

ago. 22

b-today

derecho y economía

registro domiciliario

licencias

modelo 720

empleo

delito de falsedad

pactos parasociales

Fiscal	Tribunal Supremo: vuelve a pronunciarse en contra de los injustificados registros domiciliarios de Hacienda 3 Virginia Mondragón Cañas
Inmobiliario	La nueva ordenanza de licencias que ya está en vigor en el ayuntamiento de Madrid 5 Sandra Pérez Sobrino
Fiscal	Nuevo varapalo por parte del Tribunal Supremo a Hacienda. Ataque y derribo frente al Modelo 720 sobre bienes y derechos radicados en el extranjero 6 Gonzalo Martín López-Rúa
Laboral y de la Seguridad Social	La previsión social complementaria de empleo en la ley 12/2022 de 30 de Junio 7 María de la O Prieto Toscano
Penal	El delito de falsedad en documento mercantil. Interpretación del tipo de falsedad por el Tribunal Supremo 8 Álvaro de la Rica Lizarraga
Mercantil	El Tribunal Supremo adopta una nueva postura sobre la impugnación de pactos parasociales firmados por todos los socios 9 Borja Núñez Castro Daniel Jiménez Domínguez

Tribunal Supremo: vuelve a pronunciarse en contra de los injustificados registros domiciliarios de Hacienda

En los últimos años, los registros domiciliarios realizados por la Administración Tributaria en el ejercicio de sus potestades de inspección están generando muchas fricciones entre Hacienda y los obligados tributarios. La exigua y mínimamente desarrollada regulación de los mismos en la normativa española permite su indebida utilización, atentando directamente contra la protección de un derecho fundamental constitucionalmente protegido como es el derecho a la inviolabilidad del domicilio de los contribuyentes.

Efectivamente, el domicilio de los contribuyentes es inviolable, y como medida de protección de este derecho fundamental, su registro únicamente debe permitirse en supuestos muy concretos y debidamente justificados, por ello, la entrada y registro tiene que estar precedida de la autorización del propio administrado o, en caso contrario, de autorización judicial al efecto.

Últimamente, el Tribunal Supremo ha venido emitiendo sentencias al respecto, mediante las cuales se van esclareciendo, en defecto de una regulación más desarrollada, los supuestos y los requisitos que deben cumplirse por la Administración en el ejercicio del registro domiciliario, en las que el Tribunal remarca que, indudablemente el registro no puede oponerse como un derecho inalienable de la Administración Tributaria en el ejercicio de su actividad inspectora, sino que estamos ante una atribución excepcional que asiste a la inspección en supuestos muy concretos que presenten indicios plausibles de ilícito tributario, sustentados por datos objetivos, precisos y debidamente fundamentados.

Fue en 2019 cuando el Alto Tribunal, en una sentencia dictada en el mes de octubre definió cuales deben ser los requisitos que deben reunir tanto la solicitud de la Administración para la entrada y registro, como la motivación del auto judicial que los autoriza, en el cual el juez debe ponderar la idoneidad del registro, es decir, que sea útil para la actuación de la inspección. Así, es determinante la inexistencia de otra medida más moderada para la obtención de la información, y la proporcionalidad del mismo, todo ello, sustentado por datos objetivos y concretos relativos al contribuyente, que sean indiciarios de la comisión de un acto ilegal, siendo el registro domiciliario el único medio plausible para la constatación de la defraudación.

En los años posteriores, 2020 y 2021, el Tribunal se pronunció nuevamente sobre la entrada y registro del domicilio pero, en este supuesto, para aclarar que el mismo tiene que solicitarse y autorizarse por el órgano judicial, debiendo, posteriormente, ejecutarse por la

Administración Tributaria en el curso de un procedimiento de inspección previamente iniciado y debidamente notificado al contribuyente, con indicación de los impuestos y periodos a que afectase la comprobación e investigación.

El órgano judicial también aclaró, en contra del que viene siendo el “modus operandi” de la Administración Tributaria en estos procedimientos, que la posibilidad de adoptar una autorización de entrada “inaudita parte”, es decir, sin anunciar al administrado la entrada y registro, se refiere únicamente a la posibilidad de no comunicar la diligencia de entrada y registro del domicilio, pero nunca a la notificación del procedimiento de inspección, que siempre debe estar previamente notificado e iniciado.

Esto es, la inspección de Hacienda puede personarse sin avisar en el domicilio de un contribuyente para su registro, pero únicamente en los supuestos en los que el administrado ya tenga conocimiento de que está siendo objeto de un procedimiento inspector, siempre y cuando dicha medida sea estrictamente necesaria para la resolución del procedimiento de inspección en curso. Lo contrario, atendería contra el derecho a la inviolabilidad del domicilio, derecho, como ya hemos afirmado, constitucionalmente protegido.

En respuesta a esta doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre los registros domiciliarios “inaudita parte” y el inicio de los procedimientos de inspección, el Gobierno Central mediante la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal modificó la Ley General Tributaria, para introducir expresamente en el texto legal, la posibilidad de que la Administración Tributaria se persone en las oficinas de los contribuyentes donde exista alguna prueba de la obligación tributaria, iniciándose el procedimiento inspector, sin previa notificación, mediante dicha personación en el momento de la entrada.

No obstante, a pesar de este cambio normativo, el Alto Tribunal ha mantenido el mismo criterio interpretativo. Destaca otra sentencia de septiembre de 2021 por la que dictaminó que la nulidad del auto judicial que autoriza la entrada en el domicilio produce efectos “ex tunc”, es decir, desde su inicio, dejando sin cobertura legal tanto la entrada como el registro domiciliario, y la incautación de documentos realizada por la inspección.

Más recientemente, una nueva sentencia de 12 mayo de 2022 ha dado un paso más en un procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales. En este caso, no solo declara la nulidad del

auto que autorizaba la entrada y registro en el domicilio sino que confirma que la misma conlleva la ilegalidad de todo lo actuado en el mismo, incluida la documentación incautada, de la que insta a Hacienda a su devolución. Al mismo tiempo, el órgano judicial asevera que dicha devolución incluye además de los documentos confiscados, también los ordenadores, soportes informáticos y resto de materiales decomisados, así como todas las copias que la inspección detente en su poder, de las cuales corrobora el Tribunal que procede su destrucción puesto que su conservación, no ajustada a Derecho, invalidaría la precisada devolución.

Concretamente, en palabras del propio Tribunal la conservación de copias de documentación supondría que la devolución ha sido incompleta e inútil. Es más, la Administración tampoco podrá hacer uso de la documentación ni de las copias en un procedimiento posterior.

Pero, ¿qué ocurre con el conocimiento que la inspección ha adquirido del contribuyente en el registro declarado ilegal? Tanto este conocimiento como las actuaciones realizadas en base al mismo resultan tan importantes como la propia documentación física incautada otorgando a la Administración un privilegio no deseado por nuestra Constitución.

En este punto, el órgano judicial considera que la inmaterialidad del conocimiento e información a la que hayan tenido acceso los inspectores hace que no pueda ser borrada al igual que los documentos físicos, concluyendo que dicha cuestión únicamente podrá resolverse si la información es efectivamente utilizada por la Administración en un ulterior procedimiento tributario. Por tanto, habremos de estar al caso concreto y analizar la incidencia del conocimiento obtenido como consecuencia del registro, su utilización efectiva y las consecuencias que el mismo tenga en el procedimiento en cuestión.

En definitiva, a pesar de los avances en esta materia, habremos de esperar a sentencias futuras para comprobar si finalmente el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la imposibilidad de que la Administración utilice, en un posterior procedimiento tributario, el conocimiento y la información obtenidos en un registro ilegal. Confiamos en que la razonabilidad de nuestros tribunales obligue a la Administración a adoptar medidas lo suficientemente contundentes que garanticen la protección de los derechos constitucionalmente reconocidos a los ciudadanos.

Virginia Mondragón Cañas

Licenciada en derecho económico por la Universidad de Deusto, máster en auditoría de cuentas por la Universidad de Deusto, es miembro de la división fiscal de Bufete Barrilero y Asociados.

v.mondragon@barrilero.es
LinkedIn

La nueva ordenanza de licencias que ya está en vigor en el ayuntamiento de Madrid

El Ayuntamiento de Madrid ha aprobado la nueva Ordenanza 6/2022 de 26 de abril, de Licencias y Declaraciones Responsables Urbanísticas y que ha entrado en vigor el 17 de junio de 2022.

La nueva Ordenanza ha simplificado en un único texto normativo, las dos ordenanzas que estaban vigentes y que regulaban el régimen de Licencias y Declaraciones Responsables:

- (i) Ordenanza Municipal de Tramitación de Licencias Urbanísticas de 23 de diciembre de 2004
- (ii) Ordenanza para la apertura de actividades económica en la ciudad de Madrid; y ha dado lugar a una única Ordenanza con un 43% menos de artículos.

Entre las novedades más significativas se encuentra que se reducen a dos los procedimientos de control urbanístico, el procedimiento de Licencia y el procedimiento de Declaración Responsable, desapareciendo, por tanto, el procedimiento de Comunicación Previa.

Procedimiento de Licencia: se crean dos nuevas figuras, la Licencia Básica y la Licencia para Actividades Temporales.

- Licencia Básica: habilita la ejecución de las obras de nueva edificación previamente a la obtención de la Licencia Urbanística para que el administrado pueda iniciar las obras en lo que se refiere a los parámetros básicos, sin perjuicio de que, durante su ejecución, el procedimiento de licencia continúe para la validación del resto de los parámetros urbanísticos, mediante la obtención de la preceptiva licencia urbanística. El plazo máximo que tiene la Administración para resolver la concesión de la Licencia Básica es un mes.
- Licencia para Actividades Temporales: habilita para que en locales con licencia o declaración responsable se puedan desarrollar actividades temporales con instalaciones con instalaciones eventuales, portátiles o desmontables. Únicamente se autorizarán aquellas actividades temporales cuyas condiciones y características se ajusten a la legislación sectorial aplicable y no desvirtúen las condiciones exigidas por el planeamiento, ni las de seguridad, accesibilidad, salubridad y protección del medio ambiente de la actividad del local o establecimiento.

Procedimiento de Declaración Responsable: el interesado manifiesta, bajo su responsabilidad, que la actuación urbanística cumple con los requisitos exigidos por la normativa urbanística y sectorial objeto de control municipal, que dispone de la documentación que así lo acredita indicada y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el tiempo en que mantenga dicha actuación. Su presentación en el Ayuntamiento habilita al interesado para ejecutar las obras correspondientes o comenzar a desarrollar la actividad.

Otra de las novedades más relevantes de esta nueva Ordenanza es la creación del **Informe de Viabilidad Urbanística**, mediante el cual, los interesados pueden conocer la viabilidad de las actuaciones que desean realizar con carácter previo a la solicitud de una licencia o a la presentación de una declaración responsable. La solicitud de este informe debe ir acompañada del correspondiente proyecto básico o de la documentación necesaria preceptiva recogida en la Ordenanza. La Administración dispone de un mes, a contar desde la presentación de la solicitud, para resolver:

- (i) sobre la viabilidad urbanística, cuando la actuación pretendida cumpla con los requisitos esenciales,
- (ii) sobre la inviabilidad urbanística, cuando la actuación pretendida no cumpla con los requisitos esenciales o
- (iii) como petición no valorable, cuando en la documentación presentada falte algún dato de los especificados como requisitos esenciales previstos en el anexo VIII que impida la valoración de la actuación.

Esta Ordenanza ha sido aprobada con el objetivo de cumplir con los principios de efectividad, simplificación y disminución de las cargas administrativas, así como la puesta a disposición de todos los recursos municipales para la mejora y el impulso de la construcción, de la actividad económica.

Sandra Pérez Sobrino

Graduada en doble grado de derecho y administración y dirección de empresas por la Universidad Francisco de Vitoria, doble máster de acceso a la abogacía y derecho de empresa en la Universidad de Navarra es miembro de la división de derecho inmobiliario de Bufete Barrilero y Asociados

s.perez@barrilero.es
LinkedIn

Nuevo varapalo por parte del Tribunal Supremo a Hacienda. Ataque y derribo frente al Modelo 720 sobre bienes y derechos radicados en el extranjero

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 20 de junio de 2022 (Rec. Núm. 1124/2020), después de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) invalidase el régimen sancionador del Modelo 720, relativo a los bienes y derechos situados en el extranjero, se pronuncia de nuevo rechazando que la Administración Tributaria impute como ganancia patrimonial no justificada, aquellos bienes y derechos situados en el extranjero incluidos en una declaración.

La controversia, surge con ocasión de la obligación de información contenida en la Disposición Adicional 18ª de la Ley 58/2003, General Tributaria (en adelante, LGT), por la que se exige informar a la Administración Tributaria sobre los bienes y derechos de los que es titular el contribuyente en territorio extranjero.

En particular, el Tribunal Supremo se cuestiona si, el hecho de que el contribuyente cumpla de forma extemporánea con la obligación de información sobre los bienes y derechos que ostenta en el extranjero, faculta a la Administración Tributaria a practicar una regularización de una liquidación del IRPF sin quedar sometida a ningún plazo de prescripción. Pues bien, dicho comportamiento por parte de la Administración resulta contrario al Derecho de la Unión Europea. Concretamente, atenta contra la libre circulación de capitales, y a los principios de seguridad jurídica y proporcionalidad.

A este respecto, cabe citar la reciente Sentencia del TJUE de 22 de enero de 2022, asunto C-788/19, puesto que incide sustancialmente en la cuestión planteada en la sentencia objeto de análisis. Entre otras cuestiones, en la sentencia dictada por el TJUE el pasado mes de enero, el Tribunal determinó que el Reino de España incurrió en la vulneración de la normativa que rige el Derecho de la Unión, al calificar los activos situados en el extranjero como ganancia patrimonial no justificada, en aquellos casos en los que se incumple con la obligación de información de dichos bienes o derechos, o bien, por la presentación extemporánea del Modelo 720.

De entre las conclusiones a las que llegó el TJUE en la sentencia dictada en enero 2022, en materia de prescripción, dispone que: si bien, el invocar una norma de prescripción no sirve para desvirtuar una presunción de fraude o evasión fiscal, si permite evitar las consecuencias que pudieran derivarse de la aplicación de la sanción. Así, dispone: “[...]la invocación de una norma de prescripción no sirve para desvirtuar una presunción de fraude o de evasiones fiscales, sino que únicamente permite evitar las consecuencias que debería acarrear la aplicación de dicha presunción”.

Asimismo, el TJUE continúa estudiando si en materia de prescripción, las medidas que adopta el art. 39.2 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, por la que se aprueba el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, LIRPF) son desproporcionadas. La respuesta a dicha cuestión ha de ser afirmativa. Según el criterio del TJUE, al establecerse que el incumplimiento o el cumplimiento imperfecto o extemporáneo de la obligación informativa relativa a los bienes y derechos situados en el extranjero tiene como consecuencia la imposición de las rentas no declaradas correspondientes al valor de esos activos como ganancias patrimoniales no justificadas sin posibilidad, en la práctica, de acogerse a la prescripción vulnera el principio de libre circulación de capitales.

En este sentido, afirma el TJUE que la configuración del propio art. 39.2 de la LIRPF, permite a la Administración Tributaria proceder a la regularización del impuesto sin limitación temporal alguna, pese a que la voluntad del legislador fuera retrasar el cómputo del plazo de prescripción al momento en el que, la Administración tuviera conoci-

miento por vez primera de los bienes y derechos que el contribuyente tuviera en el extranjero. Del tenor de lo expuesto, se desprende que no sólo es que la normativa adoptada por el legislador español produce un efecto de imprescriptibilidad, sino que, además, otorga la potestad a la propia Administración a cuestionar una prescripción en favor del obligado tributario. De modo que, en vista de las consideraciones anteriores, el TJUE concluye afirmando que Hacienda no puede practicar una liquidación de IRPF cuando el contribuyente cumpla con la obligación de información de manera extemporánea sin quedar está sometida a ningún plazo de prescripción.

En consonancia con el criterio del TJUE, el Tribunal Supremo además de reafirmar que Hacienda no puede practicar una liquidación de IRPF cuando el contribuyente cumpla con la obligación de información de manera extemporánea sin estar sometida a ningún plazo de prescripción, fija como plazo de prescripción, el plazo general de 4 años. Así, concluye: “como consecuencia de la Sentencia del TJUE, la imprescriptibilidad contenida en el art. 39.2 de la LIRPF, la prescripción del IRPF se rige por la normativa general, que supone una prescripción de 4 años”.

Gonzalo Martín López-Rúa

Graduado en derecho y ADE por la Universidad Rey Juan Carlos, doble máster de acceso a la abogacía y asesoría fiscal en la Universidad de Navarra, es miembro de la división de derecho fiscal de Bufete Barrilero y Asociados.

g.martin@barrilero.es
LinkedIn

La previsión social complementaria de empleo en la ley 12/2022 de 30 de Junio

El 2 de julio se publicó en el BOE la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, RDL 1/2002, de 29 de noviembre.

Con ella, se pretende dar un impulso a la denominada previsión social complementaria, recogida en el art 41 de la Constitución, que establece el derecho de todos los ciudadanos a un régimen público de Seguridad Social y que, a continuación, prevé una asistencia y prestaciones complementarias libres.

Los aspectos más significativos de la Ley son la creación de los Fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos (FPEPP), la creación de los Planes de Pensiones de Empleo simplificado y el incremento de los límites de aportación y reducción en IRPF aplicables para autónomos, por las aportaciones que realicen a los Planes de Pensiones de Empleo simplificados, así como los límites de aportación (y reducción) para la mayoría de los trabajadores por cuenta ajena.

Sin embargo, más allá del contenido de la norma, interesa acercarnos a la definición de las prestaciones complementarias, su finalidad y, sobre todo, a las razones que impulsan su desarrollo.

La política de la Unión Europea sobre el desarrollo de los sistemas de Seguridad Social descansa sobre tres niveles de previsión social: el Sistema Público de Seguridad Social, como primer nivel; la previsión social complementaria del sistema de empleo o empresa, como segundo; y la previsión social complementaria individual, como tercero.

A nadie se le escapa que, en función de la fortaleza o debilidad del sistema público de SS, se harán más o menos necesarios la implementación del segundo y tercer nivel de prestaciones.

Y aquí es donde resulta necesario detenernos ya que, con la aprobación de esta Ley el legislador nos plantea abiertamente la insostenibilidad de nuestro Sistema con las actuales reglas de juego. El envejecimiento de la población, el cada vez más tardío acceso de los jóvenes al mercado laboral, el aumento de la esperanza de vida y la universalidad del Sistema público de SS, con un cada vez más exigente nivel de protección pública, hacen necesarias la implementación de nuevas políticas que den sostenibilidad al Sistema.

Hoy día, la pensión de jubilación supone el 80 % de las retribuciones del pensionista cuando estaba en activo. El aumento exponencial del número de pensionistas (ocasionado por el llamado Baby Boom de los años 60), una cada vez más mermada población activa y unas bases de cotización bajas, hacen claramente insostenible el Sistema en el tiempo y, aunque los pensionistas deben formar parte de la solución, no parece que el Gobierno vaya a comprometer su imagen con políticas responsables pero arriesgadas con esta gran población de votantes.

En cualquier caso, la interacción de estos tres pilares es la que define el sistema de SS en los distintos países y la reflexión obligada es de qué sistema queremos dotarnos.

La renovación del Pacto de Toledo en noviembre de 2020, en su recomendación 16, prevé el impulso de la previsión social complementaria mediante instrumentos de “dimensión colectiva”; instrumentos que son los regulados en esta norma, mediante el impulso de los Planes de Pensiones de Empleo, sostenidos en la negociación colectiva sectorial, con un mayor protagonismo, nuevamente, de los sindicatos en su implementación y control.

Si a esto se le añade la creación de los Fondos de Pensiones de Empleo de Promoción Pública que, aunque gestionados por Entidades privadas están fuertemente tutelados por las Administraciones públicas, la finalidad intervencionista estatal es evidente.

Llama la atención el interés del legislador en afianzar la idea de que

estas medidas en “ningún caso cuestionan la centralidad del sistema público de reparto”, idea que se repite hasta tres veces a lo largo de la Exposición de Motivos de la Ley.

Sin embargo, la realidad es el impulso del segundo pilar (la previsión colectiva de empresa) sobre el tercero (la previsión individual), de corte claramente liberal.

La justificación para ello la encuentra el legislador en el acceso de una mayor población a este sistema de ahorro, al acceder rentas más bajas (lo cual no se entiende salvo que el sistema sea obligatorio, cuestión que recuerda a los motivos que justificaron la supresión de las Mutualidades y su sustitución por los seguros sociales obligatorios), un ahorro de costes en comisiones (que se podría haber logrado con una intervención gubernamental en los mismos, como viene haciendo en otros sectores) y favorecer unas mayores dimensiones de los fondos mediante la creación de fondos de promoción pública, con una mayor eficiencia y rentabilidad; fondos por supuesto promovidos por las Administraciones Públicas.

No obstante, lo anterior, en mi opinión, más allá de estas razones técnicas, lo que se vislumbra es una clara voluntad estatal en la configuración de un pilar complementario de previsión social profesional que, bajo el paraguas de la negociación colectiva sectorial, resultará obligatorio para las empresas y trabajadores y que se traducirá, en definitiva, en un incremento de los costes salariales.

Esto, unido a las políticas gubernamentales fuertemente redistributivas en materia de prestaciones, nos acerca a un sistema público de Seguridad Social de corte asistencial en el primer nivel, contributivo obligatorio y de corte profesional en el segundo nivel, y a un tercer nivel basado en el seguro mercantil individual, sin ningún apoyo público.

En definitiva, siguiendo las teorías tradicionales del Derecho de Seguridad Social, a un alejamiento progresivo del sistema contributivo de Bismark y a un acercamiento al Sistema asistencial de Beveridge.

Por último, dicho lo anterior y con ánimo de ver no ya los riesgos, sino las oportunidades que el Sistema brinda, la previsión social complementaria merece una última reflexión, como nueva fórmula de retribución empresarial que incentive la productividad, ayude a la consecución de los objetivos empresariales, fidelice a sus empleados y retenga el talento en las Compañías.

Todos estos elementos, fundamentales en las nuevas políticas estratégicas de las empresas en materia de Recursos Humanos, pueden hacer del sistema de previsión social una carga más en costes salariales o una oportunidad de mejora en su crecimiento y competitividad y aquí, los profesionales, tenemos mucho que aportar.

María de la O Prieto Toscano

Habiendo desempeñado el puesto de Subdirectora de Gestión Descendralizada en la Dirección Provincial de la TGSS de Madrid, recientemente se ha incorporado a la división Laboral y de la Seguridad Social de Bufete Barrilero y Asociados.

m.prieto@barrilero.es
LinkedIn

El delito de falsedad en documento mercantil. Interpretación del tipo de falsedad por el Tribunal Supremo

“¿Puede afirmarse que la falsificación de un documento en el ámbito de una relación contractual privada en la que una de las partes es un comerciante es susceptible, en todo caso y por sí, de afectar a la seguridad del tráfico mercantil? ¿El contrato de agencia simulado es documento mercantil a los efectos típicos del artículo 392 CP?”

Esta es alguna de las cuestiones que se plantea la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la Sentencia del Pleno núm. 232/2022 de 14 Mar (Rec. 2509/2019), por la cual se establece que lo que se pretende proteger mediante este tipo penal es la seguridad del tráfico mercantil, independientemente de la posición extensiva o restrictiva que se adopte con respecto al ámbito de protección del artículo 392 del Código Penal.

En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que el delito de falsedad documental consiste en la falsificación, alteración, simulación o modificación de los elementos esenciales de un documento. Se trata de un delito que para su comisión requiere de la existencia del dolo falsario, como elemento subjetivo del tipo, por el que el sujeto activo ha de tener conocimiento de que los elementos esenciales del documento no son verdaderos y la conciencia y voluntad de alterar la verdad, admitiendo en algún caso, como la conducta tipificada en el artículo 390 Código Penal, la comisión imprudente. En relación con la naturaleza de los delitos de falsedades documentales, se trata de delitos de actividad, en los que no se exige la creación de un resultado. Concretamente, en el ámbito mercantil, la Jurisprudencia considera *documento* todo aquel que *acredita, manifiesta y proyecta las actividades que se producen en el círculo o ámbito propio de una empresa mercantil* (vid. STS 8 de mayo de 1992).

Teniendo en cuenta que el bien jurídico protegido por este delito es la seguridad del tráfico mercantil, esto implica que el bien jurídico protegido no es solo individual, sino que adquiere una proyección colectiva y social mucho más acentuada que con relación al protegido mediante el delito de falsedad en documento privado. Residiendo aquí, precisamente, la razón que justifica las necesidades de protección penal intensificada, anudando a su lesión un mayor reproche punitivo.

En este sentido, la reciente Sentencia de la Sala Segunda a la que nos venimos refiriendo, establece que la consideración del bien jurídico como elemento rector tanto para la interpretación de los elementos del tipo como para la medición de la antijuricidad exigida, justifica reajustar el contorno aplicativo del tipo del artículo 392 del Código Penal, limitando su aplicación a aquellas conductas falsarias que recaen sobre documentos mercantiles que, por el grado de confianza que generan para terceros, puedan afectar potencialmente al valor de la seguridad, en su dimensión colectiva, del tráfico jurídico-mercantil. Por ello, *entiende resultará suficiente la protección penal mediante el tipo del artículo 395 CP frente a la falsedad de otros tipos de documentos que, si bien plasman operaciones mercantiles o han sido confeccionados por empresarios o comerciantes, carecen de dicha especial idoneidad lesiva colectiva -por ejemplo, contratos, presupuestos, tiques, albaranes, recibos y otros justificantes de pago que recaen sobre actos, negocios o relaciones jurídicas sin relevancia para terceros-*.

Por oposición a los anteriores, continúa la Sentencia, entre los documentos cuya falsedad sí podría comprometer el bien jurídico protegido por el artículo 392 del Código Penal cabe encontrar, con fines meramente enunciativos, los siguientes:

- i. los que tienen el carácter legal de título-valor;
- ii. los que obedezcan al cumplimiento de una obligación normativa de documentación mercantil que funcionalmente les acerca a los documentos emitidos por ciertos funcionarios con capacidad

documentadora -por ejemplo, libros y documentos contables, actas de juntas de sociedades de capital, certificaciones con potencial acceso al Registro Mercantil, etc.-;

- iii. los que documentan contratos-tipo, clausulados generales o particulares en relaciones de consumo -por ejemplo, contratos de seguro, bancarios, de financiación, transporte etc.-;
- iv. aquellos contratos sometidos a condiciones normativas de forma o de supervisión o a algún tipo de intervención pública -por ejemplo, contratos de gestión financiera, de correduría de seguros, de inversión, etc.- y
- v. documentos que, bajo la apariencia de corresponder al giro mercantil de una empresa, tengan como finalidad la comisión de delitos contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social, fraude de subvenciones o la obtención de financiación por entidades bancarias o de crédito, etc.

La respuesta a la pregunta del encabezamiento de este artículo, según la Sentencia comentada, es negativa. Y el razonamiento que lleva a la Sala a dicha respuesta es el siguiente:

“La simulación del clausulado de un contrato otorgado entre particulares, aunque estos puedan ostentar la condición de comerciantes y fijen una regla negocial de naturaleza mercantil, carece de eficacia más allá de la relación negocial entre aquellos y de potencialidad significativa para lesionar la seguridad del tráfico mercantil en un sentido colectivo.

Por ello, la simulación habida debe reputarse recaída sobre documento privado a los efectos típicos del artículo 395 CP, cuyo elemento subjetivo, la intención de causar perjuicio a tercero, concurre.”

Álvaro de la Rica Lizarraga

Graduado en derecho por la Universidad de Navarra, máster de acceso a la abogacía por la Universidad Autónoma de Madrid, es miembro de la división penal de Bufete Barrilero y Asociados.

a.rica@barrilero.es
LinkedIn

El Tribunal Supremo adopta una nueva postura sobre la impugnación de pactos parasociales firmados por todos los socios

La sentencia del Tribunal Supremo número 300/2022 de 7 de abril de 2022, es una de las muchas que se han venido dictando en los últimos años con ocasión del conflicto societario existente en el seno de una empresa, debido a los pactos parasociales ratificados entre sus socios. A pesar de ello, y como refleja el presente artículo doctrinal, el Tribunal cambia de patrón para abordar esta cuestión.

A priori, los pactos parasociales son acuerdos o contratos entre socios que se caracterizan por regular aspectos de la relación jurídica societaria al margen de los cauces previstos por la Ley y los Estatutos Sociales.

La jurisprudencia, define los pactos parasociales como aquellos convenios celebrados por todos o algunos de los socios de una sociedad mercantil con el objeto de *"regular, con la fuerza del vínculo obligatorio entre ellos, aspectos de la relación jurídica societaria sin utilizar los cauces específicamente previstos en la ley y los estatutos"*, acuerdos que se consideran válidos *"siempre que no superen los límites impuestos a la autonomía de la voluntad"* (sentencias 128/2009, de 6 de marzo, y 138/2009, de 6 de marzo). Se trata de un contrato asociativo (sentencia 296/2016, de 5 de mayo) distinto del contrato social, que no se integra en el ordenamiento de la persona jurídica, de forma que despliega sus efectos en el ámbito de las relaciones obligatorias de quienes lo celebran.

El art. 119 del Código de Comercio, dispone en su párrafo primero que toda compañía debe *"hacer constar su constitución, pactos y condiciones, en escritura pública que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil"* añade en el párrafo tercero que *"los socios no podrán hacer pactos reservados, sino que todos deberán constar en la escritura social"*. Al interpretar esta norma, la jurisprudencia admitió la validez y eficacia inter-partes (no frente a la sociedad) de esos pactos reservados (sentencias de 16 de febrero de 1901, 24 de febrero de 1902 y 8 de enero de 1910, entre otras).

Por contrapartida, el art. 6 de la Ley de Sociedad Anónimas de 17 de julio de 1951 estableció la nulidad de los pactos parasociales, al disponer que *"son nulos los pactos sociales que se mantengan reservados"*. Más recientemente, tras la reforma introducida por la Ley 19/1989, de 25 de julio, para la adaptación de la legislación mercantil a las Directivas comunitarias en materia de sociedades, el art. 7.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, admitió de nuevo la validez y eficacia inter-partes de los pactos parasociales, y delimitó negativamente el ámbito subjetivo de esa eficacia al precisar que no eran oponibles a la sociedad. Finalmente, esa misma norma fue la incorporada al vigente art. 29 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC): *"Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad"*.

La cuestión central que atañe este análisis hace referencia a los pactos suscritos por el 100% del capital social que compone una sociedad, denominados acuerdos omnilaterales. Así, la no integración de los pactos parasociales en el ordenamiento de la persona jurídica determina que queden privados de eficacia organizativa del contrato de sociedad. Esto significa entre otras cosas que no se propagan a los miembros de la persona jurídica, que no pueden hacerse valer ante terceros y que no pueden aprovecharse de los instrumentos de *enforcement* de la persona jurídica para sancionar su cumplimiento.

Hasta la sentencia objeto de estudio, la jurisprudencia había sido muy inconsistente con su regulación a la hora de considerar la oponibilidad de estos pactos a la sociedad tratándose de impugnación de acuerdos sociales. Así, una de las sentencias que mejor refleja este

hecho es la número 103/2016, de 25 de febrero, en la que el Tribunal Supremo se manifestó llegando a admitir la oponibilidad del pacto parasocial frente a la sociedad cuando el pacto ha sido adoptado por todos los socios que lo siguen siendo cuando se plantea el conflicto argumentando que *"...aunque la jurisprudencia de esta Sala, como se ha visto al resolver el motivo anterior, haya afirmado que los pactos parasociales no pueden servir como fundamento exclusivo de una impugnación de los acuerdos sociales adoptados en contradicción con tales pactos, cuando la situación es la inversa, esto es, cuando el acuerdo social ha dado cumplimiento al pacto parasocial, la intervención del socio en dicho pacto puede servir, junto con los demás datos concurrentes, como criterio para enjuiciar si la actuación del socio que impugna el acuerdo social respeta las exigencias de la buena fe. Y eso es lo que ha hecho la Audiencia en la sentencia recurrida"*.

Este año, sin embargo, el Tribunal aparentemente, adopta una posición firme en esta materia. Así, con la sentencia citada al inicio del artículo, se afirma que cuando se ha pretendido impugnar un acuerdo social, adoptado por la Junta de Socios o el Consejo de Administración, por la exclusiva razón de que es contrario a lo establecido en un pacto parasocial, esta Sala ha desestimado la impugnación. Para ello, El TS confirma su doctrina sobre la validez y eficacia de los pactos parasociales entre quienes los suscriben (invoca, entre otros, el art. 29 LSC), recordando que el fundamento de esta doctrina descansa en última instancia en el *"principio de relatividad de los contratos"* (arts. 1257 y 1091 CC) conforme al cual los contratos solo deben producir sus efectos entre quienes los han suscrito. Además, lo anterior no es contradictorio con que, en casos de impugnación de acuerdos sociales, el Tribunal haya tomado en consideración las limitaciones que imponen las exigencias de la buena fe y de la prohibición del abuso del derecho.

Con todo ello, el principio de relatividad de los contratos consagrado en nuestro Código Civil supone para el Tribunal una defensa en favor de la sociedad según la cual los pactos parasociales suscritos por todos los socios, los omnilaterales, no suponen *per se* que ésta vaya a ser ratificada por la persona jurídica de la sociedad. La sentencia, supone que, en futuros pronunciamientos sobre esta discutida cuestión, el Tribunal sea menos laxo en cuanto la oponibilidad de estos pactos a la sociedad.

Borja Núñez Castro

Grado en derecho por la Universidad Carlos III de Madrid, es miembro de la división mercantil de Bufete Barrilero y Asociados.

b.nunez@barrilero.es
LinkedIn

Daniel Jiménez Domínguez

Grado en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid, máster de acceso al ejercicio de la abogacía por la Universidad Francisco de Vitoria, es miembro de la división mercantil de Bufete Barrilero y Asociados.

d.jimenez@barrilero.es
LinkedIn

