

LOS NUEVOS DELITOS SOCIETARIOS EN EL CODIGO PENAL DE 1995¹

Bernardo del Rosal Blasco

Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Alicante

I. INTRODUCCIÓN²

Hasta la entrada en vigor del nuevo CP 1995, no estaba definido en el panorama de nuestro Derecho vigente un ámbito específico de intervención penal para responder a determinadas conductas merecedoras de san-

¹ La realización de este trabajo ha sido financiada a cargo del Proyecto de Investigación número PB94-0379 de la Dirección General de Investigación Científica y Técnica (DGICYT) que, bajo el título «Economía de las actividades delictivas y política criminal», ha sido concedido al Departamento de Economía de la Universidad Carlos III y cuyo investigador principal es el Prof. Dr. Santos Pastor Prieto.

² Abreviaturas utilizadas: *ADPCP* (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales); *AJA* (Actualidad Jurídica Aranzadi); *AktG* (Aktiengesetz. Ley alemana de Sociedades por Acciones); *AP* (Actualidad Penal); *BGH* (Bundesgerichtshof. Tribunal Supremo Federal alemán); *BICAM* (Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid); *BOE* (Boletín Oficial del Estado); *CC* (Código civil); *CEE* (Comunidad Económica Europea); *CCo* (Código de comercio); *CJ* (Cuadernos Jurídicos); *CP 1995* (Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal); *CP* (Código penal); *CPC* (Cuadernos de Política Criminal); *DJ* (Documentación Jurídica); *E&J* (Economist & Jurist); *GmbH* (Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Sociedad de responsabilidad limitada); *GmbHG* (Gesetz betreffend

ción penal realizadas, con violación de los deberes o abuso de los poderes legalmente establecidos, por quienes desempeñan funciones de relieve o tienen posiciones predominantes en el seno de las sociedades comerciales³. Por eso, no cabe duda de que una de las novedades más significativas del nuevo texto legal es la regulación de los denominados *delitos societarios*. Para la mayor parte de los autores⁴, ello colma una laguna, calificada

dir Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Ley alemana de Sociedades de Responsabilidad Limitada); *HGB* (Handelsgesetzbuch. Código alemán de Comercio); *LL* (La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía); *LO* (Ley orgánica); *LSA* (Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas); *LSRL* (Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada); *PANCP 1983* (Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código penal de 1983); §, §§ (párrafo, párrafos); *PJ* (Poder Judicial); *PLOCP* (Proyecto de Ley Orgánica de Código penal); *RdS* (Revista de Derecho de Sociedades); *RFDUCM* (Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid); *RICASV* (Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya); *RP* (Revista Penal); *StGB* (Strafgesetzbuch. Código penal, normalmente referido al CP alemán); *STS, SSTS* (sentencia, sentencias del Tribunal Supremo); *TS* (Tribunal Supremo).

³ Pues, en términos generales, éste es el ámbito clásico de intervención del Derecho penal en materia de sociedades comerciales o mercantiles, tal y como lo definen, por ejemplo, Iadecola, G. y Luongo, M.: *I reati societari*, Padova, 1995, pág. 1; en sentido similar, González Vizcaya, E.: «Los delitos societarios en el nuevo Código penal», en *AP*, núm. 10, 1997, pág. 229.

⁴ Del Rosal, J.: *Derecho penal de sociedades anónimas*, vol. I, Madrid, 1971, pág. 205; Oliva García, H.: «Sobre el llamado delito financiero. Notas a una sentencia del Tribunal Supremo», en *RFDUCM*, vol. XVI, núm. 43, 1972, págs. 7 y ss.; Rodríguez Mourullo, G.: «Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios», en *ADPCP*, III, 1984, pág. 682; Terradillos Basoco, J.: *Delitos societarios. El Derecho penal en las sociedades mercantiles a la luz de nuestra adhesión a la CEE*, Madrid, 1987, págs. 17-18; del mismo: «Delitos societarios», en *Derecho penal de la empresa*, Madrid, 1995, pág. 76; del mismo: «Los delitos societarios», en Del Rosal Blasco, B. (ed.): *Estudios sobre el nuevo Código penal de 1995*, Valencia, 1997, págs. 259 y ss.; Martínez-Pereda Rodríguez, J.M.: «Los delitos societarios en el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal», en *PJ*, núm. 28, 1992, pág. 173; del mismo: «Los delitos societarios», en *El nuevo Código penal y su aplicación a empresas y profesionales. Manual teórico-práctico*, Madrid, 1996, págs. 353-354; Serrano Butragueño, I.J.: «Los delitos societarios en el nuevo Código penal», en *AJA*, núm. 48, 9 de abril de 1992, págs. 1-2; Bajo Fernández, M.: «Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político-criminales», en VV.AA.: *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, págs. 63 y 69; Mata y Martín, R.M.:

de «inexplicable», de «particularmente lamentable» o, incluso, de «escandalosa», que no era posible satisfacer con las tipologías patrimoniales o falsarias tradicionales. Con ello, además, el legislador de 1995 ha seguido la orientación político-criminal marcada por sus predecesores, los «pre-legisladores» del PLOCP 1980 y del PLOCP 1992, que decidieron recoger en dichos textos un repertorio de delitos societarios por considerar insuficientes las tradicionales figuras patrimoniales de la estafa o de la apropiación indebida, o las figuras de las falsedades documentales mercantiles para combatir «las peculiares prácticas fraudulentas que pueden producirse en una sociedad mercantil, y ello porque la relación bilateral que en aquellos tipos comunes se aprecia con nitidez, no se presenta con la misma claridad en el ámbito societario, pues la relación jurídico-penal puede trazarse entre socios, entre administradores y terceros presentes o futuros, siendo incluso en ocasiones difícil fijar cuánto hay de perjuicio material y cuánto de deslealtad, ingrediente valorable penalmente, pero que no es propio de un clásico delito patrimonial»⁵. Y es que, en efecto, en este punto siguen siendo válidas las observaciones de Tiedemann en el sentido de que «son, sobre todo, aquellos que sólo rara vez se ocupan de cuestiones de economía los que se inclinarán fácilmente a considerar suficientes los tipos de delitos clásicos (...), considerando todas las dificultades prácticas en este ámbito como meros problemas probatorios. En cambio, quien observe atentamente el desarrollo de la vida y del derecho económico descu-

«Los delitos societarios en el Código penal de 1995», en *RdS*, núm. 5, julio-diciembre 1995, pág. 165; Moreno Canovés, A. y Ruíz Marco, F.: *Delitos socioeconómicos. Comentario a los arts. 262, 270 a 310 del nuevo Código penal (concordados y con jurisprudencia)*, Zaragoza, 1996, pág. 244; Faraldo Cabana, P.: *Los delitos societarios*, Valencia, 1996, págs. 29 y ss.; García de Enterría, J.: *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Madrid, 1996, págs. 18 y ss.; Martínez-Buján Pérez, C.: «Delitos societarios», en Vives Antón, T. y Manzanares Samaniego, J.L. (dir.): *Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte especial)*, Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 1996, págs. 471-472; Manzanares Samaniego, J.L.: «Los administradores y altos directivos en el nuevo Código penal», en *AP*, núm. 1, 1997, pág. 287; Ferré Olivé, J.C.: «Sujetos responsables en los delitos societarios», en *RP*, núm. 1, enero 1998, pág. 21; Martín Pallín, J.A.: «Arts. 290-297», en Serrano Butragueño, I. (coord.): *Código penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Granada, 1998, pág. 1389.

⁵ *Exposición de Motivos*, cit., pág. 16.

brirá que la creciente complejidad de aquélla ha dado lugar a una polifacética estratificación de intereses, cuya cobertura y evaluación apenas resultan factibles a través de los clásicos tipos de los delitos patrimoniales»⁶.

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DELITOS SOCIETARIOS

Dentro de los problemas generales que suscitan los nuevos delitos societarios en el CP 1995, una de las cuestiones más largamente debatidas por la doctrina penal comparada ha sido la de su naturaleza jurídica. Vaya por delante que hablar de la *naturaleza jurídica* de esta clase de infracciones es, en última instancia, hablar de cuáles sean los intereses jurídicos que tutelan, de modo que, en función de cómo se hayan definido éstos, los delitos societarios podrán considerarse como infracciones que tutelan bienes jurídicos de naturaleza individual, básicamente concretados (mediata o inmediatamente) en el patrimonio de la sociedad, en el de los socios o en el de terceros, o de naturaleza colectiva, designados a través del concepto de orden económico o socio-económico, aceptándose, incluso, por algunos autores su naturaleza mixta (patrimonial y socio-económica o falsaria y patrimonial)⁷.

⁶ Tiedemann, K.: «Consideración crítica de la Propuesta del Anteproyecto de Nuevo Código penal sobre los delitos económicos y concursales desde el Derecho comparado», en *RICASV*, núm. 21, noviembre-diciembre, 1984, pág. 49; en el mismo sentido, del mismo: *Poder económico...*, ob. cit., pág. 28.

⁷ Obviamente, el problema de la definición de la naturaleza socio-económica patrimonial de los delitos societarios viene previamente condicionada por la concepción (amplia o estricta) que se mantenga de lo que es o de lo que debe ser un delito socio-económico. Así, desde una concepción *amplia* del Derecho penal económico (delito socio-económico lo será aquél que, afectando a un bien jurídico patrimonial individual, lesiona o pone en peligro, en segundo término, la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios), tanto los delitos societarios como casi todos los contenidos en el título XIII del nuevo CP 1995, pueden ser interpretados como infracciones de naturaleza socio-económica. Sin embargo, si se acepta que el concepto de delito socio-económico puede cumplir alguna función como referente de una clase de infracciones que tutelan un delimitado y determinado bien jurídico (el orden socio-económico).

La posición del CP 1995 en esta cuestión es peculiar, porque aunque no ha renunciado a introducir, en el título XIII del libro II, el concepto de «delito contra el orden socio-económico», a diferencia de lo que en su momento hizo el «pre-legislador» del PLOCP 1980 o el de la PANCP 1983, sí que ha renunciado a pronunciarse de una forma expresa e inequívoca (por ejemplo, ubicándolos en un mismo y único título) sobre cuáles son los delitos que él considera de naturaleza socio-económica⁸, conformándose con agrupar indiferenciadamente en un mismo título, el XIII del libro II, los delitos de naturaleza patrimonial y los que atentan contra el orden socio-económico. Ello no sería particularmente reseñable si semejante clasificación no tuviera ninguna consecuencia, pero lo cierto es que, a determinados efectos, no es indiferente que la naturaleza que se les atribuya a los delitos societarios (o a los delitos contra el mercado y los consumidores, o a los delitos contra la propiedad industrial) sea de carácter patrimonial o socio-económica⁹. La única indicación que, en lo que al problema de la

mico) es preferible, por más preciso, manejar una concepción *estricta* del delito socio-económico, de modo que éste lo será aquél que lesione o ponga en peligro el orden económico entendido como regulación jurídica de la participación estatal en la economía de un país.

⁸ Según dos autores que tuvieron un protagonismo muy relevante en los trabajos parlamentarios del CP 1995, la forma en la que el legislador ha confeccionado el título XIII de dicho texto legal indica claramente la intención «de no tomar partido acerca de los bienes jurídicos que se protegen en todos los delitos aquí acogidos, donde pueden identificarse tanto lesiones de los conceptos patrimoniales clásicos (el patrimonio individual, lesionado por ejemplo, por los hurtos y los robos) como afectaciones a intereses colectivos de carácter supraindividual y referibles a un concepto más o menos difuso de orden socioeconómico (por ejemplo, el mercado y los intereses de los consumidores)» (López Garrido, D. y García Arán, M.: *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996, pág. 128); en sentido muy similar, García Arán, M.: «Consideraciones sobre los delitos societarios en el nuevo Código penal», en *E&J*, año V, núm. 17, enero-febrero 1996, págs. 105-106.

⁹ Me estoy refiriendo, fundamentalmente, a la aplicación de la agravante de reincidencia del núm. 8 del art. 22, aunque también a los efectos de la aplicación de la regla de determinación de la pena prevista en el art. 74, núm. 2 (delito continuado), es relevante la naturaleza (patrimonial o socio-económica) de delito. El nuevo CP 1995 exige, para poder aplicar dicha circunstancia agravante, que el delito por el que previamente haya sido ejecutoriamente condenado el culpable no sólo esté en el mismo título del Código sino, además, que sea de la *misma naturaleza*, lo que parece que remite al concepto de bien

naturaleza jurídica de los delitos societarios se refiere, se puede encontrar en el nuevo Código la constitución de la inclusión, en el capítulo X del título XIII, de unas «disposiciones comunes a los capítulos anteriores» en las que se exime de responsabilidad criminal a determinados parientes «por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí» (art. 268). Ello podría dar lugar a entender que los delitos de «los capítulos anteriores» al capítulo X, a cuyos autores se les puede aplicar, en su caso, la excusa absolutoria del art. 268, son para el legislador penal delitos patrimoniales, mientras que los comprendidos en los siguientes capítulos del título, a los que no abarcaría la excusa, son considerados de naturaleza socio-económica. El argumento carece, no obstante, de suficiente entidad. Por una parte, porque no da explicación alguna sobre la que, en el fondo, es la cuestión más importante; a saber: sobre qué base sustantiva el legislador de 1995 ha considerado los delitos recogidos en los capítulos precedentes al capítulo X como patrimoniales y los regulados en los capítulos posteriores como socio-económicos. Pero es que, por otra parte, aceptar tal razonamiento sería ir mucho más allá de lo que cabalmente es admisible deducir del texto del art. 268. Porque, a lo sumo, lo que de dicho texto se podría extraer es que para el legislador de 1995 los delitos de los capítulos anteriores al capítulo X del título XIII son de naturaleza patrimonial, pero ello no prejuzga la naturaleza de los delitos recogidos en los capítulos posteriores, que podrá ser patrimonial o socio-económica. En resumen que lo único incuestionablemente claro que se extrae del contenido del art. 268, con respecto a los delitos comprendidos en los arts. 270 y siguientes del CP 1995, es que el legislador no ha querido extenderles a ellos la posibilidad de aplicación de la excusa absolutoria¹⁰.

jurídico, de modo que una infracción compartirá naturaleza con otra cuando afecten ambas al mismo bien jurídico. Así las cosas, al condenado por un delito societario se le podrá aplicar la agravante de reincidencia, por haber sido antes condenado ejecutoriamente por un delito de estafa o de apropiación indebida, cuando entendamos que el delito societario comparte naturaleza (patrimonial) con la estafa o con la apropiación indebida. Semejante disyuntiva obliga, necesariamente, a reflexionar sobre cuál es, desde el punto de vista del CP 1995, la naturaleza de los delitos societarios.

¹⁰ De hecho, la naturaleza de alguno de los delitos recogidos antes del art. 268, como es el caso del delito de presentación de datos falsos relativos al estado contable en el procedimiento de quiebra (art. 261), que está configurado como un típico delito de peli-

Por tanto, para definir la naturaleza jurídica de los delitos societarios en el CP 1995 hay que acudir a argumentos materiales que tengan que ver, directamente, con el bien jurídico que a través de ellos se ha pretendido tutelar. Desde dicho punto de vista, y por lo que se deduce de las diferentes estructuras típicas, el legislador del CP 1995 parece haber querido seguir el criterio de su antecesor, el «pre-legislador» del PLOCP 1992, que se orientó hacia una configuración *intermedia* de los delitos societarios, diseñándolos como tipos de naturaleza mixta, patrimonial y socio-económica, protectores de lo que se ha venido en llamar *bienes jurídicos intermedios*¹¹, que se ubican entre los intereses del Estado y los intereses de un

gro abstracto, se aproxima más a la de un delito socio-económico que a la de un delito patrimonial. En el mismo sentido, respecto del tipo gemelo del artículo 268 del PLOCP 1992, Tiedemann, K.: «El futuro...», en *ob. cit.*, pág. 242. Por lo demás, no se puede negar que existen argumentos para asemejar la naturaleza jurídica de las insolvencias punibles (recogidas antes del art. 268) a la de los delitos societarios (o viceversa) [en ese sentido, Pedrazzi, C.: «El bien jurídico en los delitos económicos», traducción de A.A. Richart Rodríguez, en Barbero Santos, M. (ed.): *Los delitos socio-económicos*, Madrid, 1985, pág. 296].

¹¹ Tiedemann, K.: *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, Tübingen, 1969, págs. 119 y ss.; del mismo: «El Derecho penal económico...», en *ob. cit.*, pág. 35. En realidad, la fragilidad (y, a mi entender, escasa utilidad dogmática) del concepto de bien jurídico intermedio ha quedado en evidencia en el reciente e interesante estudio de Mata y Martín, porque, como él muy bien pone de manifiesto, tal denominación no persigue señalar una clase independiente y con sustantividad propia de bienes jurídicos, sino «la referencia a un grupo de hechos punibles en los que para su constitución se emplea una particular técnica legal» (*Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada, 1997, pág. 72). Es más, ni siquiera existe un acuerdo doctrinal a la hora de definir qué se entiende, exactamente, por bienes jurídicos intermedios y cuando, como ha hecho Mata y Martín, tras un detenido estudio se tratan de sugerir sus líneas conceptuales fundamentales, todo lo más que se puede decir es que son «aquellos intereses colectivos tutelados penalmente de forma conjunta con bienes particulares, siendo ambos de carácter homogéneo o estando situados en una misma línea de ataque» (*ibidem*, pág. 70), de forma que su propio concepto no es más que el producto de la suma de dos factores, un bien colectivo y un bien individual, protegidos cada uno de ellos, según los casos, con más o menos intensidad o con más o menos inmediatez. Una valoración crítica del concepto de *bien jurídico intermedio* en el ámbito de los delitos socio-económicos en Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal...*, *ob. cit.*, págs. 100 y ss.

agente económico individual así como de los consumidores¹². De modo que, a través de los delitos societarios no sólo se pretenderían tutelar los intereses patrimoniales de la sociedad, de los socios, de los acreedores o de los terceros, sino, igualmente, el interés del Estado y de los consumidores a una información adecuada sobre las circunstancias económicas de las sociedades mercantiles de capital y a un funcionamiento correcto y leal de las mismas y de sus órganos¹³. Lo que ocurre es que si ese ha sido, en verdad, el empeño del legislador de 1995, para lograrlo se ha conducido de forma muy confusa. Por una parte, porque no se ha querido renunciar completamente a las estructuras de peligro abstracto que, como se ha señalado en ocasiones¹⁴, son casi inevitables en la configuración de los delitos contra el orden socio-económico¹⁵. Pero, salvo en el caso del art. 294, tampoco

¹² Véase, en tal sentido, la Exposición de Motivos del PLOCP 1992; véase, igualmente, López Garrido/García Arán: *El Código penal...*, págs 128-130. El mismo criterio lo reafirma García Arán, M.: *E&J*, pág. 105, para quien «probablemente el legislador se ha sentido incapaz de deslindar claramente dónde termina la agresión al patrimonio individual y dónde empieza la del orden socioeconómico y, también probablemente, esa frontera no esté siempre perfectamente clara».

¹³ Tiedemann, K.: «El Derecho penal económico...», en *ob. cit.*, pág. 35. En sentido similar, Rodríguez Ramos, L.: «Los nuevos delitos pseudosocietarios», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 1, 3ª época, abril-mayo 1996, pág. 78; González Rus, J.J., en Carmona Salgado y otros: *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, I, Madrid, 1996, pág. 828; Conde-Pumpido Ferreiro, C., en Conde-Pumpido Ferreiro, C. (dir.): *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, tomo II: «Artículos 138 a 385», Madrid, 1997, pág. 3.000; Núñez Castaño, E.: *La estafa de crédito*, Valencia, 1998, págs. 308-309 y 317 y ss.

¹⁴ Tiedemann, K.: *Wirtschaftsstrafrecht...*, *ob. cit.*, págs. 81 y ss.; Otto, H.: «Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz)», en *ZStW*, vol. 96, 1984, págs. 362 y ss.; Terradillos Basoco, J.: *Delitos societarios...*, *ob. cit.*, págs. 53 y ss.; García Arán, M.: *E&J*, pág. 106.

¹⁵ Como ha señalado, Schünemann, si se proyecta la misión del Derecho penal de garantizar la protección de bienes jurídicos sobre la variación de las relaciones de intercambio social (pues los contextos de acción individuales se han sustituido por contextos de acción colectivos, reemplazándose el contacto interpersonal por una forma de comportamiento anónima y estandarizada) «y se busca en cada caso aquel punto en el que ha de apoyarse la palanca preventiva de las normas jurídico-penales, el tránsito desde el delito de resultado clásico hacia el moderno delito de peligro abstracto prácticamente deriva de la naturaleza de las cosas (...)» (*Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la Ciencia jurídico-penal alemana*, trad. De M. Cancio Meliá, Bogotá, 1996, pág. 31).

se han dejado de introducir en los tipos elementos que son característicamente genuinos de los delitos patrimoniales¹⁶, pues en casi todas las figuras delictivas se exige como elemento integrante de la estructura típica (o, al menos, como referencia determinante de la misma) el perjuicio patrimonial a los socios, a la sociedad o a terceros. Con lo cual, como ya había advertido Tiedemann respecto a la PANCP 1983, el peligro abstracto termina por aparecer referido más a los intereses patrimoniales individuales que a los colectivos¹⁷. Además, por un lado, en el núm. 1 del art. 296 se introduce una condición de perseguibilidad más propia de un delito que atente contra estrictos intereses individuales (delito patrimonial) que de uno que atente contra intereses colectivos (delitos contra el orden socio-económico), pero, por otro, en el núm. 2 del propio art. 296, se establece la posibilidad de una persecución de oficio «cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas», lo que implica reconocer que estas figuras también pueden lesionar, ocasionalmente, intereses relacionados directamente con un orden económico supra-individual¹⁸. El resultado final de todo ello, en lo que se refiere al componente socio-económico, es que la naturaleza jurídica de los tipos queda desdibujada, porque terminan por prevalecer los elementos patrimoniales sobre los socio-económicos¹⁹. Es cierto, como matiza González Rus²⁰, que

¹⁶ Con referencia a los tipos «socio-económicos» de la PANCP 1983 y del PLOCP 1992, Tiedemann, en su momento, criticó severamente el que los redactores de ambos textos se hubiesen dejado influir tan profundamente por las críticas surgidas en las doctrinas alemana y española a las estructuras de peligro abstracto, habiendo ido demasiado lejos en su rechazo. El resultado de ello es la confección de tipos impracticables porque su función ya viene desempeñada, sin ningún problema, por otras tipologías tradicionales (Tiedemann, K.: «Consideración crítica...», en *ob. cit.*, págs. 55-56; del mismo: «El futuro...», en *ob. cit.*, págs. 242-243).

¹⁷ Tiedemann, K.: «Consideración crítica...», en *ob. cit.*, pág. 55.

¹⁸ Acepta, igualmente, esa naturaleza mixta o intermedia para los delitos societarios, Rodríguez Ramos, L.: *BICAM*, págs. 71 y ss.

¹⁹ Con lo cual, como ya vimos *supra*, acaba siendo inevitable el que se produzcan determinadas duplicidades típicas con las figuras patrimoniales tradicionales.

²⁰ «Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código penal de 1992», en VV.AA.: *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, pág. 168.

la asignación a un determinado delito de una naturaleza patrimonial o socio-económica no puede interpretarse en el sentido de que aquéllas afecten exclusivamente a bienes personales mientras que éstas afecten a intereses generales, pues lo que se resalta con tal distinción es «el aspecto lesivo dominante de los correspondientes tipos delictivos, en los que predomina una acepción u otra en términos lo suficientemente claros como para identificar el propósito político-criminal último al que responden». Lo que ocurre es que si se quiere que el concepto de bien jurídico desempeñe las funciones (exégetica y de garantía) que le corresponden, el problema de su definición excede de ser una mera cuestión de averiguar el propósito político-criminal al que responde cada una de las infracciones. Sobre todo porque el legislador ha querido atribuirle consecuencias técnicas a la asignación de una u otra naturaleza, lo cual obliga a ser precisos en la definición de cuál sea el objeto de protección *predominante*.

Así las cosas, y sin pretender tampoco anticipar el debate sobre cuál sea el concreto bien jurídico protegido en cada uno de los particulares tipos, me inclino a pensar que *tal y como están configurados* en el CP 1995 los delitos societarios, su naturaleza [*predominante*²¹] es la patrimonial, con la salvedad del art. 294, que sí entiendo es un genuino delito socio-económico²². Como he señalado, semejante conclusión resulta casi inevitable por la presencia, en la mayoría de los tipos de los delitos societarios,

²¹ *Predominante*, no sólo porque dominen los aspectos patrimoniales frente a los socio-económicos, sino porque aunque en algunos tipos aparezcan protegidos, en un primer plano, intereses distintos de los patrimoniales (por ejemplo, el interés del accionista a una información completa y veraz sobre la situación jurídica económica de la sociedad, o el interés a que se le respeten sus derechos de participación, etc.), éstos se suelen tutelar, en última instancia, como medio para proteger el patrimonio de la sociedad, de los socios o de terceros. Entiendo por patrimonio, a estos efectos, «la suma de relaciones jurídico-patrimoniales susceptibles de valoración económica» (véase, Valle Muñoz, J.M.: *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil*, 2ª reimpresión, Barcelona, 1992, pág. 83).

²² En el mismo sentido, con una minuciosa argumentación, Faraldo Cabana, P.: *Los delitos...*, págs. 48 y ss. y, especialmente, 63-64. Las razones por las que para nosotros el delito del art. 294 es un delito de naturaleza socio-económica las exponemos *infra*, al analizar el bien jurídico protegido en el apartado correspondiente al estudio de dicho delito.

de elementos característicamente patrimoniales en su configuración, lo que impide que éstos puedan ser concebidos como tipos protectores del correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles o, si se prefiere, como tipos protectores de la sociedad mercantil *como institución*; es decir, como tipos que lo que pretenden es tutelar a la generalidad de los consumidores, a los presentes y futuros acreedores de la sociedad o a los posibles futuros socios, frente a los engaños provenientes de unos gestores de sociedades mercantiles que actúan, no egoístamente en su propio interés, sino en defensa del interés económico de la propia sociedad comercial²³. Téngase en cuenta que, conforme advertía la Exposición de Motivos del PLOCP 1992 –cuyas líneas político-criminales parecen haber sido fielmente seguidas por el legislador del CP 1995– los delitos societarios «no son, en manera alguna, una protección ‘frente’ a las sociedades mercantiles, sino una tutela de éstas o de sus miembros, socios o accionistas, frente a lo que puedan hacer algunos de ellos»; lo que es tanto como decir que son unos mecanismos de tutela de intereses patrimoniales muy concretos, entre ellos, los de la propia sociedad comercial²⁴.

IV. ELEMENTOS COMUNES A LOS DIFERENTES TIPOS

El legislador del CP 1995 ha tipificado, en el capítulo de los delitos societarios, un repertorio de conductas de características muy dispares que, no obstante, comparten determinados elementos. Así, los distintos comportamientos típicos tienen como sujeto activo al *administrador de hecho*

²³ Así, por ejemplo, Tiedemann, K.: *Kommentar zum GmbH-Strafrecht (§§ 82-85 GmbHG und ergänzende Vorschriften)*, 3. Auflage, Sonderausgabe aus Schloz, *Kommentar zum GmbH-Gesetz*, 8. Auflage, Köln, 1995, págs. 68 a 70 y págs. 37, marginal 33, y 81, marginal 40.

²⁴ Esta misma posición es sustentada por Faraldo Cabana, P.: *Los delitos...*, ob. cit., págs. 63-64. En sentido similar, también, González Cussac, J.L., en Vives Antón, T.S. y otros: *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., revisada y actualizada conforme al CP de 1995, Valencia, 1996, pág. 494.

o de derecho o a *los socios*²⁵ debiéndose haber realizado, en todos los supuestos, en el ámbito de una *sociedad constituida o en formación*. A los efectos de la interpretación y aplicación de las diferentes figuras de delito contenidas en el capítulo XIII del título XIII del libro II, el concepto de «socio» no ofrece mayores problemas, toda vez que el Derecho penal puede asumir íntegramente el significado que el mismo tiene en el ámbito normativo del Derecho mercantil²⁶. Sin embargo, los conceptos de «administrador de derecho» y de «administrador de hecho» y no digamos ya los conceptos de «sociedad constituida» y «sociedad en formación» sí que ofrecen mayores dificultades interpretativas porque, como trataré de demostrar en las siguientes líneas, en estos casos el significado que tales términos tienen en el ámbito del Derecho mercantil no se puede importar directamente por el Derecho penal, al menos si es que se quieren evitar disfunciones y lagunas de punición. En las siguientes páginas me voy a ocupar, por tanto, de estos elementos comunes a las diversas figuras de los delitos societarios.

1. Los conceptos penales de administrador de derecho y de administrador de hecho

En los tipos del los arts. 290, 293, 294 y 295, sujeto activo del delito lo debe (art. 290, 293 y 294) o lo puede ser (art. 295) el administrador o los administrados, *de hecho o de derecho*, de una sociedad constituida o en formación.

²⁵ El art. 31 del CP 1995 utiliza una terminología similar al regular los supuestos del actuar en nombre de otro («el que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica...»), si bien, como ha señalado Nieto Martín, «este precepto se refiere a los administradores de hecho de una persona jurídica, en aquellos delitos especiales en los que la característica especial de autoría recae sobre la sociedad» (*El delito de administración fraudulenta*, Barcelona, 1996, pág. 269). Por tanto, no se puede perder de perspectiva que los problemas de autoría que pretende solucionar el art. 31 son muy diferentes de los que se deben de solucionar en los arts. 290 y siguientes del CP 1995, sin que sea trasladable aquél a éstos (en el mismo sentido, Gómez Benítez, J.M.: «Administradores de hecho y de derecho en el nuevo Código penal», en *El nuevo Código penal. Delitos societarios e insolvencias punibles*, Madrid, 1996, págs. 144-145).

²⁶ «Socio» es el titular de las acciones, participaciones o aportaciones en las que está dividido el capital social (véase, por ejemplo, el art. 48.1 de la LSA).

Desde hacía muchos años, se había advertido por la doctrina penal que «evidentes razones de política criminal aconsejan no dejar al margen de los delitos societarios a los *administradores de hecho*», ya que, «en caso contrario se favorecería a quienes por desidia no se hubiesen preocupado de regularizar la sociedad o la designación de administradores y –lo que es peor todavía– a quienes dolosamente hubiesen creado la situación irregular para sustraerse del ámbito de los delitos societarios»²⁷. En efecto, la ausencia de una fórmula de las características de la ahora introducida en nuestro nuevo CP 1995, al referirse a los administradores como posibles sujetos activos del delito hubiera podido generar problemas de impunidad o problemas de legalidad, si es que se hubiese tenido que forzar el texto de la ley para impedir dichas lagunas de punibilidad. Por eso, es un acierto del legislador del 1995, el que el Código haya incluido la referencia a los administradores de hecho²⁸.

Dicho ello, y puestos ahora a concretar los conceptos de administrador de derecho y de administrador de hecho, hay que advertir que, a estos efectos, los conceptos mercantiles no se pueden asumir sin más²⁹. En el repertorio de los delitos societarios que se contienen en el nuevo CP 1995 están descritas una serie de conductas de los administradores que trascienden al ámbito estrictamente interno de las relaciones del administrador con los socios o con los órganos de la sociedad; conductas que, en condiciones no delictivas, implicarían la perfección de negocios jurídicos de los que se derivarían vínculos contractuales obligatorios de la sociedad para con terceras personas. Por tanto, para la celebración (jurídicamente eficaz) de

²⁷ Rodríguez Mourullo, G.: *ADPCP*, pág. 688. Subrayado en el original. En el mismo sentido, Muñoz Conde, F.: *Derecho penal. Parte especial*, 11 ed., revisada y puesta al día conforme al CP de 1995, Valencia, 1996, pág. 456.

²⁸ En el mismo sentido, Faraldo Cabana, P.: *Los delitos...*, ob. cit., pág. 137; Nieto Martín, A.: *El delito...*, ob. cit., págs. 268, *in fine*, y 269; Rodríguez Montañés, T.: *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, Madrid, 1997, pág. 113; Gómez Benítez, J.M.: «Administradores...», en *ob. cit.*, pág. 147.

²⁹ En el mismo sentido, Terradillos Basoco, J.: *Estudios...*, ob. cit., pág. 267; Faraldo Cabana, P.: *Los delitos...*, ob. cit., pág. 147; Nieto Martín, A.: *El delito...*, ob. cit., págs. 267; Rodríguez Montañés, T.: *La responsabilidad...*, ob. cit., pág. 115; Valle Muñiz, J.M.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 1307; Mata y Martín, R.M.: *RdS*, pág. 168.

tales actos, el administrador debe de tener válidamente cumplimentadas todas las condiciones de su nombramiento. En otras palabras, la realización de tales conductas, con eficacia constitutiva, exige un administrador «de derecho», es decir, que tenga su nombramiento completamente perfeccionado. Por ello, a los efectos de interpretación de los respectivos tipos, el concepto de *administradores de derecho* ha de interpretarse estrictamente, comprendiéndose dentro de él a todos aquellos que tuvieran formalmente aceptado, inscrito y publicado su nombramiento³⁰.

A partir de ese concepto de administrador de derecho se debe ahora fijar el concepto de administrador de hecho. En este sentido, se puede afirmar, en primer término, que podrán tener la consideración de *administra-*

³⁰ Partidarios, también, de esta interpretación estricta, García de Enterría, J.: *Los delitos...*, ob. cit., pág. 45; Rodríguez Montañés, T.: *La responsabilidad...*, ob. cit., págs. 114-115; Suárez González, C., en Rodríguez Mourullo, G. (dir.) y Jorge Barreiro, A. (coord.): *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1997, pág. 835. El administrador judicial debe ser considerado, por tanto, administrador de derecho a efectos penales (así, Faraldo Cabana, P.: *Los delitos...*, ob. cit., pág. 135). Problema diferente es, sin embargo, el de los liquidadores; para algunos autores éstos no pueden ser considerados ni administradores de derecho ni de hecho de la sociedad (así, Faraldo Cabana, P.: *Los delitos...*, ob. cit., págs. 134-135; García de Enterría, J.: *Los delitos...*, ob. cit., págs. 50-51), mientras que para otros no existe inconveniente en incluirlos dentro de la categoría de administradores de hecho (Sánchez Álvarez, M.M.: *Los delitos...*, ob. cit., págs. 63, *in fine*, y 64) o, incluso, de administradores de derecho (Conde-Pumpido Ferreiro, C.: *Código...*, ob. cit., pág. 3.008). En mi opinión, el legislador penal de 1995 ha provocado una «laguna punitiva» muy inconveniente al no haber regulado expresamente la responsabilidad criminal de los liquidadores de una sociedad por conductas asimiladas o asimilables a las de los delitos societarios de los arts. 290 y siguientes, y lo cierto es que es una laguna insalvable, salvo que se pueda «llenar» mediante el recurso a las tipologías falsarias o patrimoniales tradicionales (así, Faraldo Cabana, P.: *Los delitos...*, ob. cit., pág. 135), porque, como con razón ha afirmado García de Enterría (*Los delitos...*, ob. cit., págs. 50, *in fine*, y 51), «los liquidadores constituyen un órgano social específico dotado de una esfera propia de competencias y jurídicamente diferenciado del órgano de administración, por mucho que se sucedan en un plano temporal». Por lo tanto, entiendo que ni siquiera es posible, en el caso de los liquidadores, hablar de que realizan, *de facto*, funciones de administración de la sociedad porque lo que realizan son, *de iure*, funciones de liquidación. Extender a los liquidadores la consideración de administradores de hecho sería, por lo tanto, recurrir a la analogía *in malam partem* para suplir una laguna legal que nunca debería haberse producido, pero cuya satisfacción, por exigencias del principio de legalidad, requeriría una mención legal expresa.

dores de hecho todos aquellos que, *de facto*, ejerzan las funciones propias del cargo o realicen los actos materiales inherentes al desempeño del mismo que están descritos en cada uno de los respectivos tipos³¹, *habiendo sido designados como tales por la sociedad* pero sin tener debidamente perfeccionado o formalizado su nombramiento, conforme a lo dispuesto en las disposiciones legales³², ya sea por estar éste afecto a alguna causa de nulidad, ya por no haber sido inscrito, ya por estar caducado³³. Hasta aquí

³¹ Tiene razón Gómez Benítez («Administradores...», en *ob. cit.*, pág. 146) cuando indica que «una correcta técnica legislativa debe de ser capaz de diferenciar los sujetos activos idóneos de cada una de las conductas típicas» incluidas en el repertorio de delitos societarios porque bajo la denominación «administrador de hecho» se pueden incluir, a la vista de los diferentes tipos, situaciones muy heterogéneas. Ahora bien, ello no tiene por qué implicar un rechazo a la posibilidad de formular un concepto *general* de administrador de hecho válido para todos los tipos, como sugiere este mismo autor (*ibidem*, pág. 146), siempre y cuando se tome la precaución de tener en cuenta todas esas situaciones heterogéneas para poder integrar, en dicho concepto general, todas esas particularidades.

³² Por ejemplo, los arts. 125 de la LSA; 58 y siguientes de la LSRL; 94, 138, 141 y 142 del RRM.

³³ En sentido similar, Faraldo Cabana, P.: *Los delitos...*, *ob. cit.*, págs. 140 y ss. El caso de los administradores con mandato caducado es, quizás, el más discutible y, de hecho, en la anterior ocasión que dediqué mi atención a los delitos societarios los incluí, aunque con ciertas reservas, dentro de la categoría de administradores de derecho [véase, Del Rosal Blasco, B., en Vives Antón (coord.): *Comentarios...*, tomo I, *ob. cit.*, pág. 1416]. Me estoy refiriendo, obviamente, al caso de aquellos que, *de facto*, han ejercido funciones o realizado los actos propios del desempeño del cargo de administrador aún después de haber sido cesados, bien por expiración del término del mandato sin que se hubiera celebrado Junta que ratificara su nombramiento (por ej.: arts. 126 LSA; 60 LSRL), bien por revocación de la Junta general (arts. 131 LSA; 68 LSRL), pero sin haberse formalizado aún dicho cese. No deja de ser cierto que si el cese requiere su inscripción en el Registro Mercantil y su publicación en el *Boletín Oficial del Registro* para que surta efectos frente a terceros (Broseta Pont, M.: *Manual...*, *ob. cit.*, pág. 304; Uría, R.: *Derecho mercantil...*, *ob. cit.*, pág. 324), formalmente seguirán siendo *administradores de derecho* hasta ese momento. Pero puesto que su nombramiento ha caducado, es posible que sea más razonable considerarlos *administradores de hecho* (así parece opinar, también, la doctrina mayoritaria; véase, Faraldo Cabana, P.: *Los delitos...*, *ob. cit.*, pág. 145; Nieto Martín, A.: *El delito...*, *ob. cit.*, págs. 270-271; Rodríguez Montañés, T.: *La responsabilidad...*, *ob. cit.*, pág. 115; García de Enterría, J.: *Los delitos...*, *ob. cit.*, pág. 46; Suárez González, C.: *Comentarios...*, pág. 835). Lo que sí es cierto es que, en cualquier caso, tendrán la consideración penal de sujetos activos del delito, ora sean considerados incluibles dentro de una u otra categoría.

el concepto no ofrece grandes dificultades, porque en todos estos casos existe una situación de administración de hecho razonablemente asimilable a la de administración de derecho. El problema es si se debe de ir más allá, configurando también como administradores de hecho a todos aquellos que ejerzan los poderes y las facultades típicas del administrador de derecho, con el nombramiento o, al menos, la aceptación tácita de la sociedad³⁴ o, por el contrario, se debe de exigir la existencia de los presupuestos mínimos para integrar la calificación de administrador de derecho en el plano mercantil³⁵. Entiendo, con otros autores³⁶, que la solución preferible es la primera de las anteriores y, por tanto, que el concepto de administrador de hecho debe sustentarse sobre bases materiales que tengan que ver con el bien jurídico protegido y la capacidad del sujeto activo de lesionar dicho bien jurídico. Se trata, como ha señalado en nuestra doctrina Faraldo Cabana³⁷, aceptando el criterio expuesto por la doctrina italiana y la jurisprudencia alemana, «de vincular la condición de sujeto activo a la disponibilidad de los poderes o facultades que permiten la ofensa al bien jurídico protegido» o, como indicó en su momento Gracia Martín³⁸ utilizando una

³⁴ El *mínimo* del nombramiento o, al menos, el de la aceptación tácita de la sociedad hay que exigirlo porque, como ha señalado Fernández de la Gándara («El régimen de responsabilidad de los administradores en la Ley de sociedades anónimas: supuestos, principios y problemas», en *BICAM*, núm. 5, 3 época, junio 1997, pág. 48), la posibilidad de que exista un administrador de hecho «puro», es decir, no habilitado por nombramiento alguno, es altamente improbable, puesto que desde el momento de la constitución de la sociedad los fundadores deben nombrar los primeros administradores, con lo que la cadena de los mismos nunca se interrumpe.

³⁵ Faraldo Cabana, P.: *Los delitos...*, ob. cit., pág. 146; Nieto Martín, A.: *El delito...*, ob. cit., pág. 270.

³⁶ En el mismo sentido, Terradillos Basoco, J.: *Estudios...*, ob. cit., pág. 266; Faraldo Cabana, P.: *Los delitos...*, ob. cit., págs. 147-148; Rodríguez Montañés, T.: *La responsabilidad...*, ob. cit., págs. 115-116; Valle Muñiz, J.M.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 1307; Mata y Martín, R.M.: *RdS*, pág. 169; Martínez-Buján Pérez, C.: *Estudios...*, ob. cit., pág. 473; Conde-Pumpido Ferreiro, C.: *Código...*, ob. cit., págs. 3005 y ss.; Núñez Castaño, E.: *La estafa...*, ob. cit., págs. 368 y ss.

³⁷ Faraldo Cabana, P.: *Los delitos...*, ob. cit., pág. 147.

³⁸ Gracia Martín, L.: *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, II: «Estudio específico del art. 15 bis del Código penal español (doctrina, legislación y jurisprudencia)», Zaragoza, 1986, pág. 98.

terminología distinta, se trata de que la condición de sujeto activo la defina el «dominio sobre la vulnerabilidad jurídico-penalmente relevante del bien jurídico», lo que implica considerar que, en este tipo de delitos especiales, la característica constitutiva es «el dominio que los sujetos activos ejercen sobre la concreta estructura social en la que el bien jurídico se halla necesitado de protección y el Derecho penal, a través de semejantes tipos, protege». No obstante, una solución de las características de la propugnada ha sido criticada en el ámbito de la doctrina mercantil³⁹ porque puede pugnar con los postulados de precisión y taxatividad a los que ha de ajustarse la descripción de cualquier tipo penal. Sin embargo, tal crítica no es, en mi opinión, definitiva, porque los términos del CP dan cabida, perfectamente, a una solución material desde el momento en que se reconoce que puede haber situaciones de administración *de hecho*, no formalizadas jurídicamente⁴⁰. Así y todo, la extensión del concepto de administrador de hecho no puede llegar tan lejos como para incluir en él a los apoderados⁴¹, porque

³⁹ Así, García de Enterría, J.: *Los delitos...*, op. cit., págs. 48 y ss.; en el mismo sentido, González Vizcaya, E.: *AP*, pág. 233.

⁴⁰ En sentido similar, Faraldo Cabana, P.: *Los delitos...*, ob. cit., pág. 149. No obstante, entiendo que no es posible afirmar, sin más, que *administradores de hecho* son quienes ostentan «el poder de la sociedad», esto es, quienes *de facto* ejercen el control de la sociedad» (así, por ejemplo, Sánchez Álvarez, M.: *Los delitos...*, ob. cit., pág. 58; parecen compartir este criterio, Manzanares Samaniego, J.L.: *AP*, págs. 289-290; Ferré Olivé, J.C.: *RP*, pág. 24; Martín Pallín, J.A.: *Código penal...*, ob. cit., págs. 1392-1393), sin ninguna matización ulterior que conecte al sujeto con la realización de la conducta típica y, por lo tanto, con su capacidad de lesionar o poner en peligro el bien jurídico. Porque la inclusión de la referencia al administrador de hecho en los diversos tipos no puede ser una excepción a las reglas generales de la autoría y de la participación, de modo que si existe un administrador de derecho que actúa por indicación o por instigación de quien o quienes ostentan el *poder real* de la sociedad o ejercen su control, habrá que acudir a las reglas generales de la autoría y de la participación, de modo que el administrador de derecho será autor y los otros inductores. Matiza correctamente estas situaciones Gómez Benítez («Administradores...», en *ob. cit.*, pág. 147), quien señala que sólo se podrá hablar de autoría mediata en aquellos casos en los que, actuándose a través de fiduciarios, testaferreros, personas interpuestas o sociedades instrumentales, con un administrador de derecho que hace las veces de instrumento, éste actúa por error, generalmente invencible.

⁴¹ En sentido contrario me manifesté, ahora creo que erróneamente, en una ocasión anterior; así, véase Del Rosal Blasco, B., en Vives Antón (coord.): *Comentarios...*, tomo I, ob. cit., pág. 1416.

aunque por acuerdo de la Junta general o a través del apoderamiento que les confiere el Consejo de administración, pueden actuar en nombre y por cuenta de la sociedad en las operaciones de su giro o tráfico⁴², lo cierto es que ni su relación con la sociedad es orgánica⁴³, por mucho que se les pueda exigir, como a los administradores, el cumplimiento de determinados deberes de diligencia y lealtad⁴⁴, ni tampoco tienen atribuidas (tácitañe explícitamente) tareas orgánicas, por mucho que, por virtud del apoderamiento, puedan ejercer o ejerzan algunos de los poderes o de las facultades propias de los administradores. Hay que tener presente que un *administrador*, lo sea de derecho o lo sea de hecho, es quien ejerce funciones de representación de la sociedad pero, también, quien tiene encomendado su *gobierno*; en este sentido, la asimilación de los apoderados a los administradores de la sociedad, aunque fuera a los administradores *de hecho*, sería forzar el sentido del concepto de administrador más allá de lo que permiten las exigencias dimanantes del principio de legalidad, dado que su posición no cumple con los requisitos mínimos y elementales para poder atribuir a sus funciones las propias de un administrador (aunque sea de hecho)⁴⁵.

⁴² Uría, R.: *Derecho mercantil...*, ob. cit., pág. 332.

⁴³ Sánchez Calero, F.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 502; Polo, E.: «Los administradores...», en *ob. cit.*, pág. 489.

⁴⁴ Llebot Majó, J.O.: *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Madrid, 1996, págs. 88 y ss.

⁴⁵ Aceptan que los apoderados generales, delegados, gerentes o directores generales sean considerados, a efectos penales, administradores de hecho, Rodríguez Montañés, T.: *La responsabilidad...*, ob. cit., págs. 117-118; Manzanares Samaniego, J.L.: *AP*, pág. 290; Martín Pallín, J.A.: *Código penal...*, ob. cit., pág. 1.392; Núñez Castaño, E.: *La estafa...*, pág. 370. Igualmente, admite que, en determinados casos, «se considere como administradores de hecho a los altos directivos de una sociedad, vinculados a la misma por una relación laboral especial (...) y que no reúnen, a su vez, la condición de miembro de órgano de administración, siempre que se acredite que desempeñan *de facto* funciones materialmente similares a las de los administradores de derecho», Sánchez Álvarez, M.M.: *Los delitos...*, ob. cit., pág. 64, citando en su apoyo la STS (Sala 2ª) del 10-11-1993. Pero esta sentencia *no dice* que un director gerente pueda o deba ser considerado administrador de hecho, sino que el antiguo art. 319, núm. 3, del CP (derogado por LO 2/1985, de 29 de abril) «polarizaba» (*sic*) «la responsabilidad penal [de las personas jurídicas]... en los directores, gerentes, consejeros, delegados o personas que efectivamente, ejerzan su administración [la de la persona jurídica]». Y es que, en efecto, el viejo art. 319, núm. 3, lo

2. El concepto *penal* de sociedad y el problema de la interpretación de los términos típicos «sociedad constituida» y «sociedad en formación»

Consciente de las dificultades que, en el ámbito de la doctrina mercantil, ha suscitado y suscita la definición del concepto de sociedad *mercantil* y su caracterización frente a la sociedad *civil*⁴⁶, el legislador del CP 1995 ha ofrecido, en el art. 297 del nuevo texto legal, un concepto *penal* de sociedad, válido para la interpretación de los diferentes tipos de los arts. 295 y siguientes, según el cual por sociedad hay que entender «toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado». Parece evidente que el propósito de semejante fórmula es el de abarcar, con la suficiente extensión, no sólo las conductas delictivas que puedan llevar a cabo los administradores (o socios) de las que podríamos denominar sociedades mercantiles prototípicas (especialmente, sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada), sino igualmente

que disponía era que cuando el deudor de la cuota defraudada o el titular de la ventaja fiscal ilícitamente obtenida fuera una sociedad, el delito debía ser imputable a los directores, gerentes, consejeros, delegados o personas que efectivamente ejerzan su administración, pero de ahí no se podía deducir que el CP considerara a todas esas figuras administradores de hecho, sino simplemente que del delito fiscal respondería aquél que verdaderamente lo hubiese cometido actuando en nombre o por cuenta de la persona jurídica, ya fuera éste un director, un gerente, un consejero, un delegado o una persona que ejerciera efectivamente su administración; y la administración efectiva la ejercen tanto los administradores de derecho como los de hecho. Con muchísimas reservas (tantas que acaba por dar más argumentos en contra que a favor), y sólo para el caso del art. 295, admite la asimilación de los apoderados a los administradores de hecho, Gómez Benítez, J.M.: «Administradores...», en *ob. cit.*, págs. 148-149. Se manifiestan en contra, sin embargo, Fernández de la Gándara/Sánchez Álvarez: *AJA*, pág. 4; Faraldo Cabana, P.: *Los delitos...*, *ob. cit.*, pág. 122; García de Enterría, J.: *Los delitos...*, *ob. cit.*, pág. 47; Suárez González, C.: *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 835.

⁴⁶ Obviamente, las consecuencias de definir una sociedad como civil o como mercantil no son despreciables, a pesar de que el régimen jurídico, al respecto, en el Derecho español es enormemente confuso; véase, por todos, Díaz Moreno, A.: «Lección 8.: Las sociedades mercantiles», en Jiménez Sánchez, G.J. (coord.): *Lecciones de Derecho mercantil*, 3 ed., revisada y puesta al día, Madrid, 1995, págs. 153 y ss.

las de los administradores (o «socios») de todas las entidades de naturaleza societaria que participan en el tráfico jurídico-económico⁴⁷. No obstante, no tanto la decisión de formalizar un concepto penal de sociedad sino el contenido concreto que se le ha dado al mismo ha sido ya objeto de críticas en el ámbito de la doctrina mercantil⁴⁸. Aunque es posible que no les falte razón a quienes opinan que la fórmula utilizada por el legislador penal de 1995 en el art. 297 es desafortunada, lo cierto es que, analizada con cierta cautela y siendo consciente de que la misma se debe de interpretar teleológicamente, para que los arts. 290 y siguientes cumplan determinados fines de tutela, el concepto de sociedad que en el citado precepto se contiene puede ser más aprovechable de lo que, a primera vista, pudiera parecer. En efecto, la redacción del art. 297 comienza con una importante advertencia, según la cual el concepto de sociedad que en él se contiene lo es, únicamente, «a los efectos de este capítulo», lo cual, en mi opinión, permite una amplia flexibilidad a la hora de interpretar su contenido. No tanta como para pensar que no es, en algunos aspectos, una norma penal en blanco⁴⁹, pero sí lo suficiente como para apartarse, en aquello que le convenga al Derecho penal, de las interpretaciones elaboradas en el seno de la doctrina mercantil. Así, al margen de inconvenientes redundancias, quedan incluidas dentro del concepto de sociedad a efectos penales, las cooperativas, las cajas de ahorros, las mutuas, las entidades financieras y las entidades de crédito. Igualmente, dentro del mismo concepto están integradas, porque lo dice expresamente el art. 297, las *sociedades mercantiles*. Son incuestionablemente mercantiles, por la forma, todas las sociedades anónimas,

⁴⁷ Además de propiciar de esta forma, como ha señalado Faraldo Cabana (*Los delitos...*, ob. cit., pág. 116) un tratamiento jurídico unitario de todos estos supuestos.

⁴⁸ García de Enterría, J.: *Los delitos...*, ob. cit., pág. 40; también, Martín Pallín, J.A.: *Código penal...*, ob. cit., pág. 1.409, y González Vizcaya, E.: *AP*, pág. 232; en sentido similar se pronunció el senador Moya Sanabria en el debate de las enmiendas al Proyecto de Ley orgánica del CP de 1994 en el Senado (*Ley orgánica del Código penal. Trabajos parlamentarios*, II, ob. cit., págs. 2414 y ss.); de diferente opinión, en la doctrina mercantil, es, no obstante, Sánchez Álvarez, M.M.: *Los delitos...*, ob. cit., págs. 46 y ss.

⁴⁹ Pues en el art. 297 se contienen conceptos que, necesariamente, se habrán de integrar mediante el recurso a disposiciones normativas ajenas al Derecho penal (cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera de crédito, etc.).

todas las sociedades de responsabilidad limitada y todas las sociedades comanditarias por acciones. Igualmente, también parece fuera de duda que las sociedades colectivas y las comanditarias simples serán mercantiles cuando así lo sea la naturaleza de su actividad desarrollada⁵⁰. Para el resto de supuestos dudosos, hay que tener en cuenta que el art. 297 articula, *como conceptos separados y distintos*, el concepto de *sociedad mercantil* y el concepto de *entidad de análoga naturaleza que participa de forma permanente en el mercado*. De modo que, en efecto, para saber si una comunidad de bienes o una cuenta en participación es incluíble dentro del concepto penal de sociedad del art. 297 la clave no estará en saber si el colectivo tiene o no personalidad jurídica en si opera formalmente como una sociedad civil o como una mercantil, sino que la clave estará en el *hecho* de que exista una *asociación o una colectividad de cualquier clase*⁵¹ que, para cumplir sus fines, *participe de forma permanente en el mercado*. La interpretación, por tanto, de la cláusula «entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de forma permanente en el mercado» debe de ser amplia y funcional, afirmándose que, independientemente de la forma que adopten, cualquier colectividad, agrupación de personas o asociación, que formen una unidad económica, con o sin naturaleza jurídica corporativa, constituida formalmente o por constituir, que haya nacido con el fin de incorporarse al tráfico económico y que, de hecho, participe en el mismo de forma activa, generando núcleos de relaciones y de intereses similares a los de las estructuras societarias formalizadas, debe quedar incluída dentro del concepto penal de sociedad⁵². Por ello, las comunida-

⁵⁰ Vicent Chuliá, F.: *Compendio...*, ob. cit., págs.311-312; Díaz Moreno, A: *Lecciones...*, ob. cit., pág. 154-155.

⁵¹ Pues así se define, semánticamente, el concepto de «entidad» (véase, voz «Entidad», en María Moliner: *Diccionario del Uso del Español*, volumen A-G, 1 ed., 19 reimpresión, Madrid, 1994).

⁵² La interpretación que ha llevado a cabo García de Enterría, en el sentido de entender que las comunidades de bienes, las cuentas en participación o las uniones temporales de empresas no deben ser incluídas en el art. 297, porque es, adprecisamente, su carencia de personificación jurídica, característica común que vincula a todas las sociedades mencionadas en el art. 297, lo que impide que se las considere como de *análoga naturaleza* a las sociedades aludidas en el art. 297, es, a mi entender, errónea (*Los delitos...*, ob. cit., pág. 40). Porque la referencia a la semejante «naturaleza» no tiene por qué entenderse en

des de bienes, las cuentas en participación o las uniones temporales de empresas deben incluirse en el concepto penal de sociedad del art. 297. Si no se interpreta de este modo, no se podría entender, por ejemplo, por qué el art. 295 se refiere al administrador o socio de una *sociedad* (entendida en el sentido amplio y funcional que acabo de expresar) que con su conducta causa perjuicio «a sus socios, depositarios, cuentapartícipes, titulares de bienes, valores o capital que administren»⁵³.

En otro orden de cuestiones, el CP 1995 menciona como sujetos activos del delito no sólo a los administradores o socios una *sociedad constituida* sino también a los que lo son de una *sociedad en formación*, concepto este último que abarca todo el período de tiempo en el que tiene lugar el proceso fundacional de la sociedad, y que va desde el momento de la celebración del contrato hasta el de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil⁵⁴. El régimen jurídico de las sociedades en formación

el sentido de análoga naturaleza *jurídica*, sino que puede tener un sentido más funcional, de modo que la análoga *naturaleza* significa simplemente análogas *características esenciales*, desde el punto de vista de su funcionamiento, de modo que generen similares núcleos de relaciones e intereses económicos que las sociedades formalizadas mencionadas explícitamente en el art. 297.

⁵³ De todas formas, es bastante evidente que el legislador penal de 1995, al elaborar los tipos de los arts. 290 y siguientes estaba, sobre todo, pensando en las sociedades anónimas que son, por el volumen de negocio que manejan, las más importantes, sin duda, en nuestro país (así lo señala también, por ejemplo, Serrano Butragueño, I.J.: *AJA*, pág. 1). Ello provoca algunas discordancias entre el contenido del art. 297 y el de algunos de los tipos, ya que éstos se refieren, en ocasiones, a instituciones societarias que sólo son imaginables en las sociedades anónimas o, a lo sumo, en las sociedades comanditarias por acciones. Los obstáculos, en este sentido, habrá que salvarlos con una interpretación teleológica de los tipos y teniendo en cuenta, además, el propio contenido del art. 297, de modo que debería admitirse la asimilación típica del titular de una participación al accionista o, incluso, de la asamblea de una caja de ahorros con una junta de accionistas. Una interpretación en exceso formal y restringida nos llevaría a vaciar de contenido los tipos en referencia a algunas de las modalidades societarias, provocando lagunas de punibilidad injustificables. Por supuesto que este tipo de problemas nunca se habría provocado si el legislador penal de 1995 hubiera sido más cauteloso en la redacción de los diferentes tipos.

⁵⁴ Sánchez Calero, F.: *Instituciones de Derecho mercantil*, I, 17 ed., Madrid, 1994, pág. 245.

está establecido, en lo que a la sociedad anónima se refiere, en el art. 15 de la LSA. En mi opinión, al menos a los efectos penales de interpretación de los tipos de los arts. 290 a 295 del nuevo CP 1995, dentro del concepto de *sociedad en formación* debería ser incluida la sociedad irregular⁵⁵. Téngase en cuenta, que al fin y al cabo, el CP 1995 opone los conceptos de «sociedad constituida» y «sociedad en formación», de modo que las únicas posibilidades de dar entrada en los arts. 290 a 296 a los supuestos delictivos que tengan lugar en el seno de sociedades irregulares es, o bien por la vía de considerarlas sociedades en formación, o bien por la de considerarlas como agrupaciones de personas incluíble en el concepto *amplio* del art. 297⁵⁶. Por lo demás, tal consideración también parece autorizarla el propio art. 16.1 de la LSA, que utiliza el concepto de sociedad en formación para referirse a la sociedad irregular al disponer: «Verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, cualquier socio podrá instar la disolución de la *sociedad en formación...*»⁵⁷.

⁵⁵ En el mismo sentido, Muñoz Conde, F.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 456, y parece que también Núñez Castaño, E.: *La estafa...*, ob. cit., pág. 306. Se manifiesta, sin embargo, en contra de extender las normas de los delitos societarios a las sociedades irregulares, por no estar expresamentadas en los tipos, debido a «las rigurosas consecuencias derivadas del principio de legalidad penal», García de Enterría, J.: *Los delitos...*, ob. cit., pág. 44. Plantea algunas objeciones a la inclusión, dentro del ámbito de la intervención penal, de los hechos típicos llevados a cabo en el seno de sociedades irregulares, Valle Muñiz, J.M.: *Comentarios...*, ob. cit., págs. 1309-1310. Sánchez Álvarez. M.M.: *Los delitos...*, ob. cit., pág. 54, entiende incluíbles dentro del concepto penal de sociedad a las sociedades irregulares, no tanto porque sean sociedades en formación como por ser sociedades mercantiles que actúan en el tráfico y que bajo determinados requisitos debe considerarse como una sociedad colectiva, en virtud del instituto de la conversión; en sentido similar a este último, Nieto Matín, A.: *El delito...*, ob. cit., págs. 252-253.

⁵⁶ Así, Muñoz Conde, F.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 456.

⁵⁷ La crítica de García de Enterría (*Los delitos...*, ob. cit., nota 43, pág. 44), en el sentido de que, desde el punto de vista mercantil, una sociedad irregular no es en absoluto una sociedad «en formación» sino una sociedad «no formada», no es más que un juego de palabras sin contenido argumental de fondo que oponer a la construcción expuesta en el texto, porque, utilizando su propia lógica retórica, el concepto de *sociedad no formada* es un género que puede incluir tanto al concepto de sociedad irregular como al de sociedad

V. FALSEDADES EN LA INFORMACIÓN SOCIAL (ART. 290 DEL CP 1995)

1. Bien jurídico protegido

El párrafo primero del art. 290 del nuevo CP castiga, con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses, a «los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero», estableciéndose, en el párrafo segundo, que «si se llegase a causar perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior».

A la vista de lo que es la regulación legal del art. 290 de nuestro nuevo CP, no se puede negar, en primer lugar, que el tipo en cuestión está inspirado en las mismas pautas que han venido orientando la reforma del Derecho de sociedades en los últimos lustros. En ella se advierte un especial interés en la consecución de la máxima transparencia en la información societaria, de modo que ésta debe ser capaz, en todo momento, de reflejar *fielmente* (en expresión del art. 172.2 de la LSA) la situación jurídica o económica de la entidad, lo que nunca se podría lograr si la información y los datos contenidos en ella no son completos, claros, exactos y veraces. Todo ello, obviamente, en beneficio e interés de la propia sociedad, de los accionistas, de los acreedores y de cualquier tercero. En tal sentido se ha de entender, por ejemplo, la reforma de los arts. 218 y si-

en formación, ya que también se puede predicar de una sociedad en formación (como de una sociedad irregular) el ser una sociedad no formada, precisamente, porque no ha completado su proceso de constitución. Suárez González (*Comentarios...*, ob cit., pág. 835) se ha mostrado, recientemente, partidario de considerar el concepto de «sociedad en formación» como un concepto normativo (arts. 15 LSA y 11.3 LSRL), de modo que no podrían considerarse típicos los comportamientos realizados en el ámbito de las sociedades de hecho ni en las irregulares. Desde mi punto de vista, ni dogmática ni políticocriminalmente está justificada una remisión de esta naturaleza al ordenamiento mercantil, entre otras cosas, porque estaríamos dejando sin sentido y sin contenido la definición del art. 297 y estaríamos ilógicamente «premiando» los comportamientos equiparables a los de los arts. 290 a 295 del CP 1995 llevados a cabo en una sociedad de hecho o en una sociedad irregular.

guientes de la LSA, introducida por la Ley 19/1989, de 25 de junio, siguiendo la 4ª Directiva de la CEE. En ellos se establece el depósito de las cuentas anuales, una vez aprobadas, en el Registro Mercantil y la publicación de dicho depósito en el *Boletín Oficial del Registro*, con la posibilidad (art. 219.2 LSA) de que cualquier persona pueda «obtener información de todos los documentos depositados», rompiéndose, así, el anterior secreto de las cuentas sociales⁵⁸. Y es que, como se ha señalado por Terradillos Basoco⁵⁹, «garantizar, incluso penalmente, la correcta información es garantizar una condición de viabilidad de los intereses de la propia sociedad –cuyo funcionamiento requiere que las decisiones sociales se tomen con pleno conocimiento de causa–, de los socios y acreedores –que no pueden defenderse sin una correcta información–, y de eventuales futuros socios y acreedores –que no podrán relacionarse eficazmente con la sociedad desde la ignorancia». Tienen razón, por tanto, quienes, en la doctrina italiana (Pedrazzi, Mazzacuva), ven en el tipo penal de falsedad en la información societaria, un refuerzo de tales exigencias de veracidad e integridad, como presupuesto del ejercicio de otros muchos derechos, tanto por parte de los socios como por parte de los acreedores o de los terceros interesados. Bien jurídico protegido, pues, en el art. 290 del nuevo CP es el *derecho de los destinatarios de la información social (sociedad, socios o terceros) a obtener una información completa y veraz sobre la situación jurídica o económica de la entidad*. En este sentido, y en lo que a la acción falsaria se refiere, el art. 290 se configura como un delito de lesión.

Lo que sucede es que el tipo dice algo más que no se puede desconocer a los efectos de configurar el bien jurídico protegido; y es que no se castiga la comisión de cualquier falsedad en las cuentas anuales u otros documentos, sino sólo la de aquélla que *sea idónea para causar un perjuicio económico* (párrafo primero) *o que, efectivamente, lo cause* (párrafo segundo). Por tanto, desde este punto de vista, el tipo del art. 290 *también protege los intereses patrimoniales de la sociedad, de los socios o de los terceros*, puestos en peligro (concreto) (art. 290, párrafo primero) o lesionados (art. 290, párrafo segundo) por la falsedad. En este sentido, el art.

⁵⁸ Broseta Pont, M.: *Manual...*, ob. cit., pág. 326.

⁵⁹ *Derecho penal de la empresa*, ob. cit., pág. 84.

290 también se configura como un delito de peligro abstracto o de aptitud abstracta (párrafo primero)⁶⁰ o de lesión (párrafo segundo) respecto del ataque patrimonial, y aparece como un delito de los que, entre otros (por ejemplo, arts. 292 y 295), *tutelan el patrimonio social*.

En conclusión, el delito del art. 290 del nuevo Código penal tiene la estructura compleja propia de un delito pluriofensivo, ya que protege tanto el derecho a obtener una información completa y veraz sobre la situación jurídica o económica de la entidad como los intereses patrimoniales de los destinatarios de la información societaria, configurándose como un delito de lesión, respecto de la falsedad, y como un delito de peligro abstracto o de aptitud abstracta (párrafo primero) y de lesión (párrafo segundo), respecto del ataque patrimonial⁶¹.

2. Tipo objetivo

A) Conducta típica

La conducta típica del delito de falsa información social del art. 290 consiste en «*falsear* las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad», bien «*de forma idónea para causar un perjuicio económico* a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero», bien llegando, efectivamente, «*a causar el perjuicio económico*». La falsedad típica del art. 290 no guarda tanta similitud como aparentemente pudiera dar la impresión con la falsedad en documento mercantil, porque *técnicamente* no es un delito de falsedad documental y, por tanto, su contenido no se tiene que integrar mediante la remisión a los arts. 390 y siguientes del CP 1995⁶²; por el contrario, su parentesco le

⁶⁰ Según la terminología utilizada por Roxin, C.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 411; véase, sobre la problemática de este tipo de delitos, Rodríguez Montañés, T.: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, págs. 17 y ss.; más recientemente, y referido en particular al ámbito de los delitos socio-económicos, véase Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal...*, ob. cit., págs. 109 y ss.

⁶¹ En el mismo sentido, Manzanares Samaniego, J.L.: *AP*, pág. 291.

⁶² Todo lo más que se podría decir es que el art. 290 del CP 1995 es un vestigio de la derogada falsedad ideológica en documento mercantil, pero cuyo contenido de injusto precisa, además, de la referencia a un perjuicio, potencial o actual, al patrimonio de la sociedad, de los socios o de los terceros de algún modo interesados.

aproxima más al de un delito de estafa en el que el documento suscrito por el administrador de hecho o de derecho es la prueba del engaño a través del cual se pretende dar imagen errónea de la situación jurídica o económica de la entidad. La mentira escrita aquí, mediante el falseamiento de los datos de las cuentas anuales, etc., es un instrumento para la comisión del delito del art. 290 pero no es, de acuerdo con el concepto normativo del art. 390 del CP 1995, *un documento falso*, pues éste no tiene capacidad de probar, por sí mismo, la veracidad de lo declarado en él⁶³. De forma, entonces, que *falsear*, en el sentido del art. 290, es mentir; es alterar o no reflejar la verdadera situación económica o jurídica de la entidad en los documentos que suscriba el administrador de hecho o de derecho, porque así es como se frustra, además, el derecho de los destinatarios de la información social (sociedad, socios o terceros) a obtener una información completa y veraz sobre la situación jurídica o económica de la entidad. De esta forma entendida, la falsedad se puede cometer tanto a través de conductas positi-

⁶³ Véase, Bacigalupo Zapater, E.: *LL*, pág. 3. Desde mi punto de vista, no definen correctamente la problemática de las relaciones entre el art. 290 y el art. 390 del CP 1995, Martínez-Buján Pérez, C.: «Delitos...», en *ob. cit.*, págs. 477 y ss., y Faraldo Cabana, P.: *Los delitos...*, *ob. cit.*, págs. 378 y ss. Porque, por ejemplo, para esta última, el contenido del concepto «falsear» en el art. 290 ha de «llenarse» poniéndolo en relación con el concepto de «falsear» del art. 390, que recoge «el catálogo cerrado de conductas típicas que consisten en «cometer falsedad»». Más objetable son, de todas formas, las posiciones de Sánchez Álvarez (*Los delitos...*, *ob. cit.*, pág. 105) y González Vizcaya (*AP*, pág. 235) que no se han percatado de la derogación del art. 390, núm. 4, del CP 1995 para el supuesto de las falsedades en documento mercantil. En un sentido más cercano al que se propone en el texto, sin embargo, Terradillos Basoco, J.: *Estudios...*, *ob. cit.*, pág. 275; Martínez-Buján Pérez, C.: «Delitos...», en *ob. cit.*, pág. 475; Valle Muñiz, J.M.: *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 1.314; Conde-Pumpido Ferreiro, C.: *Código penal...*, *ob. cit.*, pág. 3.013; Suárez González, C.: *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 835. En otro orden de cuestiones, señala Terradillos Basoco (*Estudios...*, *ob. cit.*, pág. 275), que la conducta típica del art. 290 no impide la remisión a las falsedades genéricas cuando la falsedad se concreta en alguna de las conductas del art. 390, núms. 1 y 2; en este caso, termina diciendo, la concurrencia con la falsedad en documento mercantil ha de resolverse como concurso de leyes, siendo el art. 392 la ley subsidiaria (en el mismo sentido, López Garrido, D. y García Arán, M.: *El Código penal...*, *ob. cit.*, pág. 145). Lo que ocurre es que, como ya he tratado de demostrar en el texto, no es posible técnicamente que la conducta típica del art. 290 se pueda integrar por alguno de los supuestos del art. 390, núms. 1 y 2.

vas como a través de la ocultación u omisión de datos cuya presencia es imprescindible para reflejar, veraz e íntegramente, la situación jurídica o económica de la entidad⁶⁴. Hay que tener en cuenta, por una parte, que ocultar o suprimir datos es una forma de faltar a la verdad en la narración de hechos⁶⁵ y, por otra, que el administrador tiene el deber jurídico de cumplir con su cometido con la diligencia de un ordenado empresario y de un *representante leal* (arts. 127.1 LSA y 61 LSRL), lo cual, implícitamente, y términos generales, le obliga a ser veraz con la información que suministre sobre la sociedad; deber que, en concreto, y en relación con las cuentas anuales es mucho más explícito (art. 172.2 LSA). Esa determinación legal es la fuente de la posición de garante que, conforme a lo previsto en el nuevo art. 11 del CP 1995, permite la equiparación de la omisión con la conducta positiva.

Los problemas más importantes que puede crear la conducta típica, tanto la del párrafo primero como la del párrafo segundo, son los de su delimitación con la estafa del art. 248, núm. 1, y con las insolvencias punibles del art. 261⁶⁶. En lo que a la estafa se refiere, hay que tener presente que no es extraño que se puedan presentar supuestos en los que la diferenciación sea muy difícil. Pensemos, por ejemplo, en el caso de informaciones falsas o engañosas, ofrecidas en documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, especialmente diseñadas para captar fraudulentamente aportaciones de capital para la propia sociedad, con las que se induce a error a un tercero que realiza un acto de disposición patrimonial, lográndose un desembolso de capital por valor superior a 50.000 pesetas, con el consiguiente perjuicio económico. La duda acerca de si nos

⁶⁴ Martínez-Pereda Rodríguez, J.M.: *PJ*, pág. 185; Moreno Cánoves/Ruiz Marco: *Delitos...*, pág. 263; García Cantizano, M.C.: *Falsedades...*, (1994) ob. cit., págs. 311 y ss.; de la misma: *Falsedades...*, (1997) ob. cit., págs. 114 y ss.

⁶⁵ García Cantizano, M.C.: *Falsedades...*, (1994) ob. cit., pág. 315.

⁶⁶ Por la especial configuración que he hecho más arriba, en el texto, de las relaciones entre el art. 290 y las falsedades documentales, en mi opinión, entre estas figuras y el delito societario del art. 290 no se plantea ningún problema concursal, pues son figuras que tienen ámbitos de aplicación completamente diferentes, de modo que ni las falsedades del art. 290 caben en los arts. 390 y siguientes del CP 1995 ni las de los arts. 390 y siguientes caben en el art. 290.

encontramos ante un supuesto de delito de falsedad societaria del art. 290, párrafos primero o segundo (según haya habido o no perjuicio), o ante un supuesto de delito de estafa del art. 248.1, todos ellos del nuevo CP, es evidente. Un sector de la doctrina⁶⁷ se decanta, para el caso de que no haya habido perjuicio económico, por la solución del concurso de delitos entre el delito de falsedad societaria del art. 290, párrafo primero, y el delito de estafa del art. 248.1, ambos del CP 1995, y para el caso de que sí haya habido perjuicio económico, entonces, por la solución del concurso de normas, prevaleciendo la solución del art. 248.1 del CP 1995, por ser ley principal, y sólo si no concurrieran todos los requisitos de la estafa, se podría aplicar el art. 290, párrafo segundo, del CP 1995. Otro sector⁶⁸, sin embargo, entiende que la solución es, siempre, cuando ha habido perjuicio económico, la del concurso medial de delitos entre un delito de estafa consumada del art. 248, núm. 1, y un delito consumado de falsedad en la información social del art. 290, párrafo primero, ambos del CP 1995, porque «castigando sólo como estafa se desconocería que el tipo agravado del art. 290 supone una inicial puesta en peligro y, además, un perjuicio económico, lo que merece un juicio más negativo, que sólo puede quedar reflejado en una pena mayor»⁶⁹. Aunque en una ocasión anterior defendí una solución diferente⁷⁰; entiendo que, en efecto, la solución debe de ir por los derroteros señalados de aplicar, de forma preferente la estafa y no la falsedad societaria. Ello no obstante, no comparto la tesis de diferenciar, a los efectos de la correcta definición de la naturaleza del concurso, entre si ha habido o no perjuicio económico, de modo que existiría un concurso de delitos si no hubiera habido perjuicio económico y un concurso de normas en caso contrario, porque la existencia o no del perjuicio no puede alterar la naturaleza de las relaciones concursales entre el art. 290 y el art. 248, núm. 1.

⁶⁷ Martínez-Buján Pérez, C.: «Delitos...», en *ob. cit.*, pág. 479; Faraldo Cabana, P.: *Los delitos...*, *ob. cit.*, pág. 406.

⁶⁸ Terradillos Basoco, J.: *Estudios...*, *ob. cit.*, pág. 276.

⁶⁹ Terradillos Basoco, J.: *ibidem*.

⁷⁰ Así, en Del Rosal Blasco, B.: *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 1.420, defendí que la regla 1ª del art. 8 del CP 1995 obliga a aplicar el delito del art. 290 (ley especial) con preferencia al concurso medial entre el delito de estafa y el de falsedad (ley general), solución, sin embargo, que ahora creo era incorrecta.

De modo que, en mi opinión⁷¹, entiendo que el desvalor del perjuicio económico, cuando éste haya existido, y siempre y cuando concurren los elementos típicos del delito de estafa, queda siempre mejor abarcado por el tipo de la estafa (por ser *ley principal* en lo que a la tutela patrimonial se refiere), pero la aplicación del art. 290, que es el único que recoge el desvalor que el ordenamiento jurídico le otorga a ese tipo de falsedades ideológica, ha de afirmarse siempre. De modo que lo procedente será la aplicación de un concurso (medial) de delitos entre la estafa del art. 248, núm. 1, y la falsedad societaria del art. 290, ambos del CP 1995. Si no ha habido perjuicio económico, entonces, lo procedente es la aplicación del párrafo primero del art. 290. El párrafo segundo del art. 290, será *ley subsidiaria*, respecto del tipo de la estafa, para aquellos casos en los que, concurriendo el perjuicio, no concurren, sin embargo, los elementos típicos de la estafa.

En lo que a las relaciones entre la falsedad societaria del art. 290 del CP y la insolvencia punible del art. 261 del mismo texto legal se refiere, entiendo que si se dan los elementos típicos del art. 261, esto es, la inclusión de datos falsos relativos al estado contable en el procedimiento de la quiebra, concurso o expediente de suspensión de pagos, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquéllos, éste es de aplicación preferente por ser, en mi opinión, un tipo especial respecto al tipo del art. 290.

B) Objeto material

Objeto material del delito lo son «las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad». Por lo que se refiere a las cuentas anuales, el art. 172.1 de la LSA establece que éstas «comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria». Desde el punto de vista mercantil, las cuentas anuales son una declaración de conocimiento de la sociedad que es competencia de la Junta general, resultado de un largo proceso, que incluye la formulación de los proyectos de cuentas por los administradores; la revisión e informe sobre las cuentas de los auditores de cuentas; la aprobación por la Junta general de las cuentas y del informe de gestión; la documentación del acuerdo de Junta general y transcripción de ésta y de las cuentas al Libro de actas de la

⁷¹ Siguiendo, por tanto, a Terradillos Basoco, J.: *Estudios...*, ob. cit., pág. 276.

Asamblea y al Libro de inventarios y de Cuentas anuales; certificación del acuerdo de Junta general de aprobación de las cuentas para su depósito en el Registro mercantil y la publicación del anuncio del mismo en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*, etc.⁷². A lo que se refiere el tipo de injusto del art. 290 al hablar de las «cuentas anuales» parece razonable pensar que es a la falsificación del *documento en el que se formulan los proyectos de cuentas por los administradores*. Téngase en cuenta que el tipo del art. 290 se establece para proteger a la propia sociedad, a los socios o a terceros, y es en ese proyecto de cuentas donde más fácilmente el administrador, que por regla general controla y conoce los resortes de la información societaria de forma mucho más minuciosa y amplia que los socios o los terceros, puede vulnerar los derechos de socios y terceros a la información veraz y completa, así como los derechos patrimoniales ajenos. En cualquier caso, la falsificación del resto de documentos que tengan que ver con la documentación o transcripción de los acuerdos de aprobación de las cuentas anuales por la Junta general, entendemos que debe ser incluida dentro de la falsificación de «otros documentos», contenida en el art. 290, por lo que es un acierto la fórmula utilizada por el nuevo texto legal. Dentro del concepto de cuentas anuales hay que incluir, también las *cuentas anuales consolidadas* a las que se refiere el art. 44.1 del CCo, que comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria consolidados.

Por otra parte, aunque pueda ser una técnica acertada, no cabe duda de que esa referencia abierta en el tipo a *cualquier otro documento que deba reflejar la situación jurídica o económica de la entidad*, nos obliga a delimitar, aunque sólo sea por aproximación, a qué documentos o *comunicaciones sociales* (en la terminología utilizada por la legislación y la doctrina italianas) se está refiriendo el art. 290. Dos tesis son las que se han sustentado en la doctrina italiana a este respecto, a la hora de interpretar el tipo del art. 2621.1 del CC italiano. Así, los hay que (Rende, Punzo, Rovelli) entienden que el concepto de comunicación social se refiere solamente a las que tienen carácter oficial y naturaleza interna, en cuanto dirigidas a dar noticia a los socios sobre el funcionamiento o la marcha de la sociedad. Si se tratara de comunicaciones dirigidas al público en general, entonces,

⁷² Vicent Chuliá, F.: *Compendio...*, ob. cit., págs. 690-691.

en su caso, habría que considerar la comisión de un delito de estafa. Otros, sin embargo (Antolisei), manejan un concepto más amplio de comunicación social, atribuyendo tal carácter a todos los actos comunicativos que los sujetos cualificados (promotores, socios fundadores, administradores, directores generales, síndicos y liquidadores) dirigen a los socios, a los futuros socios o a los acreedores, en el ámbito del ejercicio de las funciones típicas a ellos encomendadas; sobre esta base unos matizan que sólo han de incluirse las comunicaciones escritas (Mirto) y otros admiten tanto las escritas como las orales (Zuccalà, Conti, Foffani)⁷³.

Puestos a interpretar el concepto de «otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad» en el art. 290 del CP 1995, lo primero que hay que advertir es que, conforme a lo previsto en el art. 26 del propio CP 1995, tendrá la consideración de documento «todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica». Con tal precepto se zanja definitivamente la polémica doctrinal sobre el soporte material en el que debe de estar fijado el contenido del documento (concepciones amplia y estricta), abriéndose paso a la incorporación al concepto de documento de otros objetos, distintos del documento escrito y fruto de los avances tecnológicos, pero que satisfacen una función idéntica⁷⁴. Pero esto nos limita, en nuestro caso concreto, y a diferencia de lo que sucede respecto al CC italiano, la posibilidad de manejar un concepto *amplio* de comunicación social, comprensivo de las *comunicaciones verbales*, para referirnos a las falsedades del art. 290, pues, sin ninguna duda, aquéllas deben ser excluidas del ámbito típico, ya que éste sólo se refiere a las falsedades cometidas en documentos contenidos *en cualquier tipo de soporte material*. Por otra parte, tiene razón un sector de la doctrina⁷⁵ cuando señala que la información falsa debe de estar contenida en documentos

⁷³ Véase, al respecto, con detalle, Conti, L.: *Diritto...*, ob. cit., págs. 212 y ss.; también, tiene una referencia a la cuestión, Foffani, L.: «Artt. 2621-2642», estratto da *Commentario al Codice Civile*, diretto da P. Cendon, Torino, 1991, pág. 1632.

⁷⁴ Véase, con más detalle, García Cantizano, M.C.: *Falsedades...*, (1994), ob. cit., págs. 171 y ss.

⁷⁵ Sánchez Álvarez, M.M.: *Los delitos...*, ob. cit., pág. 113; Terradillos Basoco, J.: *Estudios...*, ob. cit., pág. 272; en sentido diferente, García de Enterría, J.: *Los delitos...*, ob. cit., pág. 58 (certeramente criticado por Terradillos Basoco, J.: *ibidem*).

mercantiles de carácter *obligatorio* y, por tanto, exigibles, pues ciertamente la Ley se refiere a documentos que *deban* reflejar la situación jurídica o económica de la entidad. En este sentido, constituyen objeto material idóneo del delito del art. 290 del CP 1995 los documentos que contienen toda la información que, en relación con las sociedades mercantiles, es inscribible en el Registro Mercantil; en concreto a los documentos que plasmen los extremos a los que se refieren los arts. 94 y siguientes del RRM, siempre que esa información haya sido falsificada por los administradores, de hecho o de derecho, sea relevante para reflejar la situación jurídica o económica de la entidad y su falsificación sea idónea para causar un perjuicio económico a la propia sociedad, a los socios o a terceros. De esta forma, la creación de «sociedades vacías o ficticias» o la de «sociedades de fachada», en la medida en que, por ejemplo, se lleve a cabo falseando los datos reales de la sociedad para eludir responsabilidades pecuniarias o para evadir fiscalmente impuestos [por tanto, de forma idónea para perjudicar económicamente a un *tercero*, que puede ser el Estado, incluyendo la Hacienda Pública⁷⁶], entrará de lleno en la conducta típica. Entendemos que también deben ser incluíbles en el concepto de «otros documentos» del art. 290, las comunicaciones que estatutariamente se hayan determinado como oficiales y obligatorias, aunque sean de carácter interno, dirigidas a los socios en el ámbito del desempeño de sus funciones por los administradores, de hecho o de derecho, siempre que sean relevantes para reflejar la situación jurídica o económica de la entidad y su falsificación sea idónea para causarles a ellos mismos, a la sociedad o a terceros un perjuicio económico⁷⁷.

3. Tipo subjetivo

El delito del art. 290 del nuevo CP es un delito que sólo admite como forma comisiva la del dolo directo, excluyéndose, obviamente, al no estar expresamente tipificada, la imprudencia pero también las formas dolo-eventuales. La exigencia de dolo directo se sustenta en la presencia de un elemento subjetivo, que configura al delito en cuestión en lo que al

⁷⁶ En el mismo sentido, Moreno Cánoves/Ruiz Marco: *Delitos...*, ob. cit., pág. 259; Faraldo Cabana, P.: *Los delitos...*, ob. cit., pág. 372; Núñez Castaño, E.: *La estafa...*, ob. cit., pág. 373.

⁷⁷ Otros supuestos incluíbles en Sánchez Álvarez, M.M.: *Los delitos...*, ob. cit., págs. 115 y ss.

aspecto falsario se refiere, con la naturaleza propia de los denominados *delitos de expresión*⁷⁸, en los que aquélla viene impuesta por la necesidad de que exista una discrepancia entre lo que el sujeto conoce y lo que expresa por escrito en el documento⁷⁹. Por ello no falsifica el que se equivoca, sino el que actúa de propósito. Por lo demás, la exigencia del dolo directo se refuerza en la necesidad de que éste abarque, también, la idoneidad de la falsificación para causar el perjuicio económico a la sociedad, a los socios o a un tercero.

VI. ADOPCIÓN DE ACUERDOS ABUSIVOS (ART. 291 DEL CP 1995)

1. Bien jurídico

El art. 291 del CP 1995, castiga con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido, a «los que, prevaliéndose de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieren acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma».

A la hora de concretar cuál sea el bien jurídico protegido por el delito del art. 291, podría resultar tentador hablar de que el precepto en cuestión se configura como un mecanismo de protección del *deber de fidelidad o lealtad de la mayoría hacia la minoría*, cuya existencia ha sido, por ejemplo, declarada expresamente por el *BGH* alemán sobre la base del § 243.2 de la *AktG*⁸⁰. Entiendo, sin embargo, que tal deber (o si se prefiere, el *derecho de las minorías a recibir un trato fiel y leal de las mayorías*) no está declarado en nuestro Derecho ni aceptado por nuestra jurisprudencia. De modo que lo que resulta más convincente es decir que las características típicas configuran al delito del art. 291 como delito destinado a proteger *los intereses patrimoniales* de los socios que pueden resultar potencial-

⁷⁸ Véase, Cobo del Rosal/Vives Antón: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 310.

⁷⁹ González Cussac, J.L.: «Falsedad documental e imprudencia», en *Poder Judicial*, núm. 22, 1991, pág. 241.

⁸⁰ Véase, Vicent Chuliá, F.: *Compendio...*, ob. cit., pág. 611.

mente perjudicados por los ataques provenientes de conductas consecuencia del ejercicio abusivo de un derecho⁸¹. En el fondo, no es sino un refuerzo, en la vía penal y para el ámbito societario, de la interdicción general del abuso del derecho contenido en el art. 7 del CC español.

Desde nuestro punto de vista⁸², tienen razón quienes califican el delito de imposición de acuerdos abusivos como un *delito de lesión o de resultado lesivo*⁸³. Es evidente que la exigencia de una efectiva lesión (perjuicio) para los intereses de los socios, a la vista de cómo está redactado el tipo, no aparece como un elemento inequívoco del mismo y, por tanto, la expresión utilizada por el legislador al referirse a que la acción típica debe realizarse «en perjuicio de los demás socios», es equívoca y se presta a diversas interpretaciones⁸⁴. Pero existen argumentos más que suficientes para poder amparar la efectiva exigencia de perjuicio a través de dicha expresión legal. En primer lugar, no tendría sentido, como ha indicado Terradillos Basoco⁸⁵, que en el ámbito mercantil se establezca una exigen-

⁸¹ En el mismo sentido, Fernández de la Gándara/Sánchez Álvarez: *AJA*, pág. 3; Martínez-Buján Pérez, C.: «Delitos...», en *ob. cit.*, págs. 480-481; Terradillos Basoco, J.: *Estudios...*, *ob. cit.*, pág. 277; Faraldo Cabana, P.: *Los delitos...*, *ob. cit.*, pág. 434; Urraza Abad, J.: *LL*, pág. 5. En sentido contrario, Moreno Cánoves/Ruiz Marco: *Delitos...*, *ob. cit.*, págs. 273 y ss., quienes, sin embargo, sí apelan al deber de fidelidad de las mayorías para con las minorías para referirse al bien jurídico protegido. En mi opinión, como se apunta en el texto, tal criterio carece del suficiente sustento legal. Opina que son ambos (los valores de fidelidad y lealtad societarios y el interés patrimonial de los socios minoritarios) los bienes tutelados, Suárez González, C.: *Comentarios...*, pág. 837.

⁸² En este sentido, corrijo la posición que mantuve en una ocasión anterior; así, en Del Rosal Blasco, B.: *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 1.428.

⁸³ Así, Fernández de la Gándara/Sánchez Álvarez: *AJA*, pág. 4; Terradillos Basoco, J.: *Estudios...*, *ob. cit.*, pág. 278; Sánchez Álvarez, M.M.: *Los delitos...*, *ob. cit.*, págs. 128-129; Conde-Pumpido Ferreiro, C.: *Código penal...*, *ob. cit.*, pág. 3.203; Martín Pallín, J.A.: *Código penal...*, *ob. cit.*, págs. 1.398-1.399; en contra, Valle Muñoz, J.M.: *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 1.319, que parece decantarse por definir el art. 291 como un delito de peligro abstracto o de aptitud. Tampoco exigen el perjuicio, sino sólo el ánimo de perjudicar, Mata y Martín, R.M.: *RdS*, pág. 174; López Garrido/García Arán: *El Código penal...*, *ob. cit.*, pág. 146; García Arán, M.: *E&J*, págs. 106-107.

⁸⁴ Como acertadamente señala Faraldo Cabana, P.: *Los delitos...*, *ob. cit.*, pág. 447. En cualquier caso, como se verá más adelante, el concepto de perjuicio hay que entenderlo en el sentido de perjuicio *económico*.

⁸⁵ Terradillos Basoco, J.: *Estudios...*, *ob. cit.*, pág. 279.

cia de lesividad efectiva para los intereses de la sociedad para poder calificar un acuerdo de abusivo y, sin embargo, que no se exija lo propio en el ámbito penal con referencia a los intereses de los socios. Por otro lado, la necesidad de que se produzca, como resultado típico, un perjuicio (económico) es algo que viene exigido por el hecho de que, en el art. 291, la pena de multa se determine, precisamente, en función del beneficio obtenido por el infractor; si en los delitos patrimoniales el enriquecimiento ilícito (beneficio) es la contrapartida del perjuicio, no tendría sentido determinar de esa manera la pena de multa si no es porque se está suponiendo que para la consumación del delito es necesaria la causación efectiva de dicho perjuicio⁸⁶. Igualmente, desde un punto de vista sistemático, si la exigencia de perjuicio económico aparece como un requisito más explícito en el tipo del art. 292, es lógico utilizar los mismos criterios interpretativos en el art. 291, precepto con el que guarda tantas similitudes⁸⁷. Finalmente, la necesidad de un perjuicio efectivo como elemento típico se acomoda mejor con las exigencias materiales del principio de intervención mínima⁸⁸.

2. Tipo objetivo

A) Sujetos activos

El tipo del art. 291 se configura como un *delito especial propio*, pues para la realización del injusto se requiere la concurrencia de unas determinadas cualidades, en concreto, la de ser socio mayoritario en la

⁸⁶ Terradillos Basoco, J.: *Estudios...*, ob. cit., pág. 278; Conde-Pumpido Ferreiro, C.: *Código penal...*, ob. cit., pág. 3.023.

⁸⁷ Terradillos Basoco, J.: *Estudios...*, ob. cit., págs. 278-279.

⁸⁸ Tal y como señala, Faraldo Cabana, P.: *Los delitos...*, ob. cit., pág. 447, quien, sin embargo, se conforma con decir que la expresión «en perjuicio» alude al resultado de peligro concreto para el patrimonio de los sujetos pasivos (en el mismo sentido, Martínez-Buján Pérez, C.: «Delitos...», en *ob. cit.*, pág. 487; Manzanares Samaniego, J.L.: *AP*, pág. 292; Suárez González, C.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 839). De esta forma, «la causación efectiva de un perjuicio patrimonial afecta al agotamiento, no a la consumación del delito» (Faraldo Cabana, P.: *ibidem*, pág. 448). Como se ha expuesto en el texto, entiendo que hay argumentos suficientes como para llegar algo más lejos y, sin embargo, no veo razón alguna para despreciar, en el art. 291, el desvalor añadido que, respecto de la mera puesta en peligro (aunque sea concreta) supone la efectiva causación de un perjuicio, equiparando el peligro concreto para el patrimonio con la lesión del mismo, máxime cuando no parece que esa sea la norma que se pueda aplicar en el resto de tipos societarios.

Junta de accionistas o la de, siendo o no socio, ser un miembro del órgano de administración que cuenta, en el mismo, con una posición mayoritaria⁸⁹. Como tal delito especial planteará, en materia de coautoría y participación criminal, la problemática propia de este tipo de delitos. El que impone el acuerdo tiene que haber obtenido la mayoría lícitamente, y por eso se habla de *acuerdo abusivo*, porque se abusa de un derecho conferido por la Ley; si la mayoría se ha obtenido ilícitamente, por alguno de los medios señalados en el art. 292, entonces estaremos en supuesto de *acuerdo lesivo* contemplado en este último precepto. La fórmula típica utilizada por el legislador en el art. 291 plantea una cuestión de mucha trascendencia y es la de si es posible la realización de la conducta típica en el ámbito de sociedades que no tengan «junta de accionistas», limitándose, entonces, la punibilidad a los acuerdos abusivos tomados por juntas de sociedades anónimas o de sociedades comanditarias por acciones, pero quedando fuera los adoptados en el resto de juntas de sociedades mercantiles, especialmente en la junta de la sociedad de responsabilidad limitada⁹⁰. En mi opinión, el concepto de «junta de accionistas» ha de ser interpretado ampliamente, como comprensivo de «todos los supuestos de juntas de decisión en los diversos tipos de sociedades»⁹¹, ya que de otra forma se producirían lagunas de punibilidad absolutamente injustificables⁹². Desde el punto de vista del Derecho penal, entiendo que el concepto estricto de «junta de accionistas» del Derecho mercantil no debe necesariamente vincular al intérprete, que dentro de los márgenes del principio de legalidad puede crear un concepto teleológico de junta de accionistas como equivalente a órgano de representación de los socios, accionistas o partícipes de la sociedad, concepto que sintoniza mejor, además, con el concepto de sociedad que el propio CP 1995 establece en el art. 297.

⁸⁹ Terradillos Basoco, J.: *Derecho penal de la empresa*, ob. cit., pág. 88; Martínez-Buján Pérez, C.: «Delitos...», en *ob. cit.*, pág. 482; Faraldo Cabana, P.: *Los delitos...*, ob. cit., págs. 436-437; Valle Muñiz, J.M.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 1.317.

⁹⁰ En este sentido, Fernández de la Gándara/Sánchez Álvarez: *AJA*, pág. 2; Moreno Cánoves/Ruiz Marco: *Delitos...*, ob. cit., pág. 278; Valle Muñiz, J.M.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 1.317; Terradillos Basoco, J.: *Estudios...*, ob. cit., pág. 277.

⁹¹ Así, Martínez-Buján Pérez, C.: «Delitos...», en *ob. cit.*, pág. 482.

⁹² Faraldo Cabana, P.: *Los delitos...*, ob. cit., pág. 437.

B) Conducta típica

La conducta típica exige la imposición de un acuerdo abusivo, prevaleciéndose el o los sujetos activos de la situación mayoritaria en la Junta de accionistas o en el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, siempre que ello sea con ánimo de lucro propio o ajeno y causando un efectivo en perjuicio a los demás socios (resultado típico), y sin que reporte beneficios a la sociedad.

La *imposición* del acuerdo implica, simplemente, que se obliga o fuerza a aceptar y a pasar por él y por sus consecuencias a los socios disidentes, mediante la utilización de los mecanismos legales que, de por sí, se ponen al servicio de los socios mayoritarios y que les confieren esa situación de superioridad o prevalencia frente a los socios minoritarios. No se trata tanto de que se consiga el consenso de una voluntad anteriormente contraria, que se doblega mediante el prevalimiento⁹³; se trata simplemente de que el sujeto activo «hace uso» terminante, en su provecho, y sin el debido respeto a los intereses de la sociedad y de los socios disidentes, de una situación «legal» de prevalencia que se le concede a las mayorías por el mero hecho de serlo. Por supuesto, no es necesario que la situación mayoritaria haya sido expresamente creada con el fin de «abusar» de ella (por más que esa sea la situación más frecuente), pero sí que debe haber sido obtenida lícitamente, pues si no estaríamos en un supuesto de acuerdo lesivo mediante mayoría ficticia del art. 292, en la medida en que el sujeto no puede abusar de una mayoría que, simplemente, *no tiene* reconocida en legal forma⁹⁴. El acuerdo, además, debe ser *abusivo*, es decir, debe servir a un fin distinto al señalado en el objeto social, de modo que aunque revista una apariencia (formal) de legalidad, perjudica o puede perjudicar el interés de los demás socios (aunque sin necesariamente lesionar un derecho específico), siendo ese perjuicio inaceptable por la desproporción existente entre dicho perjuicio (real o potencial) y el beneficio, nulo o ínfimo, que se reporta con el acuerdo a la sociedad. Se ha

⁹³ Terradillos Basoco, J.: *Derecho penal de la empresa*, ob. cit., pág. 88.

⁹⁴ Ya matizaron tal diferencia, Terradillos Basoco, J.: *DJ*, pág. 859 y Bacigalupo, E.: «Notas sobre la Propuesta de Anteproyecto de Código penal», en *V Jornadas de Profesores de Derecho Penal. RFDUCM*, núm. monográfico 6, 1983, pág. 74, y propuso su distinción típica, Díaz-Maroto y Villarejo, J.: «Los delitos...», en *ob. cit.*, pág. 160.

señalado⁹⁵ que no aporta nada al tipo del art. 291 el hecho de que se indique expresamente que el acuerdo *no reporte beneficios a la sociedad*. Porque si los beneficios son relevantes, a pesar de exigir el sacrificio de intereses de socios minoritarios, responderá al objeto social; si son nimios o mínimos, la conducta será típica. Tiene razón quien así piensa porque, en efecto, desde el momento en que se define el acuerdo como *abusivo*, va implícito en tal concepto la idea de un perjuicio causado sin beneficio o con una gran desproporción entre los perjuicios y los beneficios.

Resultado de la conducta típica lo ha de ser que el sujeto activo cause un perjuicio efectivo a los demás socios. En primer lugar señalaré que esa referencia al sujeto pasivo, «demás socios», es razonable que se entienda como perjuicio causado a varios o a un solo socio, indistintamente, y para ello no debe ser nunca óbice la forma en la que el legislador ha expresado la formulación típica⁹⁶. Por otra parte, el concepto de *perjuicio* ha de interpretarse en el sentido de *perjuicio económico*, es decir, como equivalente a *disminución del patrimonio*⁹⁷, lo cual se deduce de elementales razones sistemáticas, no sólo por el encuadramiento del tipo dentro del título XIII, sino, incluso, por comparación con otros tipos del mismo capítulo, que contienen esa referencia al perjuicio económico de forma expresa (arts. 290 y 295). Por otra parte, la cláusula «en perjuicio de los demás socios», como ya he anticipado también (vid. *supra*), ha de entenderse como expresión de una exigencia típica de carácter objetivo, cual es la del real perjuicio para tales socios.

3. Tipo subjetivo

El tipo del art. 291 del CP 1995 contiene un elemento subjetivo, toda vez que el sujeto activo debe operar con *ánimo de lucro propio o ajeno*. El ánimo de lucro es un elemento subjetivo del injusto, que, adaptándolo al tipo del art. 291, se puede definir, en principio, como el propósi-

⁹⁵ Terradillos Basoco, J.: *Derecho penal de la empresa*, ob. cit., pág. 88.

⁹⁶ Véase, al respecto, las certeras reflexiones de Faldó Cabana, P.: *Los delitos...*, ob. cit., págs. 435-436.

⁹⁷ Díaz-Maroto y Villarejo, J.: «Los delitos...», en ob. cit., pág. 157; Faldó Cabana, P.: *Los delitos...*, ob. cit., pág. 447; ; Conde-Pumpido Ferreiro, C.: *Código penal...*, ob. cit., pág. 3.023.

to de obtener un provecho económico o una ventaja patrimonial directa, como correlato del acto de imposición del acuerdo abusivo⁹⁸. De todas formas, se ha matizado por parte de Conde-Pumpido Ferreiro⁹⁹ que como la jurisprudencia viene aceptando, también, un concepto *jurídico* del lucro, que incluiría no sólo los incrementos patrimoniales sino los beneficios de otra índole, «cabría admitir excepcionalmente que el acuerdo abusivo no tuviera un contenido puramente patrimonial, sino que afectare al ejercicio de los derechos sociales, poniéndoles trabas o desconociéndolos». En mi opinión, y dada la exigencia de un perjuicio económico y la forma en la que el legislador ha establecido la pena, con un sentido claramente dirigido a reprimir la ilícita obtención de beneficios económicos mediante el abuso en el ejercicio de determinados derechos, no es posible concebir, en tal sentido *jurídico*, el ánimo de lucro y, por tanto, su concepto ha de contener, exclusivamente, una referencia patrimonial. En todo caso, la lesión de determinados derechos del socio son reconducibles a otros de los tipos societarios.

La estructura típica del art. 291, con la presencia de una inequívoca voluntad finalista en el sujeto que logra imponer un acuerdo abusivo, que debe actuar movido por la intención de obtener un provecho patrimonial (propio o ajeno), hace impensable la posibilidad de admitir el dolo eventual.

VII. IMPOSICIÓN O APROVECHAMIENTO DE ACUERDOS LESIVOS (ART. 292 DEL CP 1995)

1. Bien jurídico

El art. 292 del CP 1995 castiga con la pena del art. 291, «a los que impusieren o se aprovecharen para sí o para un tercero, en perjuicio de la sociedad o de alguno de sus socios, de un acuerdo lesivo adoptado por una mayoría ficticia, obtenida por abuso de firma en blanco, por atribución indebida del derecho de voto a quienes legalmente carezcan del mismo,

⁹⁸ Vives Antón, T.S., en Vives Antón, T.S. y otros: *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 1990, pág. 815; Sáinz de Robles, C.: «El ánimo de lucro. Ensayo de aproximación histórico-material al concepto», en *Estudios de Derecho penal y Criminología. En homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa*, II, Madrid, 1989, págs. 304-305.

⁹⁹ Conde-Pumpido Ferreiro, C.: *Código penal...*, ob. cit., pág. 3.023.

por negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tengan reconocido por la Ley, por cualquier otro procedimiento semejante, y sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituyese otro delito».

El delito de imposición o aprovechamiento de acuerdos lesivos se configura como una figura *tuteladora de los intereses patrimoniales, en este caso, de la propia sociedad o de los socios, que pueden verse afectados por el acuerdo lesivo*. Es posible, por tanto, afirmar que éste es un precepto orientado, entre otras cosas y entre otros de los preceptos del mismo capítulo (arts. 290 y 295), a la *tutela del patrimonio social*, que se puede ver perjudicado por ese acuerdo lesivo. Como en el caso del art. 291, me inclino¹⁰⁰ a considerar el delito del art. 292 del CP 1995 como un *delito de lesión o de resultado lesivo*¹⁰¹, que exige, por tanto, de un efectivo perjuicio (económico) a la sociedad o a los demás socios. En relación con el art. 291, ya señalé que la exigencia de esa efectiva lesión (perjuicio) para los intereses de los socios, a la vista de cómo está redactado el tipo, no aparece como un elemento inequívoco del mismo y, por tanto, la expresión utilizada por el legislador al referirse a que la acción típica debe realizarse «en perjuicio de los demás socios», es equívoca y se presta a diversas interpretaciones. Pero, en el caso del art. 292, entiendo que esa exigencia es mucho más explícita, en la medida en que el acuerdo debe de ser *lesivo*, es decir, que *cause* daño o perjuicio, y si, además, ha de ser adoptado *en perjuicio de la sociedad o de alguno de sus socios*, quiere decir que ese daño o perjuicio necesariamente va referido a los intereses de la sociedad o de los demás socios. En resumen que si el acuerdo es inocuo para los intereses de la sociedad o de los socios ya no es posible hablar de *acuerdo lesivo*, pues no hay lesión sin perjuicio. Tiene razón, por tanto, Terradillos Basoco¹⁰² cuando señala que al añadirse a la exigencia de que el acuerdo sea lesivo, el que éste se haya adoptado en perjuicio de la sociedad o de los

¹⁰⁰ Corrigiendo, como en el caso del art. 291, la posición que mantuve en una ocasión anterior; así, en Del Rosal Blasco, B.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 1.430.

¹⁰¹ Así, Terradillos Basoco, J.: *Estudios...*, ob. cit., pág. 280; Mata y Martín, R.M.: *RdS*, pág. 174; Martín Pallín, J.A.: *Código penal...*, ob. cit., págs. 1.400. En contra, Valle Muñiz, J.M.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 1.322-1323; Faraldo Cabana, P.: *Los delitos...*, ob. cit., pág. 471; Conde-Pumpido Ferreiro, C.: *Código penal...*, ob. cit., pág. 3.023.

¹⁰² Terradillos Basoco, J.: *Estudios...*, ob. cit., pág. 280.

demás socios, «o se case en reiteración no explicable o se viene a tipificar la imposición o el aprovechamiento de un acuerdo cuya lesividad ha dejado de ser hipotética, para concretarse en un perjuicio a la sociedad o a alguno de los socios»; aparte de que –sigue diciendo– «se castiga a quienes se aprovecharen del acuerdo, lo que no parece factible si éste no se ha traducido en resultado». Por otra parte, al igual que sucede en el art. 291, en el art. 292 la pena de multa se determina, igualmente, en función del beneficio obtenido por el infractor; si en los delitos patrimoniales el enriquecimiento ilícito (beneficio) es la contrapartida del perjuicio, no tendría sentido determinar de esa manera la pena de multa si no es porque se está suponiendo que para la consumación del delito es necesaria la causación efectiva de dicho perjuicio. Por último, igual que indiqué respecto del art. 291, en el caso del art. 292, la necesidad de un perjuicio efectivo como elemento típico se acomoda mejor con las exigencias materiales del principio de intervención mínima.

El tipo del art. 292 habla de imponer acuerdos lesivos adoptados por una mayoría ficticia, que se ha obtenido abusando de firma en blanco, o atribuyendo indebidamente el derecho de voto a quienes legalmente carezcan del mismo, o negando ilícitamente el ejercicio de este derecho a quienes lo tenga reconocido por la Ley, o a través de otro procedimiento semejante, con lo cual puede haber conculcación de otros intereses legalmente protegidos –entre ellos, por ejemplo, los que afectan a los derechos del accionista de una sociedad mercantil–, no está este precepto destinado a proteger esos otros intereses, pues el mismo se aplica «sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituyese otro delito».

2. Tipo objetivo

A) *Sujetos activos*

El tipo del art. 292 se configura, al igual que ocurría en el caso del art. 291, como un *delito especial propio*, pues para la realización del injusto se requiere la concurrencia de una determinada cualidad, en concreto, la de ser el socio o miembro del órgano de administración que impone el acuerdo lesivo o se aprovecha para sí o para un tercero del mismo¹⁰³, y

¹⁰³ Terradillos Basoco, J.: *Derecho penal de la empresa*, ob. cit., pág. 88.

planteará, en materia de coautoría y participación criminal, la problemática propia de este tipo de delitos. Obviamente, la necesidad de limitación del posible círculo de los sujetos activos se produce por el propio sentido del tipo y de las conductas en él descritas, aunque el texto del art. 292 no lo diga explícitamente, pues se limita a utilizar la expresión «(...) *los que impusieren o se aprovecharen para sí o para un tercero...*». En el caso del «imponer», parece claro que tal comportamiento únicamente lo pueden realizar uno o más socios que intervienen en la Junta general, creando la mayoría ficticia que adopta el acuerdo lesivo; en el caso del «aprovecharse», parece obvio que no se le puede reprochar a un *extraño* a la sociedad, que no tuvo la menor posibilidad de intervenir en la Junta general y, por tanto, de crear la mayoría ficticia para imponer el acuerdo, el que se aproveche de él. Además, como ha indicado Valle Muñiz¹⁰⁴, una interpretación sistemática aconseja tal restricción, además de que el que se aprovecha del acuerdo debe ser el mismo que haya formado ilícitamente la mayoría ficticia, o que por lo menos haya participado directa o indirectamente en la formación de dicha mayoría ficticia¹⁰⁵. El que impone el acuerdo tiene que haber obtenido la mayoría ficticiamente y, por lo tanto, de forma ilícita, y por eso se habla de *acuerdo lesivo*, porque se infringen abiertamente o se manipulan fraudulentamente los procedimientos legales de creación de mayorías, perjudicando los intereses económicos de la sociedad o de alguno de sus socios; si la mayoría se ha obtenido lícitamente y lo que hay es un prevalimiento de la misma, entonces, estaremos en supuesto de *acuerdo abusivo* contemplado en el art. 291.

B) Conducta típica

El tipo del art. 292 recoge dos modalidades de conducta típica; la primera se satisface *imponiendo*, en perjuicio de la sociedad o de alguno de sus socios, un acuerdo lesivo adoptado por una mayoría ficticia, que se

¹⁰⁴ Valle Muñiz, J.M.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 1.321; en el mismo sentido, Manzanares Samaniego, J.L.: *AP*, págs. 292-293.

¹⁰⁵ Consideran, sin embargo, que al menos en la modalidad de «aprovechamiento» podrá ser sujeto activo un tercero ajeno a la sociedad, Faraldo Cabana, P.: *Los delitos...*, ob. cit., págs. 464-465; Conde-Pumpido Ferreira, C.: *Código penal...*, ob. cit., pág. 3.025; González Vizcaya, E.: *AP*, pág. 238.

ha obtenido, bien por abuso de firma en blanco, bien por atribución indebida del derecho de voto a quienes legalmente carezcan del mismo, bien por negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tenga reconocido por la Ley, bien a través de otro procedimiento semejante; la segunda, *aprovechándose* para sí o para un tercero, en perjuicio de las sociedad o de alguno de sus socios, de un acuerdo lesivo adoptado por una mayoría ficticia obtenida de algunas de las formas mencionadas.

La *imposición* del acuerdo implica, como en el caso del art. 291, que se obliga o fuerza a aceptar y a pasar por él y por sus consecuencias a los socios disidentes, mediante la utilización de los mecanismos legales que se ponen al servicio de las mayorías en la Junta general, habiéndose conseguido tal mayoría, no a través de los cauces establecidos por la Ley o los estatutos sociales, sino «ficticiamente»; es decir, al margen de la Ley y de los estatutos sociales, mediante el recurso a alguna de las situaciones previstas en el propio precepto. No parece que sea necesario, desde el punto de vista típico (por más que sea ésa la situación más corriente y frecuente) que sea el mismo sujeto activo el «creador» de la mayoría ficticia, sino que basta con que, teniendo a su favor esa mayoría ficticiamente creada, por alguna de las situaciones descritas en el tipo, *imponga* el acuerdo lesivo.

Las situaciones a través de las cuales se debe crear la mayoría ficticia son, en primer lugar, al *abuso de firma en blanco*. Se ha señalado¹⁰⁶ que existe tal abuso sólo cuando la información del que cedió su firma no abarca todos los elementos esenciales del caso o, cuando existiendo, se violan las indicaciones expresas por él dadas. En principio, si existe *abuso* es porque la firma cedida se obtuvo lícitamente, pero su utilización excede de los límites para lo que fue concedida. No entendemos imprescindible que la información del que la cedió no abarcara los elementos esenciales del caso o que se violen expresamente las indicaciones expresas; bastará con que la utilización de la firma vaya más allá de los límites de lo autorizado y que ese abuso sea determinante para formar la mayoría ficticia. Las únicas situaciones de atipicidad (por no haber propiamente abuso de la firma en blanco) que se podrían esgrimir serían las establecidas en los arts. 107.2

¹⁰⁶ Terradillos Basoco, J.: *DJ*, pág. 859, siguiendo a Delmas-Marty, M.: *Droit pénal*, ob. cit., pág. 397; en el mismo sentido, Martínez-Pereda Rodríguez, J.M.: *PJ*, pág. 191.

de la LSA, para el caso de solicitud pública de representación, y 108 del mismo texto legal, para el caso de representación familiar. El CP 1995 se refiere, igualmente, a la *atribución indebida del derecho del voto* a quienes legalmente carezcan del mismo. Como se ha señalado en nuestra doctrina¹⁰⁷, esta conducta puede tener lugar tanto por concedérsele el voto a quien no es accionista como por hacerlo a quien siéndolo no pueda votar por diversas causas: mora en el pago de dividendos pasivos o supuestos de usufructo o de prenda de acciones, pero, además, debe ser determinante para lograr la mayoría ficticia. Habla también el CP de *negación ilícita del ejercicio del derecho de voto* a quien lo tenga legalmente reconocido, situación ésta cuya inclusión en el tipo había sido solicitada por la doctrina¹⁰⁸, pues merece idéntica valoración que la de atribución indebida del voto a quien no le corresponde. La expresión *negación ilícita* se refiere, por supuesto, a todos aquellos casos en los que la privación del derecho del voto es contraria a las leyes o a los estatutos sociales y, por tanto, no comprende, en efecto, ni el supuesto de acciones sin voto ni el de mora en el pago de dividendos pasivos ni la falta de número de acciones estatutariamente exigido ni tampoco los supuestos de incumplimiento recogidos en el art. 104 de la LSA, etc.¹⁰⁹, porque todos ellos son casos de privación legítima y, por tanto, legal del derecho de voto. Una vez más, no es suficiente la negativa ilícita, sino que es necesario que la falta de emisión de los votos legítimos fuera determinante para la creación de la mayoría ficticia.

El derecho de voto hay que interpretarlo, en los términos descritos en el art. 293, como parte integrante del derecho del socio a la participación en la gestión o control de la actividad social, luego su privación ilegítima incurre, igualmente, en el delito previsto en dicho precepto, si es que lo han llevado a cabo los administradores de hecho o de derecho. Será, entonces, una situación de *concurso de delitos*, toda vez que en el último inciso del art. 292 se indica que las penas del mismo se impondrán, «sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituyese otro delito».

¹⁰⁷ Martínez-Pereda Rodríguez, J.M.: *PJ*, pág. 191.

¹⁰⁸ Terradillos Basoco, J.: *DJ*, pág. 859.

¹⁰⁹ Martínez-Pereda Rodríguez, J.M.: *PJ*, págs. 191-192.

El CP 1995 cierra la descripción de los supuestos a través de los cuales se puede obtener una mayoría ficticia con una fórmula abierta, «o por cualquier otro medio o procedimiento semejante», lo que parece que hay que aceptar como inevitable si no se quiere incurrir en un casuismo de *numerus clausus* que, probablemente, terminaría por dejar fuera supuestos similares de formación de mayorías ficticias. Al referirse la ley a medios o procedimientos *semejantes*, hay que entender que está haciendo alusión a medios o procedimientos del mismo tenor abusivo o fraudulento y de la misma eficacia para la formación de la mayoría ficticia.

Desde nuestro punto de vista, el *aprovechamiento* del acuerdo lesivo debe requerir que el sujeto activo, conociendo la situación de mayoría ficticia, la propuesta de adopción del acuerdo y su carácter lesivo, y no habiendo participado en su imposición, cuando menos, *no haya intentado evitarlo*, precisamente, con el fin de lograr un beneficio patrimonial para él mismo o para un tercero. De no ser con esa restricción, el tipo podría llegar a tener un ámbito de aplicación excesivo. La exigencia de actuar *para sí o para un tercero* se establece sólo para quien se aprovecha del acuerdo lesivo, pero no para el que lo impone.

El acuerdo debe de ser *lesivo*, es decir, contrario al interés social. En cualquier caso, como se ha obtenido mediante un mayoría ficticia, ello podrá determinar su nulidad¹¹⁰. Finalmente, como ya señalé en el caso del art. 291, el concepto de *perjuicio* ha de interpretarse en el sentido de *perjuicio económico*, es decir, como equivalente a *disminución del patrimonio*, lo cual se deduce de elementales razones sistemáticas, no sólo por el encuadramiento del tipo dentro del título XIII, sino, incluso, por comparación con otros tipos del mismo capítulo, que contienen esa referencia al perjuicio económico de forma expresa (arts. 290 y 295).

3. Tipo subjetivo

Aunque en este caso no aparece como una exigencia explícita en la Ley el que el sujeto activo haya actuado con ánimo de lucro propio o ajeno, parece que por la forma en la que está redactado tal exigencia es casi ineludible, pues describe un escenario en el que el legislador claramente

¹¹⁰ Vicent Chuliá, F.: *Compendio...*, ob. cit., pág. 609.

da por el hecho una actuación en el sujeto activo con la específica finalidad de obtener un beneficio económico. La imposición del acuerdo lesivo o su aprovechamiento aparecen como claramente instrumentales respecto del provecho económico que obtiene el sujeto (contrapartida del perjuicio de la sociedad o de los socios). Por ello, me inclino por aceptar que, en tales condiciones, la posibilidad del dolo eventual es impensable¹¹¹.

VIII. NEGACIÓN U OBSTACULIZACIÓN DE LOS DERECHOS DEL SOCIO (ART. 293 DEL CP 1995)

1. Bien jurídico

El art. 293 del CP 1995 castiga, con la pena de multa de seis a doce meses, a «los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, que sin causa legal negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones reconocidos por la Leyes».

El art. 293 brinda protección penal a derechos del socio reconocidos por la Cuarta Directiva comunitaria, de 25 de julio de 1978, y por nuestra legislación mercantil (art. 48 LSA, por ejemplo)¹¹², aunque con una importantísima modificación respecto del texto del Proyecto de LO de CP de 1994, que sólo castigaba esas conductas cuando eran *maliciosas y reiteradas*.

Entiendo que la tipificación penal de estas conductas obedece a un doble objetivo, por una parte, desde la perspectiva «interna» de la propia sociedad se trata de proteger los derechos e intereses de los socios extraños al grupo de control de la sociedad, que son los que normalmente se pueden ver perjudicados de la manera en que relata el tipo; pero, por otro, desde una perspectiva «externa», se trata de garantizar el adecuado funciona-

¹¹¹ En el mismo sentido, Faraldo Cabana, P.: *Los delitos...*, ob. cit., pág. 472; en contra, Martínez-Buján Pérez, C.: «Delitos...», en *ob. cit.*, pág. 493.

¹¹² Terradillos Basoco, J.: *Derecho penal de la empresa*, ob. cit., pág. 89.

miento de la sociedad y de sus propios mecanismos de control interno¹¹³ y de garantizar, también, que se va a formar correctamente la voluntad del ente colectivo, conforme a su capital social¹¹⁴. En el fondo, es un refuerzo a las exigencias de transparencia en la gestión societaria, lo que se consigue mediante la tutela de los *derechos legales fundamentales del accionista o socio*, que es el bien jurídico protegido en tal precepto. Tales derechos los compendia el texto del art. 293 en los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, y suscripción preferente de acciones, aunque luego se verá como su referencia con los establecidos por el Derecho mercantil no es sencilla. De forma mediata, qué duda cabe que a través de este tipo del art. 293, no dejan de tutelarse también los intereses patrimoniales de los accionistas, pues en la medida que el ejercicio de sus derechos está garantizado lo estará también la posibilidad de adoptar las decisiones que más convengan a la buena gestión de sus patrimonios respectivos. Pero no es posible, por cómo está estructurado el tipo, decir que el patrimonio sea, también, un bien jurídico protegido cuya puesta en peligro sea requisito de tipicidad. El delito se configura, pues, y con respecto a los derechos de los accionistas, como un delito de lesión.

2. El tipo objetivo

La conducta típica se satisface negando o impidiendo a un socio, sin causa legal, el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones reconocidos por la Leyes. La descripción de los derechos del accionista recogidos en el texto del art. 293 no coincide, exactamente, con la recogida, por ejemplo, en el art. 48 de la LSA (precepto que recoge, en términos generales, los derechos legales del accionista), luego la duda que se suscita es si, básicamente, es a éstos a los que el CP de 1995 se refiere. En otro orden de cuestiones, también se plantea el problema de si es únicamente a

¹¹³ Samor, S.: «Violazioni di obblighi relativi all'amministrazione attiva ed alla liquidazione nelle società commerciali», en VV.AA.: *Tratatto di diritto penale dell'impresa*, vol. secondo: «I reati societari», a cura di Nicola Mazzacuva, Padova, 1992, págs. 304-305.

¹¹⁴ A ello se refieren diversos autores; así, Martínez-Pereda Rodríguez, J.M.: *PJ*, pág. 194; García de Enterría, J.: *Los delitos...*, ob. cit., pág. 81; Suárez González, C.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 843; Faraldo Cabana, P.: *Los delitos...*, ob. cit., págs. 486-487..

los derechos de los accionista de una sociedad anónima o de una sociedad comanditaria por acciones a los que se refiere el CP o también a otros derechos asimilables de los socios de otro tipo de sociedades mercantiles porque, por ejemplo, a los socios de una sociedad de responsabilidad limitada no les asiste el derecho de suscripción preferente de acciones.

Lo primero que, en mi opinión, hay que aclarar es que la relación de derechos protegidos por la legislación penal se debe limitar a los que se han venido en denominar derechos mínimos o fundamentales, porque de lo contrario la intervención penal carecería del más elemental de los fundamentos, olvidando que el Derecho penal debe de tener un carácter fragmentario y subsidiario. Dicho lo cual, hay que señalar que en el ámbito mercantil, los derechos del accionista que básicamente se establecen en el art. 48 de la LSA se suelen clasificar en dos categorías: *derechos económicos o patrimoniales*, que se integrarían por los derechos a participar en las ganancias y en la cuota de liquidación, y *derechos políticos o administrativos*, constituidos por el derecho de asistencia, voto e impugnación de los acuerdos sociales y el de información. El derecho de suscripción preferente de acciones sería un *derecho mixto o de doble contenido*¹¹⁵. El *derecho de información* al que se refiere el art. 293 debe coincidir con el que, en el ámbito del Derecho mercantil, concede a los accionistas el derecho a «solicitar por escrito, con anterioridad a la reunión de la junta, o verbalmente durante la misma, los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día» (art. 112 LSA). Igualmente, la referencia en el art. 293 al *derecho a la suscripción preferente de acciones* ha de entenderse equivalente al derecho de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones o de obligaciones convertibles en acciones del art. 48 LSA, cuyo contenido viene definido por el art. 158 LSA. Por otro lado, el *derecho a la participación en la gestión o control de la actividad social* ha de entenderse coincidente con el derecho de asistencia y voto en las juntas generales y con el derecho a la impugnación de los acuerdos sociales, pues, al fin y a la postre, éstos no son sino «emanaciones progresivamente individualizadas de aquel derecho-madre a intervenir en

¹¹⁵ Véase, Duque Domínguez, J.: «Introducción a la protección de los derechos del accionista frente a los acuerdos de la mayoría», en *RdS*, núm. 1, 1993, págs. 75 y ss.

la vida social que la ley anterior [la LSA de 1951] resumía más sucintamente en el derecho a votar en las Juntas Generales»¹¹⁶. Discutible es si, también, dentro de esta última referencia se puede incluir el derecho a solicitar la convocatoria de la junta o asamblea de socios (art. 100, núm. 2, LSA) y el derecho a ostentar una representación proporcional en el Consejo de administración (art. 137 LSA). Entiendo, como lo han hecho otros antes¹¹⁷, que la respuesta ha de ser afirmativa, fundamentalmente por la amplitud de los términos del tipo que denotan una inequívoca voluntad del legislador de que el accionista pueda controlar la gestión y la actividad social, para lo cual es indudable que el derecho a solicitar la convocatoria de la junta o asamblea de socios y el derecho a ostentar una representación proporcional en el Consejo de administración son fundamentales. Finalmente, el principal problema a los efectos de concretar cuáles son los derechos que se deben entender incluidos en el art. 293 es decidir si también son incluibles el derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación. Algún autor ha negado esta posibilidad «por los insoslayables condicionantes que comporta el principio de legalidad en el ámbito penal», toda vez que carece de una referencia en el art. 293 donde poder ser incluido¹¹⁸. Ciertamente que no existe apoyatura legal, dentro del citado precepto, a partir de la cual dar cabida al derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación y por más que sea inexplicable que el legislador de 1995 haya dejado fuera este único derecho fundamental hay que optar por la solución negativa.

En lo que se refiere, sin embargo, a la posibilidad de que también estén tutelados los derechos equivalentes de los socios de sociedades que no tengan su capital dividido en acciones, creo, como ya ocurre en el caso del art. 291, que se debe operar con un concepto amplio de accionista, como equivalente, a socio titular de acciones o participaciones en la sociedad, ya que, de lo contrario, se crearían lagunas injustificables de punibili-

¹¹⁶ Sánchez Andrés, A.: «Las acciones. La acción y los derechos del accionista», en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dirigido por R. Uría, A. Menéndez y M. Olivencia, tomo IV, vol. 1, Madrid, 1994, pág. 101.

¹¹⁷ García de Enterría, J.: *Los delitos...*, ob. cit., págs. 81-82; Valle Muñiz, J.M.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 1.326.

¹¹⁸ García de Enterría, J.: *Los delitos...*, ob. cit., págs. 82.

dad, desvirtuándose el propio sentido de la definición de sociedad, a efectos penales, del art. 297.

El tipo castiga a quien niega o impide el ejercicio de los derechos *sin causa legal*, luego, a tal efecto, habrá que estar a lo que dispongan los arts. 90, 91, 104, 105, 112, 115, 117, 158, 159, 212 a 217, todos ellos de la LSA, y 155, 158 y 159 del RRM, para comprender con exactitud el contenido de cada uno de esos derechos y las limitaciones legales y estatutarias que a su ejercicio se pueden establecer. No es necesario, porque ni lo exige el tipo ni se deduce de su estructura, que la negativa o el impedir el ejercicio de tales derechos esté guiada ni motivada por un especial fin o propósito, pero el resultado del delito tiene que concretarse en una efectiva imposibilidad, por parte del accionista legitimado, de ejercer su derecho en cuestión.

3. Tipo subjetivo

De la estructura típica del art. 293 no se deduce ninguna particular exigencia en cuanto al dolo, luego hay que entender que son posibles tanto la concurrencia del dolo directo como la del dolo eventual.

IX. NEGACIÓN U OBSTACULIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD INSPECTORA O SUPERVISORA (ART. 294 DEL CP 1995)

1. Bien jurídico protegido

El art. 294 del CP 1995 castiga a «los que, como administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, sometida o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa, negaren o impidieren la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras» con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses, estableciéndose, además, que aparte «de las penas previstas en el párrafo anterior, la autoridad judicial podrá decretar alguna de las medidas previstas en el art. 129 de este Código».

Como se ha señalado en nuestra doctrinal mercantil¹¹⁹, determinadas sociedades anónimas, bien sea por la importancia económico-general o

¹¹⁹ Broseta Pont, M.: *Manual...*, ob. cit., pág. 404.

social de la actividad económica que tales sociedad explotan (por ejemplo, las sociedades anónimas bancarias, sociedades anónimas de seguros, sociedades anónimas de inversión mobiliaria), bien sea porque son creadas por el Estado o entes de Derecho público para la consecución (teórica) de fines de naturaleza e interés económico-general o para evitar que actividades económicas esenciales para una comunidad política permanezcan en manos privadas (empresas públicas con forma de sociedad anónima, bancos nacionalizados), o bien sea porque aun prevaleciendo en ellas los intereses privados de sus miembros éstos poseen un contenido y una intensidad diversa a la que tradicionalmente le corresponde a los accionistas de una sociedad anónima (por ejemplo, sociedades mutuas, sociedades anónimas laborales), están sometidas a una suerte de intervencionismo (normativo o directo) o a una suerte de previsiones y tutela que alteran, respecto al vigente en el resto de las sociedades mercantiles, su régimen jurídico. Ese régimen jurídico especial se concreta, por regla general, en que su constitución, administración e, incluso, sus inversiones padecen una serie de peculiaridades o limitaciones, estando sometidas, igualmente, a unas particulares control y vigilancia administrativa¹²⁰. Estas sociedades anónimas especiales se dividen, fundamentalmente, en tres grandes grupos: las *sociedades anónimas especiales de carácter privado*, las *sociedades anónimas con capital público* y las *sociedades mutualísticas*¹²¹. El régimen de intervención y control de cada una de las sociedades pertenecientes a dichas categorías varía en función de sus características y el ámbito en el que actúan. A modo meramente indicativo, y sin poder ser exhaustivo, desde el punto de vista de la interpretación del tipo penal del art. 294, las más relevantes son las *entidades bancarias* y *Cajas de Ahorros* (reguladas por la Ley de 31 de diciembre de 1946, de Ordenación Bancaria y el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, y por una multiplicidad de disposiciones estatales, autonómicas y del Banco de España) o, dentro, por ejemplo, de las sociedades anónimas especiales de carácter privado, en primer lugar, las *instituciones de inversión colectivas*, cuyo régimen jurídico está contenido en la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, y en el Real Decreto

¹²⁰ Broseta Pont, M.: *Manual...*, ob. cit., págs. 405 y ss.

¹²¹ *Ibidem*, págs. 404 y ss.

1393/1990, de 2 de noviembre, y que se integran por las Sociedades de Inversión Mobiliaria y los Fondos de Inversión Mobiliaria. Igualmente relevantes, dentro de ese mismo grupo, son las *sociedades anónimas de seguros*, cuyo régimen especial se recoge en la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación del Seguro Privado y su Reglamento de 1 de agosto de 1985 y el Real Decreto de 22 de agosto de 1986, de adaptación del anterior a las Directivas de la Unión Europea, y las *sociedades mediadoras del mercado de dinero*, reguladas por acuerdo del Consejo Ejecutivo del Banco de España de 9 de enero de 1991. Finalmente, por citar algunas más, especial relevancia tienen, igualmente, las *sociedades especiales en el Mercado de Valores*, reguladas por la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

En todos estos casos, la importancia y trascendencia que para el interés económico general tienen estas sociedades es lo que justifica, por una parte, el control y la vigilancia administrativa y, por otro, el refuerzo de todo ese mecanismo de control administrativo a través del aparato represivo del Derecho penal, para los casos en los que se obstaculice la labor inspectora o supervisora de las personas, órganos o entidades encargadas de tal cometido. Dentro de los delitos societarios, el tipo del art. 294 es *el único que tiene una naturaleza puramente socio-económica* y que se configura, entonces, como un *delito de peligro abstracto*, cuya finalidad es proteger *el orden económico entendido como regulación jurídica de la participación estatal en la economía de nuestro país*, a través del mantenimiento de las condiciones de claridad y transparencia que deben observar las sociedades sometidas a supervisión en sus relaciones con quien ostenta tales facultades inspectoras o supervisoras¹²². El legislador da por supuesto que tal negativa o tal obstaculización puede encerrar la ocultación de irregularidades o fraudes y, por tanto, un peligro hipotético para el interés económico-general anticipando, por ello, las barreras defensivas del Derecho penal.

¹²² En el mismo sentido, Valle Muñiz, J.M.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 1.328; Conde-Pumpido Ferreiro, C.: *Código penal...*, ob. cit., pág. 3.040; Faraldo Cabana, P.: *Los delitos...*, ob. cit., págs. 517-518; Martínez-Buján Pérez, C.: «Delitos...», en *ob. cit.*, pág. 499; en contra, Terradillos Basoco, J.: *Estudios...*, ob. cit., págs. 281-282.

2. Tipo objetivo

La conducta típica se satisface negando o impidiendo la actuación de las personas, órganos o entidades encargadas de la inspección o supervisión en el caso de sociedades, constituidas o en formación, sometidas a supervisión administrativa o que actúen en mercados sujetos a supervisión administrativa. El tipo del art. 294 es, por tanto, una especie de norma penal en blanco, pues, habrá que estar a lo que dispongan las normas sectoriales vigentes en la materia de cada una de las sociedades en particular (entre otras, están las normas citadas *supra*), para saber si, en concreto, la sociedad está o no sometida a tal supervisión y si, en el caso concreto, está o no obligada a soportar la inspección o supervisión en cuestión. Que se haya regulado de tal forma, creando un tipo extremadamente abierto es, desde la perspectiva de las exigencias materiales dimanantes del principio de legalidad, más que discutible.

3. Tipo subjetivo

De la estructura típica del art. 294 no se deduce ninguna particular exigencia en cuanto al dolo, luego hay que entender que son posibles tanto la concurrencia del dolo directo como la del dolo eventual.

X. LA ADMINISTRACIÓN SOCIETARIA FRAUDULENTA (ART. 295 DEL CP 1995)

1. Bien jurídico

El repertorio de los nuevos delitos societarios del CP 1995 se cierra, en el art. 295, con el delito de administración societaria fraudulenta, que castiga a «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, cuantapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren» y los castiga con una «pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido». Puestos a definir cuál sea el bien jurídico protegido en el art. 295 hay varias cuestiones que son objeto de polémica. La primera es la de saber si

como objeto de tutela en el ámbito de este tipo de delitos se debe de incluir, incluso como objeto de tutela único, el propio vínculo de fidelidad del que administra los bienes del titular de los mismos¹²³. La solución parece que no ofrece dudas en el sentido de que se debe excluir la infidelidad como objeto de tutela, pues ésta no es sino el medio a través del cual se concreta el ataque patrimonial¹²⁴. En segundo lugar, hemos de resolver si el tipo exige como elemento integrante del mismo el perjuicio al patrimonio de la sociedad o sólo al de los socios, de modo que la conducta de administración societaria fraudulenta que perjudique el patrimonio de la sociedad pero no el de los socios es impune. Un sector doctrinal¹²⁵ es tajante cuando afirma que el legislador ha optado por no proteger, a través del tipo del art. 295, el patrimonio social y, por tanto, los perjuicios causados a éste, que no perjudiquen, a la vez, el patrimonio de los sujetos pasivos expresamente mencionados en el tipo, son impunes. Otro sector¹²⁶, sin embargo, opta por considerar más razonable entender que la mención a los socios se hace en cuanto titulares del patrimonio social y, por tanto, el tipo también abarca el perjuicio causado a éste. En mi opinión, ésta es la opción más acertada, de modo que la conducta descrita en el art. 295 atenta contra el *patrimonio*

¹²³ La elevación de la *Untrue* a la categoría de semi-símbolo del constituyente Derecho penal de la fidelidad fue una sugerencia del Derecho penal nacionalsocialista en la Alemania de los años treinta, que tuvo en G. Dahm a uno de sus principales impulsores (véase, la referencia, en Foffani, L.: *Infedeltà patrimoniale...*, ob. cit., págs. 237-238).

¹²⁴ Véase, por todos, sobre este problema, Faraldo Cabana, P.: *Los delitos...*, ob. cit., págs. 555 y ss. La consideración del patrimonio como bien jurídico protegido en la administración fraudulenta es una posición absolutamente mayoritaria no sólo en España sino, igualmente, en la doctrina comparada; así, por ejemplo, para la doctrina alemana, véase, Hübner, E.: *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, 10. völlig neu bearbeitete Auflage, herausgegeben von H.H. Jescheck, W. Ruß, G. Willms, 18. Lieferung, §§ 263-266, Berlin-New York, 1979, § 266, marginal 19, pág. 401; Leckner, T., en Schönke, A. y Schröder, H.: *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 25. neubearbeitete Auflage von T. Lencker, P. Cramer, A. Eser y W. Stree, München, 1997, § 266, marginal 1, pág. 1.941.

¹²⁵ Valle Muñiz, J.M.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 1.334; Nieto Martín, A.: *El delito...*, ob. cit., págs. 259-260; Suárez González, C.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 847; Terradillos Basoco, J.: *Estudios...*, ob. cit., pág. 287.

¹²⁶ Faraldo Cabana, P.: *Los delitos...*, ob. cit., pág. 568; Rodríguez Montañés, T.: *La responsabilidad...*, ob. cit., pág. 125; Moreno Cánoves/Ruiz Marco: *Delitos...*, ob. cit., pág. 335; Sánchez Álvarez, M.M.: *Los delitos...*, ob. cit., pág. 180; Mata y Martín, R.M.: *RdS*, págs. 175-176; Conde-Pumpido Ferreira, C.: *Código penal...*, ob. cit., pág. 3.048.

social y contra el *patrimonio de los socios, depositantes, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital* que administren los administradores de hecho o de derecho de la sociedad en cuestión, patrimonios todos ellos que se convierten en el objeto jurídico de tutela en el tipo que ahora comento. La opción contraria sería absolutamente ilógica desde el punto de vista político-criminal y no se acomodaría bien a una interpretación sistemática del precepto, que lo sintonizara con el resto de los delitos societarios ubicados en el capítulo XIII del título XIII. En tercer y último lugar quedaría por resolver el problema de si, además de los citados, están protegidos a través del art. 295 intereses patrimoniales ajenos a los de la sociedad y a los de los socios. Como ocurre con el anterior problema, la doctrina se divide entre quienes aceptan tal extensión¹²⁷ y quienes la rechazan¹²⁸. En mi opinión, a la vista de como está redactado el tipo, y aunque ello sea absolutamente discutible técnica y políticamente¹²⁹, no es posible una respuesta negativa, de modo que en el art. 295 también está protegido *el patrimonio de terceros distintos a la sociedad y a los socios*. Sin duda que la razón de ser de semejante extensión típica hay que verla en la necesidad de abarcar, a falta de un tipo general de administración fraudulenta, el supuesto de las administraciones fraudulentas de los depósitos bancarios¹³⁰.

El art. 295 del CP 1995 se configura como un *delito de lesión*¹³¹, pues el tipo exige inequívocamente la causación directa de un perjuicio

¹²⁷ Gómez Benítez, J.M.: *ADPCP*, págs. 477-478; Nieto Martín, A.: *El delito...*, ob. cit., págs. 255 y ss.; Conde-Pumpido Ferreiro, C.: *Código penal...*, ob. cit., pág. 3.048.

¹²⁸ Martínez Pérez, C.: «El delito societario...», en *ob. cit.*, pág. 330; Faraldo Cabana, P.: *Los delitos...*, ob. cit., págs. 564-565; Rodríguez Montañés, T.: *La responsabilidad...*, ob. cit., pág. 124.

¹²⁹ Porque, como con razón a señalado Martínez-Buján Pérez (trabajo inédito citado por Terradillos Basoco, J.: *Estudios...*, ob. cit., pág. 286), de esa manera se desdibuja la naturaleza de la figura pues «lo verdaderamente característico de la administración fraudulenta ha de verse en un elemento preciso y riguroso, a saber, en la infracción del especial deber de cuidado patrimonial que incumbe al sujeto activo en relación con los bienes del sujeto pasivo, y que en nuestro caso se concreta además ulteriormente en los específicos deberes de cuidado inherentes al administrador de una sociedad mercantil».

¹³⁰ Así lo indica, en efecto, Martínez-Buján Pérez, C.: «Delitos...», en *ob. cit.*, pág. 505.

¹³¹ Opción absolutamente criticable y que va a plantear problemas de inaplicación del mismo, como ha advertido Valle Muñiz, J.M.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 1.334; en el mismo sentido, Sánchez Álvarez, M.M.: *Los delitos...*, ob. cit., pág. 189.

económicamente evaluable a los sujetos pasivos, que son la sociedad, los socios, los depositantes, los cuentapartícipes o los titulares de los bienes, valores o capital que administren los administradores de hecho o de derecho de la sociedad en cuestión¹³².

2. Tipo objetivo

A) *Sujetos activos*

Aparte de a los administradores de hecho o de derecho, el tipo incluye, dentro del círculo de posibles sujetos activos, a los socios. La doctrina ha mostrado una cierta extrañeza por la ampliación del círculo de los posibles sujetos activos, fundamentalmente porque un delito en el que juega un papel fundamental el abuso de las funciones del cargo, no parece que pueda ser cometido por quien sólo es socio¹³³, sobre todo teniendo en cuenta que de la condición de socio no se derivan facultades que le permitan disponer de los bienes sociales o contraer obligaciones a cargo de la sociedad¹³⁴. Como he explicado en otra ocasión¹³⁵, posiblemente la razón de ser de semejante ampliación quizás se encuentre en la voluntad de abarcar todo tipo de ocasiones o situaciones en las que los propios socios pueden contraer obligaciones con cargo a la sociedad o, incluso, pueden disponer fraudulentamente de bienes de otros socios, etc.¹³⁶. Pero, así y todo, no

¹³² A pesar de tan prolija descripción, se ha omitido en el tipo la referencia, en el caso de sociedades anónimas de seguros, a los asegurados, tomadores o beneficiarios que, en cada caso, resulten perjudicados (véase, Martínez-Buján Pérez, C.: «Delitos...», en *ob. cit.*, pág. 505).

¹³³ Terradillos Basoco, J.: *Estudios...*, *ob. cit.*, pág. 286.

¹³⁴ Moreno Cánoves/Ruiz Marco: *Delitos...*, *ob. cit.*, pág. 337; Conde-Pumpido Ferreiro, C.: *Código penal...*, *ob. cit.*, pág. 3.048.

¹³⁵ Del Rosal Blasco, B.: *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 1.441; en el mismo sentido, Sánchez Álvarez, M.M.: *Los delitos...*, *ob. cit.*, pág. 181.

¹³⁶ Martínez-Buján Pérez, C.: «Delitos...», en *ob. cit.*, pág. 504, encuentra la justificación de la mención a los socios como sujetos activos del delito «en la mención de las sociedades en formación, puesto que en ellas resulta discutible entender que exista, en puridad de principios, un administrador de hecho, dado que será un socio el que realizará las actividades de gestión y el que, por tal motivo, tendrá facultades para disponer de los bienes de la sociedad»; igualmente, también encuentra dicha inclusión su explicación «en el caso de sociedades personalísimas, en las cuales el socio *per se* puede intervenir en la gestión».

deja de ser cierto que en esos casos probablemente lo que se está dando es una situación de administración de hecho y, por tanto, ése es el expediente al que se hubiese podido acudir¹³⁷. En cualquier caso, con la mención ampliada al socio el delito no pierde su naturaleza de *delito especial propio* del tipo.

B) Conducta típica

La conducta típica se satisface de dos posibles formas: a) *disponiendo fraudulentamente de los bienes de la sociedad*, en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo y causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositantes, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren; o b) *contrayendo*, en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, *obligaciones a cargo de la sociedad*, causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositantes, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren. Aunque no cabe duda de que el precepto está inspirado directamente en la *Untreue* del § 266 del *StGB* y del § 153 del *StGB* austríaco¹³⁸, el legislador del CP 1995 no ha recogido la tradicional distinción entre las conductas de abuso y de infidelidad¹³⁹. Sí se ha introducido, sin embargo, un elemento típico, cuya exigencia venía siendo reclamada por diversos autores¹⁴⁰ y es la necesidad de que haya *abuso de las funciones propias del cargo* por parte del sujeto activo¹⁴¹.

La *disposición fraudulenta* tendrá lugar cuando el sujeto ejercita sus facultades de dominio, enajenando o gravando las cosas puestas a su disposición con fines de enriquecimiento propio o ajeno, distintos para los

¹³⁷ Sánchez Álvarez, M.M.: *Los delitos...*, ob. cit., pág. 181; Rodríguez Montañés, T.: *La responsabilidad...*, ob. cit., pág. 123.

¹³⁸ Bacigalupo, E.: «La problemática...», en *ob. cit.*, págs. 389-390.

¹³⁹ Arroyo Zapatero, L.: «Los delitos...», en *ob. cit.*, pág. 60; Bacigalupo, E.: «La problemática...», en *ob. cit.*, págs. 390 y ss.

¹⁴⁰ Arroyo Zapatero, L.: «Los delitos...», en *ob. cit.*, pág. 60; Bacigalupo, E.: «La problemática...», en *ob. cit.*, págs. 399.

¹⁴¹ Elemento que, como ha señalado Martínez-Buján Pérez («Delitos...», en *ob. cit.*, pág. 504), es el «equivalente estructural del engaño en el delito de estafa».

que aquéllas les fueron encomendadas. La necesidad de que exista un «abuso de funciones» y un «fraude» en la disposición no deja de ser una innecesaria reiteración típica, pues en el fondo ambos términos se están refiriendo a lo mismo; a que el sujeto está disponiendo de los bienes con infracción de los deberes de lealtad y fidelidad que le incumben en relación con el titular del patrimonio del administrado, excediéndose o desviándose de los límites y fines que le han sido impuestos a sus facultades de gestión y representación¹⁴². La disposición debe recaer sobre los bienes de la sociedad, causando un perjuicio económicamente evaluable a la propia sociedad, a sus socios, a los depositantes, cuentapartícipes, etc. Obviamente, aunque el tipo no lo mencione, si la disposición de bienes de la sociedad causa un perjuicio a sus socios, depositantes, etc., es porque previamente simultáneamente se lo ha causado, igualmente, al patrimonio social de la sociedad, que se verá obligada a reponer o resarcir la parte correspondiente del patrimonio social fraudulentamente dispuesto o que tendrá que cubrir o compensar los bienes depositados en ella de terceros, ajenos a la sociedad de los que, igualmente, se haya podido disponer fraudulentamente. Con todo, como ha señalado Terradillos Basoco¹⁴³, las posibilidades de vincular una disminución del patrimonio de un socio determinado con el comportamiento del administrador de la sociedad, salvo clamorosas excepciones, son mínimas. En cualquier caso, el resultado típico de delito es el *perjuicio económicamente evaluable* causado al patrimonio social, al patrimonio de los socios, al de los depositantes, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que el administrador, en nombre de la sociedad, administre.

En relación con esta conducta de disposición fraudulenta de bienes, tienen razón quienes señalan que difícil es su diferenciación con la contenida en el tipo de la apropiación indebida del art. 252¹⁴⁴. Además, como ya se advirtió respecto de la regulación de este delito en el PLOCP 1980¹⁴⁵,

¹⁴² Véase, Bacigalupo, E.: «La problemática...», en *ob. cit.*, págs. 390 y ss.; en el mismo sentido, Jiménez Villarejo, C.: *BICAM*, pág. 25; Mata y Martín, R.M.: *RdS*, pág. 175; Valle Muñoz, J.M.: *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 1.333; Rodríguez Montañés, T.: *La responsabilidad...*, *ob. cit.*, pág. 127.

¹⁴³ Terradillos Basoco, J.: *Estudios...*, *ob. cit.*, pág. 287.

¹⁴⁴ Bacigalupo, E.: «La problemática...», en *ob. cit.*, págs. 397.

¹⁴⁵ Stampa Braun/Bacigalupo: «La reforma...», en *ob. cit.*, pág. 154.

para agravar más las cosas, la pena para la administración desleal del art. 295, al tener como alternativa a la pena de prisión la de multa, se encuentra injustificadamente privilegiada respecto de la que corresponde a la apropiación indebida del art. 252. Político-criminalmente es un defecto notable del CP 1995 esta regulación, y aunque en una ocasión anterior opté por entender que la situación debía decantarse en favor de la aplicación de la administración desleal del art. 295, por creer que era ley especial respecto de la apropiación indebida (art. 8, regla 1ª del CP)¹⁴⁶, lo cierto es que dicha solución resulta harto insatisfactoria, tanto técnica como político-criminalmente, y habría que optar por darle preferencia a la apropiación indebida por la vía de entender que es ésta la ley principal y el tipo del art. 295 la ley subsidiaria para cuando no concurren los elementos de la apropiación indebida¹⁴⁷.

Dentro de la conducta de disposición fraudulenta de los bienes de una sociedad, en beneficio propio o de tercero, podrían encuadrarse las hipótesis narradas por algún autor¹⁴⁸, de administradores de entidades bancarias que destinan los propios recursos del banco a pagar la adquisición de las propias acciones del banco, restando así efectividad al capital social, o que destinan los recursos del banco a conceder créditos por elevadas sumas de dinero a sociedades controladas por los propios administradores y carentes de la adecuada solvencia, créditos que se renuevan periódicamente incrementados en la cuantía correspondiente a los intereses devengados, pero no pagados por la entidad.

Respecto a la conducta de *contraer obligaciones* a cargo de la sociedad, lo primero en lo que se ha de insistir es en que ello debe haberse realizado con abuso de las funciones propias del cargo; es decir –y como

¹⁴⁶ Del Rosal Blasco, B.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 1.443; en el mismo sentido, López Garrido/García Arán: *El Código penal...*, ob. cit., pág. 147; González Rus, J.J.: *Curso...*, ob. cit., pág. 842.

¹⁴⁷ En este sentido, por ejemplo, Rodríguez Montañés, T.: *La responsabilidad...*, ob. cit., pág. 130; Conde-Pumpido Ferreiro, C.: *Código penal...*, ob. cit., págs. 3.053-3.054, y Valle Muñiz, J.M.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 1.336, llegan a la misma conclusión pero por la vía de afirmar las relaciones de alternatividad entre ambas figuras (art. 8, regla 4, del CP 1995).

¹⁴⁸ Rodríguez Mourullo, G.: *ADPCP*, pág. 683.

ya he señalado— con infracción de los deberes de lealtad y fidelidad que le incumben en relación con el titular del patrimonio del administrado, excediéndose o desviándose de los límites y fines que le han sido impuestos a sus facultades de gestión y representación¹⁴⁹. Por otra parte, la principal duda que se suscita en torno a esta conducta es si se pueden considerar incluidos dentro de ella los llamados «negocios de riesgo», esto es, aquellos en los que la obtención de beneficios es altamente insegura¹⁵⁰. La respuesta debe ser negativa, siempre y cuando el apoderado se mantenga dentro de los límites autorizados por los titulares del patrimonio administrado, excluyéndose la tipicidad por falta de abuso de las funciones propias del cargo al haber actuado el sujeto con el consentimiento de los titulares patrimoniales¹⁵¹. De todas formas, como ha matizado Faraldo Cabana¹⁵², no se puede excluir la tipicidad de la conducta ni se puede justificar la misma en los casos de acuerdo formalmente válido y manifestado *a priori* por la junta general de la sociedad cuyo patrimonio se ve afectado cuando éste «contradiga preceptos legales o reglamentarios inderogables por la voluntad de los destinatarios, o los estatutos sociales, o no respete el interés social». Porque, como bien señala la misma autora¹⁵³, la disponibilidad del patrimonio social en el ámbito de las sociedades mercantiles está sometida a la consecución de determinados fines, en la medida en que su integridad sirve como garantía de los derechos de socios y acreedores. Por otra parte, en los supuestos en los que el administrador no ha recibido instrucciones precisas o concretas acerca de la asunción de determinados riesgos, Faraldo Cabana¹⁵⁴ es partidaria de entender que la conducta del administrador no sea punible siempre y cuando se haya mantenido «dentro de los límites de actuación de un ordenado comerciante y de un representante leal, lo que ocurrirá cuando haya cumplido con su deber de informarse sobre la mate-

¹⁴⁹ Véase, Bacigalupo, E.: «La problemática...», en *ob. cit.*, págs. 390 y ss.

¹⁵⁰ Véase, Faraldo Cabana, P.: «Los negocios de riesgo en el Código penal de 1995», en *Estudios penales y criminológicos XIX*, Universidade de Santiago de Compostela, 1996, págs. 171 y ss.

¹⁵¹ Bacigalupo, E.: «La problemática...», en *ob. cit.*, pág. 391.

¹⁵² Faraldo Cabana, P.: «Los negocios de riesgo...», en *ob. cit.*, págs. 185 y ss.

¹⁵³ *Ibidem*, págs. 184-185.

¹⁵⁴ *Ibidem*, págs. 200-201.

ria objeto de la decisión antes de llevar a cabo el negocio de riesgo, este negocio responda a la obligación de perseguir el interés social que sujeta a los administradores y, por último, el negocio no resulte irracional, esto es, sea posible ofrecer una explicación lógica y coherente del mismo».

5. Tipo subjetivo

El tipo del art. 295 contiene un elemento subjetivo del injusto, que se concreta en exigir que el comportamiento del sujeto activo se lleve a cabo «en beneficio propio o de un tercero». La idea de que el sujeto actúa para obtener un *beneficio*, término que hay que interpretar en el sentido de *beneficio económico*, es decir, como equivalente a *incremento del patrimonio*, es el correlato lógico del perjuicio económicamente evaluable, y tiene un sentido subjetivo intencional. El sujeto activo debe tener conciencia de estar actuando para beneficiarse con su actuación y en relación con la conducta de disposición de bienes o de contraer obligaciones a cargo de la sociedad. En cualquier caso, como se ha señalado en la doctrina¹⁵⁵, la inclusión de dicho elemento subjetivo en un delito de lesión del patrimonio ajeno resulta totalmente inadecuada e, incluso, perturbadora.

La estructura típica del art. 295, con la presencia de una inequívoca voluntad finalista en el sujeto que actúa disponiendo fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contrayendo obligaciones a cargo de la misma, con el fin de obtener, para sí o para un tercero, un beneficio económico, hacen muy difícil pensar en la posibilidad de admitir el dolo eventual.

¹⁵⁵ Martínez-Buján Pérez, C.: «Delitos...», en *ob. cit.*, pág. 505.