de Madrid correspondiente, para que expida testimonio literal o copia auténtica de la escritura pública de compraventa por él autorizada otorgada por la sociedad BOLA, S.L., representada por don Eduardo Pérez Pérez de la parcela de referencia.

D) Se libre atento mandamiento al Registro Mercantil de Madrid para que el señor Registrador expida certificación comprensiva de la historia registral completa de BOLA, S.L.

Y se certifique asimismo si su Administrador ha depositado las cuentas anuales de la sociedad correspondientes a los ejercicios 2002 y sucesivos siguientes hasta la fecha, remitiendo, en su caso, copia de las cuentas depositadas.

E) Se libre atento oficio a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria para que por quien corresponda, se expida y remita al Juzgado copia compulsada de:

- Las declaraciones tributarias efectuadas por don Eduardo Pérez Pérez del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, de los ejercicios económicos 2002 a 2005, ambos inclusive.
- Las declaraciones tributarias efectuadas por la sociedad BOLA, S.L., correspondientes a los Resúmenes Anuales del Impuesto sobre el Valor Añadido, de los ejercicios comprendidos entre 2002 y 2005, ambos inclusive.
- Declaraciones tributarias efectuadas por la sociedad BOLA, S.L. referentes al Impuesto sobre Sociedades, de los ejercicios fiscales comprendidos entre 2002 y 2005, ambos inclusive.

Con todo ello, se tendrá por ejercitada expresamente la acción penal y la acción civil derivada de delito, en la causa que se incoe por la comisión de los presuntos delitos de administración desleal y fraudulenta, y de obstrucción al ejercicio legítimo de los derechos de los socios, y cuantos otros pudieran resultar de la instrucción, contra don Eduardo Pérez Pérez, Administrador Único de la sociedad BOLA, S.L.; y se decretará en su momento la apertura de diligencias previas, acordándose la práctica de las interesadas y las demás que pudieran resultar útiles para la comprobación de los hechos.

Asimismo, habrá que solicitar que se proceda a la detención e ingreso en prisión de don Eduardo Pérez Pérez, o exigirle la fianza de libertad provisional que el Juzgado estime oportuna, y solicitar al Juzgado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se mande prestar fianza al señor Pérez para asegurar la responsabilidad civil derivada de delito por importe de 300.000 euros, percibidas por el Administrador Único de BOLA, S.L., como consecuencia de la venta del único activo patrimonial de la sociedad.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 293 y 295.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal, arts. 14 y 545.
- Ley 1/2000 (LEC), art. 589.
- Ley 2/1995 (LSRL), arts. 84 y 86.
- RDLeg. 1564/1989 (TRLSA), arts. 212 y 218.
- STS de 14 de julio de 1984.