VNIVERSITAT DE VALÈNCIA Facultat de Dret

Programa de Doctorado:
Derecho, Ciencia Política y Criminología
Línea de Investigación:
Línea de Investigación 07- DERECHO PENAL

TESIS DOCTORAL

Elementos comunes de los delitos societarios y su remisión a las normas jurídico-privadas

Presentada por:
Pablo Font de Mora y Saínz

Dirigida por:
Prof. Dr. José Luis González Cussac
Prof. Dra. Catalina Vidales Rodríguez
Departamento de Derecho Penal, Universidad de Valencia

Valencia, diciembre 2024

A Arantza, por su amor, compresión y paciencia durante el tiempo de la elaboración de esta Tesis Doctoral. A mis hijos Luis y Alicia, por su apoyo y todo el cariño que me han transmitido. A mi Madre por haberme inculcado la importancia del estudio desde mi infancia; a mi Padre, en el recuerdo, por ser un ejemplo de honestidad y rectitud moral; y a mi hermano Jaime por estar junto a mí siempre que le he necesitado.

A Pepe y Caty, por su extraordinaria dirección, ayuda, amistad y compañía durante este largo viaje de invierno (Winterreise).

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN xviii

ABSTRACT xviii

METODOLOGÍA xx

ABREVIATURAS xxii

INTRODUCCIÓN 1

CAPÍTULO I: EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS SOCIETARIOS 6

I. Introducción 6

II. Aproximación doctrinal y jurisprudencial al bien jurídico protegido 7

II. 1. La concepción procedimental del bien jurídico protegido 7

II. 2. Doctrina del Tribunal Constitucional sobre el bien jurídico protegido .. 15

III. El bien jurídico protegido en los delitos societarios 17

III. 1. El bien jurídico protegido mediato e inmediato en los delitos societarios 17

III. 2. Los delitos societarios como delitos de lesión o de daño y como delitos de peligro abstracto o concreto 28

III. 3. Clasificación de los delitos societarios en atención al bien jurídico protegido 29

IV. Examen individual del bien jurídico protegido en los delitos societarios: sus elementos comunes 30

IV. 1. El bien jurídico protegido en el delito de falsedad de las cuentas anuales y documentos que deben reflejar la situación jurídica o económica de la entidad (art. 290 CP) 32

IV. 2. El bien jurídico protegido en el delito de imposición de acuerdos abusivos mediante prevalimiento de situación mayoritaria (art. 291 CP). 46

IV. 3. El bien jurídico protegido en el delito de imposición o aprovechamiento de acuerdo lesivo adoptado por mayoría ficticia (art. 292 CP). 48

IV. 4. El bien jurídico protegido en el delito de obstaculización del ejercicio de los derechos de los socios (art. 293 CP). 50

IV. 5. El bien jurídico protegido en el delito de obstaculización a la actuación de inspección o supervisión administrativa (art. 294 CP) 53

CAPÍTULO II: EL CONCEPTO JURÍDICO DE SOCIEDAD DE LOS DELITOS SOCIETARIOS 60

I. Introducción 60

II. Concepto legal de sociedad como elemento común de los delitos societario: el art. 297 CP 61

II. 1. Las sociedades mercantiles 66

II. 1. 1. Concepto de sociedad mercantil y sus elementos esenciales: la mercantilidad y el ánimo de lucro 66

II. 1. 2. La adquisición de la personalidad jurídica por la sociedad mercantil 71

II. 1. 3. La sociedad mercantil fraudulenta: la doctrina del levantamiento del velo 73

II. 1. 4. Tipos de sociedades mercantiles: las sociedades personalistas y las de capital 75

II. 1. 5. Sociedades mercantiles especiales 79

II. 1. 5. 1. Las sociedades laborales 79

II. 1. 5. 2. Las sociedades profesionales 80

II. 1. 5. 3. Las sociedades anónimas deportivas 82

II. 2. Las sociedades mercantiles de base mutualista: las cooperativas y las mutuas 82

II. 2. 1. Las cooperativas 83

II. 2. 2. Las mutuas 88

II. 2. 2. 1. Las mutuas de seguro 89

II. 2. 2. 2. Las mutualidades de previsión social 89

II. 3. Las entidades financieras o de crédito 90

II. 3. 1. Las entidades de crédito 90

II. 3. 2. Las sociedades de garantía recíproca 92

II. 3. 3. Las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva..... 93

II. 4. Las fundaciones 94

II. 5. Las asociaciones 98

II. 6. La cláusula final del art. 297 del C.P.: *Cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado* 100

II. 6. 1. Concepto de *Entidad que participa de modo permanente en el mercado* 101

II. 6. 2. Concepto de *Otras entidades de análoga naturaleza* 104

III. Supuestos dudosos de entidades a los efectos del concepto de sociedad del art. 297 CP 105

III. 1. Las comunidades de bienes 106

III. 2. Las comunidades de propietarios 107

III. 3. Las juntas de compensación 108

III. 4. Las sociedades civiles 108

III. 5. Las uniones temporales de empresa 110

III. 6. Las Agrupaciones de Interés Económico 112

III. 7. Las sociedades internas, ocultas y ficticias 112

III. 8. Las sociedades en constitución, formación, de hecho, e irregulares ... 114

III. 8. 1. Requisitos para constitución de las sociedades.....114

III. 8. 2. La sociedad en constitución 115

III. 8. 3. La sociedad en formación 115

III. 8. 4. La sociedad de hecho 118

III. 9. La sociedad irregular 118

III. 10. Las sociedades en disolución o liquidación 122

CAPÍTULO III: CONDUCTAS Y OBJETO MATERIAL DE LOS DELITOS SOCIETARIOS 124

I. Introducción 124

II. Los delitos societarios y las técnicas de remisión normativa 125

II. 1. Las leyes penales en blanco y las técnicas de remisión normativa 125

II. 2. La doctrina del TC sobre las remisiones normativas en el Derecho penal 128

II. 3. El principio de intervención mínima en los delitos societarios 131

II. 4. Las remisiones normativas expresas en los delitos societarios 134

III. Las conductas de los delitos societarios 137

III. 1. La conducta típica del delito de falsedad de las cuentas anuales y documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad (art. 290 CP) 137

III. 1. 1. La conducta típica del art. 290 CP 137

III. 1. 2. La innecesaridad del *ánimo de lucro* en el art. 290 CP 143

III. 2. La conducta del delito de imposición de acuerdos abusivos (art. 291 CP) 143

III. 2. 1. La conducta típica del art. 291 CP 143

III. 2. 2. El *ánimo de lucro* como elemento subjetivo del tipo penal del art. 291 CP 147

III. 3. La conducta del delito de imposición o aprovechamiento de los acuerdos lesivos adoptados por mayoría ficticia (art. 292 CP) 149

III. 3. 1. La conducta típica del art. 292 CP 149

III. 3. 2. La inexistencia del ánimo de lucro como elemento subjetivo del tipo penal del art. 292 CP 151

III. 4. La conducta del delito de negación o impedimento del ejercicio de derechos societarios (art. 293 CP) 153

III. 5. La conducta del delito de negación o impedimento de la labor inspectora o supervisora de la Administración (art. 294 CP) 155

IV. El objeto material de los delitos societarios..... 158

IV. 1. El objeto del delito de falsedad de las cuentas anuales y documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad (art. 290 CP) 158

IV. 1. 1. Las cuentas anuales 162

IV. 1. 1. 1. Las obligaciones de los empresarios y administradores sociales en relación a las cuentas anuales 162

IV. 1. 1. 2. El contenido de las cuentas anuales..... 167

IV. 1. 1. 3. Formulación y aprobación de las cuentas anuales. Especial mención a las cuentas anuales consolidadas..... 169

IV. 1. 1. 4. El depósito de las cuentas anuales..... 172

IV. 1. 2. Los documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad 174

IV. 1. 2. 1. Las actas de los órganos sociales: junta general y órgano de administración 176

IV. 1. 2. 2. Los certificados..... 179

IV. 2. El objeto del delito de imposición de acuerdos abusivos (art. 291 CP) 180

IV. 3. El objeto del delito de imposición o aprovechamiento de los acuerdos lesivos adoptados por mayoría ficticia (art. 292 CP)..... 184

IV. 4. Examen mercantil de los elementos comunes del objeto material de los arts. 291 y 292: los acuerdos sociales de la junta general y del órgano de administración 187

IV. 4. 1. Los acuerdos de la junta general. Especial mención al régimen de impugnación de acuerdos sociales 188

IV. 4. 2. Los acuerdos del órgano de administración: especial mención a la responsabilidad de los administradores 192

IV. 5. El objeto del delito del art. 293: los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social y de suscripción preferente de acciones 197

IV. 5. 1. El derecho de información de los socios 200

IV. 5. 2. El derecho a la participación en la gestión o control de la actividad social 205

IV. 5. 3. El derecho de suscripción preferente de acciones 206

IV. 6. El objeto del delito de negación o impedimento de la labor inspectora o supervisora de la Administración 209

IV. 6. 1. Especial mención a las facultades de inspección y supervisión de las entidades financieras 210

IV. 7. El perjuicio económico y patrimonial como elemento común de los delitos societarios 213

IV. 7. 1. El perjuicio económico en el delito de falsedad de cuentas anuales y otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad (art. 290 CP) 214

IV. 7. 2. El perjuicio económico en el delito de adopción de acuerdos abusivos mediante prevalimiento de situación mayoritaria en perjuicio de los socios (art. 291 CP) 218

IV. 7. 3. El perjuicio económico en el delito de imposición o aprovechamiento de acuerdo lesivo adoptado por mayoría ficticia (art. 292 CP) 220

IV. 7. 4. El posible perjuicio económico en el delito de obstaculización del ejercicio de los derechos de los socios (art. 293 CP) 223

IV. 7. 5. El resultado material del delito de obstaculización a la actuación de inspección o supervisión administrativa (art. 294 CP)..... 225

CAPÍTULO IV: EL SUJETO ACTIVO DE LOS DELITOS SOCIETARIOS 226

I. Introducción 226

II. Los administradores de hecho o de derecho como sujeto activo y elemento común de todos los delitos societarios 227

II. 1. El sujeto activo en el delito de falsedad de cuentas anuales y otros documentos mercantiles que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad (art. 290 CP) 228

II. 2. El sujeto activo en el delito de obstaculización o impedimento del ejercicio de los derechos de los socios (art. 293 C.P.) 232

II. 3. El sujeto activo en el delito de obstaculización a la actuación de inspección o de supervisión en entidades que actúen en mercados sujetos a supervisión administrativa (art. 294 C.P.)..... 233

III. Delitos societarios en los que se prevé expresamente que el sujeto activo sean los socios..... 234

III. 1. La imposición de acuerdos abusivos mediante prevalimiento de situación mayoritaria (art. 291 C.P.) 235

III. 2. La imposición o aprovechamiento de acuerdo lesivo adoptado por mayoría ficticia (art. 292 C.P.)..... 238

IV. Los administradores de derecho en las sociedades mercantiles..... 240

IV. 1. Concepto 240

IV. 2. Facultades de gestión y de representación del órgano de administración..... 244

IV. 3. Nombramiento, duración y cese del cargo de los administradores 247

IV. 4. Los deberes de diligencia y lealtad de los administradores 250

IV. 4. 1. El deber de diligencia 250

IV. 4. 2. El deber de lealtad 253

IV. 5. Los Códigos de buen gobierno corporativo en el derecho español 256

IV. 6. El consejo de administración de las sociedades de capital 257

IV. 6. 1. Concepto y nombramiento 258

IV. 6. 2. Funcionamiento del consejo de administración 260

IV. 6. 2. 1. El Reglamento de régimen interno del consejo de administración 260

IV. 6. 2. 2. La convocatoria del consejo de administración 261

IV. 6. 2. 3. Quórum para la válida constitución del consejo de administración 262

IV. 6. 2. 4. Adopción de acuerdos 263

IV. 6. 2. 5. El presidente y el secretario del consejo de administración 264

IV. 6. 2. 6. Delegación de facultades por el consejo de administración: la comisión ejecutiva y el consejero delegado 266

V. Los administradores de hecho 268

V. 1. Concepto de administrador de hecho en la legislación mercantil 268

V. 2. Concepto penal de administrador de hecho 270

V. 3. Concepto de administrador de hecho en la jurisprudencia 277

V. 3. 1. Jurisprudencia de la Sala 1ª del TS en relación con el administrador de hecho 277

V. 3. 2. Jurisprudencia de la Sala 2ª del TS en relación con el administrador de hecho 279

V. 4. Modalidades de Administrador de hecho 282

V. 4. 1. El presidente de la junta general cuando no sea administrador de derecho y el secretario no consejero del consejo de administración y de la junta general 282

V. 4. 2. El letrado asesor del consejo de administración y del consejo rector de las cooperativas 283

V. 4. 3. Los fundadores y los promotores de las sociedades de capital . 285

V. 4. 4. Los administradores de derecho con el cargo caducado..... 286

V. 4. 5. Los liquidadores 286

V. 4. 6. Los administradores judiciales 288

V. 4. 7. Los administradores concursales..... 289

V. 5. Supuestos dudosos de administrador de hecho 292

V. 5. 1. La persona física representante del administrador persona jurídica..... 292

V. 5. 2. La sociedad dominante de grupo de sociedades..... 293

V. 5. 3. Los apoderados generales, los gerentes y directores generales . 293

V. 5. 4. Los auditores de cuentas anuales..... 296

V. 5. 5. Los inspectores del Banco de España..... 298

V. 5. 6. Los entes públicos titulares de capital social de sociedades mercantiles..... 299

V. 6. Delimitación de la responsabilidad penal: supuestos especiales de autoría y participación..... 300

V. 6. 1. La responsabilidad penal de los administradores por sus actuaciones en el seno del consejo de administración..... 300

V. 6. 2. La responsabilidad penal del consejo de administración por los acuerdos adoptados por sus órganos delegados: la comisión ejecutiva o el consejero delegado 307

V. 6. 3. La autoría por *extraneus* o terceros, y la autoría mediata..... 309

Capítulo V: DOLO Y ERROR, EN LOS DELITOS SOCIETARIOS 311

I. Introducción..... 311

II. El dolo en los delitos societarios 312

II. 1. Introducción 312

II. 2. La aplicación de concepción normativa del dolo en el ámbito de los delitos societarios 315

II. 3. El dolo en el delito de falsedad de cuentas anuales y otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad (art. 290 CP) 318

II. 3. 1. El dolo directo en el delito del art. 290 CP 318

II. 3. 2. El dolo eventual en el tipo penal del art. 290 CP 322

II. 4. El dolo en el delito de imposición de acuerdos abusivos mediante prevalimiento de situación mayoritaria (art. 291 CP) 324

II. 4. 1. El dolo directo en el delito del art. 291 CP 324

II. 4. 2. El perjuicio ocasionado a los socios minoritarios en el art. 291 CP 325

II. 4. 3. El dolo eventual en el tipo penal del art. 291 CP 327

II. 5. El dolo en el delito de imposición o aprovechamiento de acuerdo lesivo adoptado por mayoría ficticia (art. 292 CP) 329

II. 5. 1. El dolo directo en el delito del art. 292 CP 329

II. 5. 2. El dolo eventual en el tipo penal del art. 292 CP 330

II. 6. El dolo en el delito de obstaculización del ejercicio de los derechos de los socios (art. 293 CP) 332

II. 6. 1. El dolo directo en el delito del art. 293 CP 332

II. 6. 2. El dolo eventual en el tipo penal del ar. 293 CP 333

II. 7. El dolo en el delito de obstaculización a la actuación de inspección o supervisión administrativa (art. 294 CP) 336

II. 7. 1. El dolo directo en el delito del art. 294 CP 336

II. 7. 2. El dolo eventual en el tipo penal del ar. 294 CP 337

III. Tratamiento común del error en los delitos societarios 338

III. 1. Introducción 338

III. 2. El error en los delitos societarios 340

III. 3. La aplicación del error por la jurisprudencia en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico 342

III. 3. 1. El caso de las retribuciones del presidente de la Caja de Ahorros del Mediterráneo 342

III. 3. 2. El caso de las tarjetas black de Bankia 343

III. 3. 3. El error en los delitos de administración desleal y apropiación indebida 344

III. 4. El error en el delito de falsedad contable del art. 290 CP 345

III. 5. El error en el delito de adopción de acuerdos abusivos por la mayoría del art. 291 CP..... 348

III. 6. El error en el delito de adopción de acuerdos lesivos adoptados por mayoría ficticia del art. 292 CP 350

III. 7. El error en el delito de negación o impedimento del ejercicio de derechos sociales del art. 293 CP..... 351

III. 8. El error en el delito de negación o impedimento del ejercicio de la actividad inspectora o supervisora del art. 294 CP 355

CAPÍTULO VI: EL SUJETO PASIVO Y LA CONDICIÓN DE PERSEGUIBILIDAD EN LOS DELITOS SOCIETARIOS: CUESTIONES DE LEGITIMACIÓN PROCESAL..... 357

I. Introducción..... 357

II. El sujeto pasivo de los delitos societarios: la sociedad, los socios y terceros 358

II. 1. La sociedad 358

II. 2. Los socios 359

II. 3. Los terceros..... 361

III. La condición de perseguibilidad en los delitos societarios: el art. 296 CP... 364

III. 1. Introducción..... 364

III. 2. La consideración de los delitos societarios como delitos semipúblicos 365

III. 3. La iniciación del procedimiento penal en los delitos societarios mediante la denuncia del agraviado u ofendido 368

III. 4. Crítica a la condición de perseguibilidad del art. 296.1 CP 373

III. 5. La "persona agraviada" como legitimada activamente de los delitos societarios. Su diferenciación con el perjudicado económicamente 376

III. 6. Los sujetos pasivos como legitimados activos de los delitos societarios 379

III. 7. La actuación procesal del representante legal en los delitos societarios 382

III. 7. 1. Introducción 382

III. 7. 2. Análisis jurisprudencial de la figura del representante legal a los efectos del art. 296.1 CP 384

III. 8. El ejercicio de la denuncia por el Ministerio Fiscal en los delitos societarios 386

III. 8. 1. La actuación del Ministerio Fiscal en los delitos semipúblicos386

III. 8. 2. Los menores de edad 389

III. 8. 3. Las personas con discapacidad necesitadas de especial protección 390

III. 8. 3. 1. La protección jurídico-privada de las personas con discapacidad 390

III. 8. 3. 2. La protección jurídico-penal de las personas con discapacidad 391

III. 8. 4. Las personas desvalidas 393

IV. La persecución de oficio de los delitos societarios: el art. 296.2 CP como excepción a la regla general de la condición de perseguibilidad en los delitos societarios 394

IV. 1. La condición de que afecte a los intereses generales 396

IV. 2. La condición de que afecte a una pluralidad de personas 401

V. Las cuestiones prejudiciales en el proceso penal. Especial referencia a la jurisprudencia sobre las cuestiones prejudiciales no devolutivas..... 404

V. 1. Introducción..... 404

V. 2. Las cuestiones prejudiciales en los procedimientos penales de delitos societarios 405

V. 3. Las cuestiones prejudiciales no devolutivas en los delitos societarios. 407

V. 4. Las cuestiones prejudiciales devolutivas en los delitos societarios..... 408

V. 5. Momento procesal oportuno para plantear la cuestión prejudicial en el proceso penal de delitos societarios..... 412

V. 6. Especial referencia a la prejudicialidad civil en relación con el delito de falsedad de cuentas anuales y documentos que deben reflejar la situación jurídica o económica de la Entidad..... 413

CAPÍTULO VII: Consecuencias jurídicas de los delitos societarios 415

I. Introducción..... 415

II. La penalidad en los delitos societarios 416

II. 1. La remisión a las reglas generales de las penas..... 416

II. 2. La pena privativa de libertad en los delitos societarios 417

II. 3. La pena de multa en los delitos societarios..... 423

II.3.1. La pena de “días-multa” en los delitos societarios 423

II.3.2. La pena de multa proporcional como excepción a la pena “días-multa” 427

II.3.3. La responsabilidad penal subsidiaria por impago de multa. 428

II. 4. Especial mención a las medidas accesorias previstas en el art. 129 CP 429

III. Reglas para la determinación de la pena en los delitos societarios..... 435

III. 1. Examen de las circunstancias agravantes y atenuantes previstas en los arts. 21 y 22 CP comunes a los delitos societarios..... 435

III. 1. 1. Circunstancias atenuantes a la responsabilidad criminal comunes a los delitos societarios 435

III. 1. 2. Circunstancias agravantes a la responsabilidad criminal comunes a los delitos societarios 441

III. 1. 3. La aplicación de la circunstancia mixta de parentesco en los delitos societarios 448

III. 1. 4. Agravación de la pena tratándose de delitos con pluralidad de personas: delitos con sujeto pasivo masivo 449

III. 1. 5. La inaplicación de la excusa absolutoria del art. 268 CP a los delitos societarios 451

III. 2. Concursos de delitos y de leyes en los delitos societarios 454

III. 2. 1. Concursos normas y delitos del art. 290 CP 455

III. 2. 2. Concursos normas y delitos del art. 291 CP 464

III. 2. 3. Concursos normas y delitos del art. 292 CP 465

III. 2. 4. Concursos normas y delitos del art. 293 CP 466

III. 2. 5. Concursos normas y delitos del art. 294 CP 468

IV. Otras causas de extinción de la responsabilidad penal en los delitos societarios 470

IV. 1. Inaplicación del perdón del ofendido en los delitos societarios 470

IV. 2. El desistimiento del agraviado como forma de poner fin al procedimiento penal de delitos societarios 471

V. La prescripción de los delitos y las penas en los delitos societarios 473

V. 1. La prescripción de los delitos societarios 473

V. 2. La prescripción de las penas de los delitos societarios 477

VI. La suspensión y la sustitución de la pena en los delitos societarios 478

VI. 1. La suspensión de la pena privativa de libertad en los delitos societarios 478

VI. 2. La sustitución de la pena en los delitos societarios 481

VII. Cuestiones de responsabilidad civil en los delitos societarios 482

VII. 1. Introducción 482

VII. 2. La responsabilidad civil en los delitos societarios 483

VII. 3. La responsabilidad civil de los administradores de hecho y de derecho y de los socios no administradores. 485

VII. 4. La responsabilidad civil de la persona jurídica por la comisión de un delito societario. 487

VII. 5. La responsabilidad civil subsidiaria de las entidades aseguradoras por los actos de los miembros de los órganos de Administración y directivos 489

VIII. Las costas procesales en los delitos societarios 494

IX. El decomiso en los delitos societarios 495

CONCLUSIONES 498

BIBLIOGRAFÍA 514

ANEXO I: JURISPRUDENCIA 535

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene por objeto delimitar los elementos comunes de los delitos societarios regulados en el Capítulo XIII del Título XIII del Libro II del CP (arts. 290 a 297 CP). Para ello resulta indispensable integrar los tipos penales con la normativa jurídico-privada, y en especial con las normas que en el Derecho mercantil regulan las sociedades en general y las de capital en particular. En consecuencia, estamos ante un trabajo de investigación interdisciplinar, en el que se han tenido en cuenta para su estudio, junto con la normativa penal que regulan los delitos societarios, aquellos preceptos de la LSC, Cco., RRM y resto de normas que regulan las sociedades especiales de capital, las de base mutualista como son las cooperativas y las referidas a otras entidades con personalidad jurídica tales como las fundaciones y las asociaciones.

Esta remisión a la normativa extrapenal aparece en los propios tipos penales societarios, de forma que sólo mediante una integración total entre el Derecho penal y el Derecho mercantil, se alcanzará a conocer conceptos que constituyen los elementos comunes de los delitos societarios entre los que se encuentran el de sociedad mercantil, administrador de hecho y de derecho, las cuentas anuales, acuerdos de los socios abusivos y lesivos, junta general y consejo de administración, derechos de información, de control y gestión de la sociedad y de suscripción preferente de acciones de los socios, obligaciones de los administradores y concepto de sociedades sometidas a supervisión administrativa.

ABSTRACT

The purpose of this research work is to delimit the common elements of corporate crimes regulated in Chapter XIII of Title XIII of Book II of the CP (arts. 290 to 297 CP). To achieve this, it is essential to integrate the criminal types with the private legal regulations, and especially with the rules that in commercial law regulate companies in general and capital companies in particular. Consequently, we are faced with an interdisciplinary research work, in which those regulations of the LSC, Cco., RRM and other regulations that regulate special capital companies and mutualist-based companies such as cooperatives, as well as other entities with legal personality such as foundations and associations, have been considered for its study, along with the criminal regulations that regulate corporate crimes.

This reference to extra-criminal regulations appears in the corporate criminal types themselves, so that only with a total integration between Criminal Law and Commercial Law, will it be possible to know concepts that constitute the common elements of corporate crimes such as commercial society, *de facto* and *de jure* administrator, annual accounts, abusive and harmful partners' agreements, general meeting and board of directors, rights of information, control and management of the company and preferential subscription of shares of the partners, obligations of administrators and the concept of companies subject to administrative supervision.

METODOLOGÍA

En la elaboración de esta Tesis Doctoral he seguido la metodología propia de la dogmática jurídica que tiene en consideración el derecho positivo, la jurisprudencia y la doctrina principalmente. Partiendo del derecho positivo, y con la finalidad de delimitar los elementos comunes de los delitos societarios (arts. 290 a 297 CP), he utilizado el método analítico e inductivo, mediante el examen de cada uno de los tipos penales. Para su completo entendimiento y llegar a conclusiones claras con base en una serie de hipótesis planteadas sobre los elementos comunes de los delitos societarios, he seguido la interpretación gramatical de los tipos penales mediante el análisis del lenguaje; sin dejar de lado, tanto la interpretación teleológica como la sistemática de los tipos penales societarios. Y ello porque el presente trabajo de investigación ha buscado tener un carácter eminentemente práctico e interdisciplinar en atención a la materia estudiada, de forma que resulte útil para la solución de aquellos problemas prácticos que puedan plantearse en esta materia a los profesionales del derecho, tanto en su aplicación por los jueces y tribunales como en la defensa de los intereses propios por los abogados penalistas y mercantilistas.

Siguiendo la dogmática jurídica, he acudido a la principal doctrina penalista española, con algunas reseñas a la doctrina italiana y a la alemana referida a los delitos societarios. Desde el punto de vista del Derecho penal, he revisado tanto obras que tratan exclusivamente los delitos societarios, en forma de monografías y artículos doctrinales, como los capítulos que, dentro de las obras de derecho penal económico, analizan este asunto. He considerado asimismo manuales generales, para un conocimiento más completo de los conceptos de teoría general y de Derecho penal económico en particular. Y desde el punto de vista de derecho mercantil he acudido a las principales obras que han estudiado los delitos societarios, y a artículos doctrinales sobre la materia, así como a manuales de derecho mercantil elaborados por los principales autores de la doctrina mercantilista española.

En cuanto a la exposición doctrinal, se ha agrupado por autores cada una de las diversas teorías o posiciones en relación con la interpretación de los tipos penales societarios, posicionándome cuando he encontrado discrepancias doctrinales en el estudio de las distintas instituciones analizadas. Para ello se ha tenido en cuenta la interpretación teleológica intentado encontrar cual ha sido la voluntad del legislador en la regulación de los diversos tipos penales o elementos comunes como son la procedibilidad (art. 296 CP)

y el concepto de penal de sociedad (art. 297 CP). Derivado de lo anterior, he planteado hipótesis propias que han dado lugar a conclusiones claras y propuesta de *lege ferenda* en especial en relación a la penalidad y al concepto penal de sociedad y a la perseguibilidad.

Y junto con la doctrina he realizado un estudio muy exhaustivo de la jurisprudencia, muy en especial de las principales sentencias que sobre los delitos societarios se han dictado por la Sala 2ª del TS en temas muy relevantes y mediáticos desde el punto de vista social, así como las dictadas en la materia por las distintas AP. Igualmente he acudido a la jurisprudencia del TC en materia de bien jurídico y de las leyes penales en blanco y la remisión normativa. Asimismo, se han analizado las Sentencias de la Sala 1ª del TS para delimitar el alcance de los conceptos extra penales que deben integrar los tipos penales societarios.

ABREVIATURAS

AEAT: Agencia Estatal de la Administración Tributaria

A.I.E.: Agrupación de Interés Económico

AP: Audiencia Provincial

AAP: Auto de la Audiencia Provincial

Art., Arts.: Artículo, Artículos

BdE: Banco de España

BCE: Banco Central Europeo

BOE: Boletín Oficial del Estado

BORME: Boletín Oficial del Registro Mercantil

CAM: Caja de Ahorros del Mediterráneo

CE: Constitución Española

CCAA: Comunidades Autónomas

cfr.: Consultar, confróntese

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial

CNMC: Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia

CC: Código Civil

Cco.: Código de Comercio

CNMV: Comisión Nacional del Mercado de Valores

CP: Código Penal

Coord., Coords: Coordinador/es

DGRN: Dirección General de Registros y del Notariado

DGSFP: Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones

DGSJFP: Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

dir.: Director

D&O: *Directors and Officers Liability Insurance*

DUE: Documento Único Electrónico

ECPN: Estado de cambios en el patrimonio neto

EFE: Estado de flujos de efectivo

EE. UU.: Estados Unidos de América

ELA: Esclerosis lateral amiotrófica avanzada

EOMF: Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal

FCRE: Fondos de capital riesgo europeos

FD: Fundamento de Derecho

FJ: Fundamento Jurídico

FESE: Fondos de emprendimiento social europeos

FIAMM: Fondos de inversión en activos del mercado monetario

FILPE: Fondos de inversión a largo plazo europeos

FROB: Fondo de Restructuración Ordenada Bancaria

GAAP: *Generally Accepted Accounting Principles* (Principios generalmente aceptados)

ICAC: Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas

ICO: Instituto de Crédito Oficial

IASB: *International Accounting Standards Board* (Normas internacionales de contabilidad)

Ibidem: Misma obra, misma página

Idem: Misma obra

LAJ: Letrado de la Administración de Justicia

LCoop.: Ley de Cooperativas

LCD: Ley de competencia desleal

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LECRIM: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LF: Ley de Fundaciones

LGDPDIS: Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social

LMV: Ley del Mercado de Valores

LO: Ley Orgánica

LODA: LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

LOSSEC: Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito

LOSSEAR: Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras

LPACAP: Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

LSA: Ley de Sociedades Anónimas

LSRL: Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada

MF: Ministerio Fiscal

MUS: Mecanismo Único de Supervisión

NIC: Normas Contables Internacionales

NIIF: Normas internacionales de información financiera

ONU: Organización de las Naciones Unidas

op. cit.: Obra citada

OPS: Oferta pública de suscripción de acciones

p.: Página

pp.: Páginas

RAE: Real Academia Española

RD: Real Decreto

RDL: Real Decreto-Ley

RD-Legislativo: Real Decreto-Legislativo

RJ: Repertorio de Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Aranzadi

RM: Registro Mercantil

RMC: Registro Mercantil Central

RRM: Reglamento del Registro Mercantil

RTC: Repertorio del Tribunal Constitucional. Aranzadi

SA: Sociedad/es Anónimas

SAD: Sociedad Anónima Deportiva

SAL: Sociedad Anónima Laboral

SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

SAREB: Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria

SEPI: Sociedad Estatal de Participaciones Industriales

SGR: Sociedad de Garantía Recíproca

SGIIC: Sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva

SRL: Sociedad/es de Responsabilidad Limitada

SS: Seguridad Social

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

s., ss.: Siguiente, siguientes

TC: Tribunal Constitucional

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TR: Texto refundido

TS: Tribunal Supremo

UE: Unión Europea

Y ss.: Y siguientes

UTE: Unión Temporal de Empresas

Vid.: Véase

VV. AA.: Varios Autores

INTRODUCCIÓN

Los delitos societarios regulados en el Capítulo XIII del Título XIII del Libro II del CP (arts. 290 a 297 CP) constituyeron una de las grandes novedades introducidas por el CP de 1995 aprobado por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, respondiendo así el legislador a una demanda que venía haciendo la doctrina penalista en relación a la necesidad de su incorporación al derecho positivo español. Con la reforma del CP de 2015, llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, uno de los principales delitos societarios, el delito de administración desleal, que se regulaba en el art. 295 CP, quedó fuera de la familia de los delitos societarios, para pasar a estar integrado dentro de los delitos contra el patrimonio en el art. 252 CP, sin duda por las concomitancias de este delito con el delito de apropiación indebida y la necesidad de homogeneizar las penas de estos dos delitos. No obstante, la relevancia que han adquirido actualmente los delitos societarios ha sido inusitada tanto desde el punto de vista social como en el ámbito judicial. Así existe una amplísima jurisprudencia sobre los delitos societarios, en especial sobre el delito de falsedad contable del art. 290 CP, lo que ha llevado al TS a dictar sentencias absolutamente relevantes y mediáticas sobre el contenido, alcance y aplicación práctica de los delitos societarios (*v. gr.* Sentencias del caso Banesto, Afinsa, Fórum Filatélico, Pescanova, salida a Bolsa de Bankia, Caso Palau de la Música etc.).

La presente Tesis Doctoral, mediante el estudio de los elementos comunes de los delitos societarios y su remisión a las normas jurídico-privadas, pretende dar una respuesta práctica a aquellas cuestiones que en relación a los delitos societarios pueden surgir en su aplicación por los profesionales del derecho, en concreto por los jueces y abogados, pero ello sin olvidar las cuestiones doctrinales que genera su estudio. En especial, porque tal y como veremos a lo largo del presente estudio, no pueden entenderse los tipos penales societarios sin una integración con las normas que regulan el derecho de sociedades. Para ello se ha optado por dividir el presente trabajo de investigación en siete Capítulos, que intentan dar una visión completa de los elementos comunes de los delitos societarios y su necesaria integración con las normas del derecho privado, en especial del Derecho mercantil. El estudio determina unas conclusiones claras, con un posicionamiento del autor respecto de aquellas cuestiones más debatidas en el ámbito doctrinal y jurisprudencial. Y algunas de ellas suponen, a juicio del doctorando, la necesidad de realizar modificaciones legislativas de *lege ferenda* en la tipificación actual de los delitos societarios. La división de los siete Capítulos de esta Tesis Doctoral

responde a la sistemática propia de la dogmática penal elaborada por el profesor Tomás Vives Antón, y que actualmente tiene a sus principales exponentes en Enrique Orts Berenguer, José Luis González Cussac, Carlos Martínez-Buján Pérez y Catalina Rodríguez Vidales, siendo los doctores González Cussac y Rodríguez Vidales codirectores de la presente Tesis Doctoral.

El Capítulo I corresponde al examen del bien jurídico protegido de cada uno de los delitos societarios tipificados en los arts. 290 a 294 CP ya que ello determinará la naturaleza jurídica común de los mismos, que como veremos tiene un componente eminentemente patrimonial, y los efectos prácticos que ello conlleva, especialmente en los concursos de normas y de delitos y en la aplicación de las circunstancias agravantes y el delito masa. Para ello, en el análisis del bien jurídico protegido de los delitos societarios seguiremos la concepción procedimental del bien jurídico, acogida por el TC en jurisprudencia reiterada.

El Capítulo II analiza el concepto jurídico de sociedad, al ser ésta el único marco legal en el que pueden cometerse los delitos societarios. Para ello estudiaremos el concepto legal o auténtico de sociedad que regula el art. 297 CP, que constituye uno de los principales elementos comunes a todos los delitos societarios. Para determinar el alcance del concepto penal de sociedad del art. 297 CP, tendremos que acudir a las normas extrapenales especialmente al Derecho mercantil, lo que nos permitirá realizar una integración de los tipos penales societarios con las normas jurídico-privadas (LSC, Cco., LCoop., RRM etc.).

El Capítulo III estudia las conductas y el objeto material de los delitos societarios y la determinación de sus elementos comunes. Con tal fin, hemos acudido no sólo al examen de los tipos penales societarios sino a su integración con las normas extrapenales, en especial de la legislación mercantil aplicables a las sociedades de capital, por ser éstas las principales sociedades en el tráfico jurídico mercantil español por número e importancia (SA y SRL). Siendo los propios tipos penales societarios los que utilizan de forma expresa las técnicas de remisión normativa, que como veremos cumplen con los requisitos de legalidad que establece la jurisprudencia del TC. Procederá analizar la conducta propia de cada uno de ellos, con carácter previo al estudio del objeto de cada uno de los delitos societarios. Y en relación al resultado material de los delitos societarios y su imputación objetiva, habrá que hacer especial mención al requisito del perjuicio económico en

atención a su naturaleza jurídico patrimonial de los mismos y ver si constituye un elemento común a todos los delitos societarios.

El Capítulo IV analiza los sujetos activos de los delitos societarios, que a su vez conforma uno de los principales elementos comunes de los mismos. Los administradores de hecho y de derecho de las sociedades constituidas o en formación, constituyen los principales sujetos activos de los delitos societarios, sin perjuicio que, en determinados delitos también puedan ser sujetos activos los socios. Para comprender en toda su extensión el concepto de los administradores de hecho y de derecho, resultará necesario acudir una vez más a las normas extrapenales, y en concreto al derecho de sociedades, a la que de manera indirecta remiten algunos de los delitos societarios. Y en cuanto que el concepto de administrador de derecho no genera dudas, analizaremos de forma pormenorizada la figura del administrador de hecho, al ser éste el que genera mayores dificultades interpretativas, tanto desde el punto de vista doctrinal como jurisprudencial. Igualmente habrá que analizar la delimitación de la responsabilidad penal y los supuestos especiales de autoría y participación, y en especial la responsabilidad penal de los administradores en el seno del consejo de administración como órgano colegiado y de sus órganos delegados (la comisión ejecutiva y el consejero delegado).

El Capítulo V corresponde al estudio del dolo y error, en los delitos societarios, al no ser aplicable la imprudencia a los delitos societarios. En el estudio del dolo en los delitos societarios, seguiremos la concepción normativa del dolo, derivada de la concepción significativa de la acción. Esta concepción va a adquirir una gran relevancia en los delitos societarios en atención a la remisión a las normas extrapenales como forma de integrar los elementos normativos del tipo. Y una especial mención haremos a aquellos delitos societarios en los que junto con el dolo directo, cabe igualmente el dolo eventual. Igualmente resultará necesario el estudio del error en los delitos societarios y si es susceptible de calificarse como un error de tipo o como un error de prohibición, y si a la vista de su carácter vencible o invencible, la conducta pueda quedar excluida de responsabilidad penal. Para ello se deberá tener en cuenta los requisitos de conocimiento e idoneidad y las obligaciones de diligencia y de lealtad, que desde el punto de vista de la normativa jurídico-privada, se exigen a los administradores.

El Capítulo VI estudia el sujeto pasivo de los delitos societarios, que podrán ser la sociedad, los socios y los terceros. Para el análisis del concepto de sociedad, tanto mercantil como penal, nos remitimos al estudio previo realizado en el Capítulo II, de

forma que en este Capítulo examinaremos a los otros dos sujetos pasivos de los delitos societarios, los socios y los terceros. Igualmente, procede en este Capítulo analizar las cuestiones de naturaleza procesal y en concreto la condición de perseguibilidad en los delitos societarios, regulada en el art. 296 CP, que constituyen uno de los principales elementos comunes a todos los delitos societarios y determina su naturaleza como delitos semipúblicos. Para ello distinguiremos entre la condición de perseguibilidad del art. 296.1 CP y la perseguibilidad de oficio de los delitos societarios del art. 296.2 CP, en los supuestos que su comisión afecta a los *intereses generales* o a una *pluralidad de personas*. Para su examen se hará necesario deslindar las figuras de agraviado u ofendido, que podrán ser tanto los socios, la sociedad o terceros, en atención al delito societario de que se trate, como titulares del bien jurídico protegido, de la de perjudicado económicamente por los delitos societarios. Y de igual forma resultará necesario analizar la figura del representante legal, como persona que actúa en nombre y representación de los agraviados u ofendidos, así como los supuestos de legitimación procesal del Ministerio Fiscal, en los casos en los que actúe en representación de menores de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida. Y en atención a la necesidad de integrar los tipos penales societarios con las normas extrapenales del Derecho privado, adquiere especial importancia el examen de las cuestiones prejudiciales tanto en el procedimiento penal como en el civil.

En el Capítulo VII se estudian las consecuencias jurídicas de los delitos societarios en cuanto que constituyen elementos comunes a todos ellos. En primer lugar, examinaremos la penalidad en los delitos societarios, y en cuáles de ellos está previsto la pena privativa de libertad, y en cuáles la de multa, ya sea "días-multa" o proporcional, o ambos conjuntamente, así como las medidas accesorias a la pena prevista en el art. 294 CP y su remisión al art. 129 CP. En relación a las reglas para la determinación de la pena en los delitos societarios, analizaremos el régimen de las circunstancias agravantes y atenuantes a la responsabilidad criminal comunes a los delitos societarios, y la circunstancia mixta de parentesco. Procederá igualmente estudiar, en atención a la naturaleza eminentemente patrimonial de los delitos societarios, la agravación de la pena en los delitos con pluralidad de personas y en los delitos masa, así como la inaplicación de la excusa absolutoria de parentesco, prevista en el art. 268 CP, a los delitos societarios. Habrá que prestar especial atención al estudio, dentro de las reglas de la determinación de la pena, a los principales concursos de delitos y de normas que pueden producirse entre los delitos

societarios y otros delitos del CP, y de los propios delitos societarios entre sí. En cuanto a las causas de extinción de la responsabilidad penal en los delitos societarios, estudiaremos la inaplicación a los mismos del perdón del ofendido, así como la posibilidad del desistimiento en el procedimiento penal, como forma de finalización del mismo, así como la extinción de la responsabilidad penal derivada de la prescripción del delito y de la pena en los delitos societarios. Y como consecuencias jurídicas comunes de los delitos societarios, analizaremos la suspensión de la pena privativa de libertad en ellos y los requisitos necesarios para poder concederla, así como la sustitución de las penas privativas de libertad por otras penas. Procederá igualmente analizar la responsabilidad civil de los sujetos activos y de la persona jurídica derivada de los delitos societarios, así como la responsabilidad subsidiaria de las entidades aseguradoras, cubiertas por las pólizas D&O, por los actos delictivos cometidos por los administradores y directivos como sujetos activos de los delitos societarios. Finalizaremos con el estudio de la imposición de las costas procesales y el decomiso en los procedimiento penales por delitos societarios.

CAPÍTULO I: EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS SOCIETARIOS

I. Introducción

El examen del bien jurídico protegido de cada uno de los delitos societarios tipificados en el Capítulo XIII del Título XIII del Libro II de CP, arts. 290 a 294 CP, resulta de gran importancia para determinar la naturaleza jurídica común de los delitos societarios. Igualmente nos servirá para ver el alcance de los distintos elementos del tipo los delitos societarios, y muy en especial las conductas y su objeto, el sujeto activo y pasivo, el dolo y error, la perseguibilidad y finalmente las consecuencias jurídicas que puede tener la comisión de los delitos societarios, así como su alcance práctico. Para el estudio del bien jurídico protegido de los delitos societarios, vamos a seguir la concepción procedimental del bien jurídico protegido. Esto supone la necesidad de estudiar, aunque sea de forma muy breve, del concepto de bien jurídico protegido, tanto desde el punto de vista doctrinal, como desde la jurisprudencia del TC.

Derivado del bien jurídico de los delitos societarios se encuentra la naturaleza jurídica de éstos, siendo una las cuestiones más debatidas en el ámbito de los delitos societarios. Su determinación resultará fundamental, sobre todo en atención a los importantes efectos prácticos que ello va a conllevar en materia de concursos de delitos y agravante de reincidencia. Así veremos cómo en el ámbito de los delitos societarios, existen dos posiciones doctrinales contrapuestas en relación a su naturaleza jurídica. Los que entienden que estos delitos tienen una naturaleza eminentemente patrimonial, y los que consideran que tienen un contenido supraindividual o socioeconómico. Y sin que falten posiciones mixtas, que entienden que los delitos societarios, teniendo una naturaleza eminentemente patrimonial, tampoco se puede obviar su carácter socioeconómico. El optar por una u otra naturaleza jurídica, dependerá del análisis del bien jurídico de cada uno de los delitos societarios. Por ello con la finalidad de determinar si existe un bien jurídico protegido común a los delitos societarios que determina la naturaleza jurídica de éstos, y en cuanto que como veremos cada uno de los delitos societarios tiene su propio bien jurídico protegido, sin perjuicio de la alta homogeneidad que puede existir entere los mismos, procederemos a realizar un examen del bien jurídico protegido contenido en cada una de las distintas figuras delictivas de los delitos societarios regulados los arts. 290 a 294 CP, para determinar si existe un elemento común a todos ellos.

II. Aproximación doctrinal y jurisprudencial al bien jurídico protegido

II. 1. La concepción procedimental del bien jurídico protegido

El bien jurídico como conjunto de circunstancias dadas o finalidades útiles para el individuo y su libre desarrollo en la sociedad, resulta un concepto clave en la dogmática del Derecho penal[1]. Así se concibe como una razón o conjunto de razones que permiten justificar la intervención del Derecho Penal y que legitima el castigo penal[2]. El concepto del bien jurídico, como obra del pensamiento de la Ilustración se fundamentaba por FEUERBACH como arma contra una concepción moralizante del Derecho penal, y desempeña un papel central en éste, sintetizándose su importancia en la célebre máxima de HASSEMER "la conducta humana solamente puede ser injusto punible si lesiona un bien jurídico". Pero no toda lesión de un bien jurídico dará lugar a la reacción por parte del Derecho penal, sino solamente aquella que resulta socialmente dañosa, y en el que los efectos lesivos van más allá del conflicto entre autor y víctima y del daño individual que ésta última sufre. De esta forma se exige al legislador penal que disponga de conocimientos empíricos y que a su vez los aplique en la formulación de las conductas típicas y en la previsión de sus consecuencias jurídicas, lo que ha llevado a la doctrina a proclamar el principio *In dubio pro libertate,* de forma que sólo se criminalicen conductas socialmente dañosas[3].

Son tres los criterios que deben satisfacer en la actualidad un concepto solvente de bien jurídico: que se adecúe a la realidad; que sea selectivo y nítido; y que resulte comprensible. Así la cuestión de si puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal resulta retórica, ya que el bien jurídico constituye el fundamento necesario y constitucional para concebir un deber de protección, como para determinar los límites a la intervención y su cálculo preciso[4]. Tal y como afirma GAEDE la interpretación en función del bien jurídico sólo llevará a resultados convincentes y constituirá un criterio orientador, siempre que se pueda determinar con seguridad el bien jurídico que se pretende proteger. Por ello resulta necesario que el bien jurídico quede perfectamente

[1]ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del delito*. Madrid, Civitas, 2001, p. 56.
[2] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General.* Tirant lo Blanch, 6ª Edición, Valencia, 2022, p. 195.
[3] HASSEMER, W.: *Fundamentos del Derecho penal.* Barcelona, Bosch, 1984, pp. 37 y ss.
[4] HASSEMER, W.: "¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?" en HEFENDEHL, R. (ed.), VON HIRSCH, A. (ed.) y WOHLERS, W. (ed.): *La Teoría del bien jurídico.* Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 99-100.

definido por el legislador, ya que en caso contrario la interpretación según el bien jurídico perderá todo poder de convicción, lo que puede llevar a tentar el instrumentalizar principios del Estado de Derecho, para fundamentar una punibilidad más extensa[5].

Como acertadamente afirma GONZÁLEZ CUSSAC, todo delito necesariamente debe comportar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, según se expresa en el principio de *nullum crimen sine iniuria,* de forma que la teoría del delito sólo puede partir del bien jurídico[6]. Ello ha llevado a hablar del *dogma del bien jurídico,* en el sentido que el *ius puniendi* del Estado -entendido como la potestad de imponer penas y medidas de seguridad a los infractores de las normas penal que las establecen- deberá justificarse para afectar a la libertad de los ciudadanos[7]. De esta manera el bien jurídico se constituye como el punto de fuga de las figuras de imputación o el eje material de las normas penales[8]. Si bien, en el Derecho penal vigente no se encuentra una proclamación legal expresa del principio de ofensividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos, entendido como aquél en virtud del cual sólo puede ser considerado delito aquel hecho que entraña la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico valioso[9], actuando así mismo como una limitación del Estado, y que afecta tanto al poder legislativo a la hora de legislar, como al poder judicial, a la hora de enjuiciar[10]. Desde este punto de vista, sólo cabe restringir la libertad individual de acción mediante una norma penal, cuando sea necesario dotar de protección a valores, bienes o intereses que sean constitucionalmente legítimos en un Estado social y democrático de derecho. Así la categoría del bien jurídico – el llamado "dogma del bien jurídico"- despliega un papel metodológico, fundamentador y político-criminal básico en las actuales concepciones sistemáticas del Derecho penal"[11].

Desde esta concepción, la norma penal tiene una función básicamente protectora de bienes jurídicos, que eleva a la categoría de delitos, a través de su tipificación legal, los

[5] GAEDE, K.: "Puntos fuertes y puntos flacos de la función legitimadora de la teoría del bien jurídico inmanente al sistema en el ejemplo del fraude de subvenciones" en HEFENDEHL, R. (ed.), VON HIRSCH, A. (ed.) y WOHLERS, W. (ed.): *La Teoría del bien jurídico.* Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 275.
[6] GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal", *Revista Poder Judicial,* núm. 28, 1992, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp. 7-8: "Para poder declarar una conducta como delito no basta que infrinja una norma ética, moral o divina, sino que es necesario, ante todo, la prueba de su carácter lesivo para intereses materiales de otras personas".
[7] ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 9ª Edición, p. 236.
[8] HEFENDEHL, R: "El bien jurídico como eje material de la norma penal" en HEFENDEHL, R. (ed.), VON HIRSCH, A. (ed.) y WOHLERS, W. (ed.): *La Teoría del bien jurídico.* Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 190.
[9] ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "*Compendio… ", op. cit*., p. 132.
[10] ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Idem,* p. 236.
[11] GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "Principio ...", *op. cit.,* p. 32.

comportamientos que más gravemente lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos, constituyendo la clave que permite descubrir la naturaleza del tipo y dándole sentido y fundamento, constituyendo el valor que la ley quiere proteger de aquellas conductas que puedan dañarlo, siendo algo que crea la ley y no algo preexistente a la misma y siendo el titular del mismo el sujeto pasivo[12]. El postulado de que las normas penales deben proteger bienes jurídicos exigirá que tales normas tengan una utilidad y que vayan más allá del mantenimiento de su vigencia fáctica. Y será el juicio del legislador, el que determinará esa utilidad dentro de los límites constitucionales, de forma que será facultad del legislador el decidir qué ha de considerarse útil y digno de protección[13]. No debemos olvidar que el concepto de que Derecho penal sólo puede proteger "bienes jurídicos", ha desempeñado modernamente un papel fundamental en las reformas de las normas penales[14], siendo el punto de partida correcto el reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución[15]. De forma que si la norma penal tutela bienes o intereses socialmente irrelevantes o constitucionalmente proscritos, deberá declararse inconstitucional[16]. El bien jurídico por tanto se conformará no sólo de los tipos penales, sino y principalmente, de los derechos fundamentales de la Constitución, que ejercen esa función limitadora o garantista para determinar si una prohibición penal resulta conforme o no a la Constitución[17].

[12] MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría General del Delito,* 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 67-68.
[13] AMELUNG, K.: "El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos" en HEFENDEHL, R. (ed.), VON HIRSCH, A. (ed.) y WOHLERS, W. (ed.): *La Teoría del bien jurídico.* Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 256.
[14] ROXIN, C.: *Derecho Penal ... op. cit.,* p. 52.
[15] ROXIN, C.: *Idem,* p. 55.
[16] VIVES ANTÓN, T. S.: *Fundamentos del sistema penal. Acción Significativa y Derechos Constitucionales*, 2ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 821.
[17] Este concepto del bien jurídico protegido y su relación con la Constitución es contestado en la doctrina alemana por WOHLERS, W.: "Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico" en HEFENDEHL, R. (ed.), VON HIRSCH, A. (ed.) y WOHLERS, W. (ed.): *La Teoría del bien jurídico.* Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 394: Este autor entiende que la teoría del bien jurídico en el Derecho constitucional es engañosa ya que de este Derecho no se pueden sacar instrucciones suficientemente claras, y además resulta claro que las normas penales deben respetar el principio de proporcionalidad y que es dudoso que del mismo se pueda derivar criterio más o menos concretos para determinar qué conductas son punibles y cuáles no. Lo que lleva a decir a este autor citando a LAGODNY que" no es el Derecho penal el que deba aprender del Derecho constitucional qué puede y qué no puede hacer, sino que es el derecho constitucional el que debe aprender del Derecho penal cuáles son su déficit" y que "la legitimidad de un tipo penal no puede aclararse a través de la remisión a un bien jurídico de por sí digno de protección". En este mismo sentido VON HIRSCH, A.: "El concepto de bien jurídico y el «principio de daño» en HEFENDEHL, R. (ed.), VON HIRSCH, A. (ed.) y WOHLERS, W. (ed.): *La Teoría del bien jurídico.* Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 48: Este autor entiende que el bien jurídico no puede por sí mismo conformar una teoría adecuada de la criminalización y sin que esté resuelta la cuestión acerca de si deben

Y tal y como hemos avanzado, en el presente estudio de investigación vamos a seguir la concepción procedimental de la construcción del bien jurídico protegido elaborada por VIVES ANTÓN. Este autor, de forma brillante, pone de manifiesto que los fines inmediatos y mediatos objeto de protección de las normas penales, son el fundamento para la determinación si se ha incurrido o no en la vulneración del tipo penal. De acuerdo con esta concepción, si las normas tutelan bienes o intereses socialmente irrelevantes o contrarias a la Constitución, deberán declararse inconstitucionales, ya que constituyen el primer momento lógico del principio constitucional de proporcionalidad[18]. Se concibe así el bien jurídico no en términos de objeto, sino en términos de justificación, ya que en última instancia será lo que justifique la limitación de la libertad[19]. De acuerdo con la concepción procedimental: "Los bienes jurídicos son tan diversos que no pueden constituir un género integrado por realidades que tienen en algo en común: a lo sumo, cabrá hablar de una familia cuyos diferentes integrantes están enlazados, por algo que tengan en común, sino por una suerte de parentesco"[20].

Siguiendo esta concepción, ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC afirman que no existe un concepto general del bien jurídico que incluya todos y cada uno de los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico, siendo imposible encontrar un núcleo material o formal común a todos ellos. Es decir, no existe un concepto unitario de bien jurídico, lo que lleva a concebirle en términos de justificación, argumentación o razonamiento. Así, el bien jurídico constituye todo aquello cuya tutela legitima el castigo, y que limita tanto al legislador como a los jueces, prohibiéndoles exégesis extensivas o castigar comportamientos que resultan inocuos[21]. De acuerdo con la concepción

existir criterios legítimos de criminalización más allá del concepto de bien jurídico y cuáles deberían ser y dónde se encuentran sus límites. En España sigue esta concepción FEIJOO SÁNCHEZ, B.: "Teoría de los actos neutrales y participación delictiva. Los límites de la participación criminal en los delitos económicos" en DEMETRIO CRESPO, E. (dir.), DE LA CUERDA MARTÍN, M. (coord.) y GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F. (coord.): *Derecho Penal Económico y Teoría del Delito.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 161-162: "Mi tesis, -englobado en este segundo grupo- es que no puede existir una conducta de participación en un delito económico, mientras el comportamiento, teniendo en cuenta el contexto en el que se realiza, tenga un sentido o significado económico propio desvinculado de la comisión de un delito".

[18] VIVES ANTÓN, T.S.: *Fundamentos …, op. cit.,* p. 821.

[19] VIVES ANTÓN, T.S.: *Idem*, p. 829: "Lo característico de esta concepción no es que acepte, sin más, como bienes jurídicos dignos de protección los que el legislador, por el procedimiento democrático tenga a bien escoger; sino que concibe el bien jurídico, no en términos de objeto, sino en términos de justificación. Hablar del bien jurídico como un algo, como un objeto ideal, no es desde esta perspectiva sino apuntar a las razones que pueden justificar inmediatamente el delito y la pena. Así concebido, el bien jurídico no es sino un momento del proceso de justificación racional de la limitación de la libertad*"*.

[20] VIVES ANTÓN, T.S.: "Constitución, sistema democrático y concepciones del bien jurídico protegido", *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 16, 2005, p. 25.

[21] ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General. ..., op. cit.,* p. 237.

procedimental, el bien jurídico proporcionará un criterio de enjuiciamiento que tanto el legislador como los jueces y profesionales al aplicar el derecho tiene que consultar en la creación e interpretación de cada precepto concreto. En consecuencia, la concepción procedimental del bien jurídico constituye el proceso de justificación de la intervención del derecho penal que legitima la acción punitiva del Estado[22]. Y a su vez alude al bien jurídico como justificación del castigo, de forma que al enjuiciar si la sanción de una conducta justifica la restricción de la libertad, no tiene en cuenta únicamente el objeto inmediato de protección de la norma, sino que tiene en consideración otros objetos de la lesión, y el conjunto de intereses legítimos que hay detrás de la norma penal. En otras palabras, la intervención penal se justifica con la dignidad del valor objeto de protección[23]. El Derecho penal sólo puede hacer acto de presencia, a través de sus normas, para proteger bienes jurídicos, frente a ataques intolerables, de manera que la tipificación de un delito sin bien jurídico será contraria a la Constitución, al igual que lo será, el crear un delito para proteger un bien jurídico frente a hechos que pueden ser protegidos por otras ramas del ordenamiento jurídico. En conclusión, todo hecho para contradecir una norma penal debe lesionar el bien jurídico contenido en la misma[24].

Con esta concepción del bien jurídico, estamos ante un entendimiento procedimental y no sustancial del bien jurídico protegido, en el que lo característico está, en no aceptar el bien jurídico digno de protección desde el punto de vista objetivo, como el que el legislador haya seleccionado, sino concebirlo en términos de justificación racional de la limitación de la libertad, que a su vez justifica inmediatamente el delito y la pena[25]. Pero una de las cuestiones que deberemos plantearnos es cómo juega la ley moral como límite al derecho a la liberad de los ciudadanos, y en tal sentido sólo deberán tener en cuenta las normas morales elementales, cuyo mantenimiento no depende exclusivamente del legislador sino de la necesidad de evitar efectos socialmente dañosos[26]. Y siendo la

[22] GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "Principio ...", *op. cit.,* p. 33: *"*Y es que, se quiera o no quiera, guste o no guste, resulta imprescindible a la luz de nuestra configuración constitucional en su conjunto, y más exactamente en relación a su artículo 1º, donde la declaración de la libertad como valor fundamental del ordenamiento jurídico conlleva de suyo la necesidad de justificar toda limitación de la misma, lo que sólo es posible si se produce una injerencia en la libertad ajena, esto es, si se lesiona o pone en peligro un bien jurídico*".* En el mismo sentido ROXIN, C.: *Derecho Penal… op. cit.,* p. 58: "El principio del bien jurídico hace visibles los problemas del límite del *ius puniendi* estatal y puede llevar a una solución racional de los mismos".

[23] ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General. ..., op. cit.,* p. 240.

[24] ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Idem*, p. 133.

[25] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General. ..., op. cit.,* p. 199.

[26] VIVES ANTÓN, T.S.: *Fundamentos …, op. cit.,* p. 806.

concepción del bien jurídico básicamente normativa, no se puede considerar estática sino dinámica, que varía en atención de las distintas reformas constitucionales, y por tanto abierta al cambio social y a los progresos del conocimiento científico y por supuestos a los cambios morales imperantes en cada momento en la sociedad[27]. Partiendo de la concepción procedimental del bien jurídico, la función más importante de éste, que no la única, es la limitadora o de garantía, ya que es éste el que delimita el ámbito de libertad de los ciudadanos, en tal sentido los límites a la acción punitiva del Estado -i*us puniendi*- están condicionados por la existencia de una lesión o puesta en peligro del bien jurídico[28]. El bien jurídico como límite al legislador no se encuentra expresado en un concepto, sino en los propios preceptos constitucionales y su interpretación, y es a partir de los mismos que se trazan los límites que el legislador no puede rebasar a la hora del castigo, de forma que la idea del bien sirve de intermediario entre la norma constitucional y la penal[29].

La concepción procedimental del bien jurídico, a su vez se encuentra estrechamente vinculada a la jurisprudencia constitucional, y toma como referencia los principios de la intervención mínima y de la proporcionalidad. El bien jurídico aparece configurado en términos de justificación, como todo aquello cuya tutela legitima el castigo, y que incluye no sólo el objeto inmediatamente protegido sino el resto de los intereses legítimos protegidos por la norma penal y que subyacen en la misma y que tienen la consideración de bienes mediatos que en última instancia se encuentra en la voluntad del legislador a la hora de tipificar los distintos delitos[30]. En este sentido, el bien jurídico no es un objeto, ya que no existe un núcleo común a todos los bienes jurídicos[31]. Tal y como avanzábamos, los límites al *ius puniendi* del Estado no se acaban en el poder legislativo, sino que se extienden al poder judicial, de forma que el principio de ofensividad, lesividad o de exclusiva protección del bien jurídico opera como límite a la labor del intérprete al aplicar

[27] ROXIN, C.: *Derecho Penal… op. cit.,* pp. 57-58.
[28] VIVES ANTÓN, T.S.: *Fundamentos …, op. cit.,* p. 832: "El concepto del bien jurídico no está en condiciones de delinear un núcleo de injusto "común a todo comportamiento antijurídico", sencillamente porque no es un concepto de género, sino una simple orientación que alberga contados de injusto que sólo tienen en común el dato formal de su contrariedad al Derecho, sin que en la mayoría de los casos compartan nada material. La idea del bien jurídico representa un límite al legislador, pero sin que se halle expresado en un concepto sin que remite a los diversos preceptos constitucionales y a sus tradiciones interpretativas: a partir de ellas se trazan los límites que el legislador no puede rebasar a la hora del castigo, y, por lo tanto, aquellos objetos y valores de la vida social susceptibles de ser protegidos penalmente y aquellos que no lo son".
[29] VIVES ANTÓN, T.S.: "Constitución…, *op. cit.*, pp. 26-27.
[30] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General. ..., op. cit.*, p. 196.
[31] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Idem*, pp. 197-198: "En la dogmática del bien jurídico la aspiración de definir el bien jurídico en términos de concepto ha desembocado o en la adopción de definiciones vacías o cuando se les ha intentado dotar de sentido, en definiciones insuficientes o inadecuadas*".*

la ley, constituyendo la función dogmática y exegética del bien jurídico. La actuación de los jueces se encuentra limitada por la vigencia de este principio de lesividad, y lo primero que deben realizar es la fijación del objeto tutelado y si éste no es lesionado, deberá quedar impune por no existir tipo[32]. Y el límite al legislador en el ejercicio del *ius puniendi*, vendrá igualmente determinado en el Estado social y democrático de derecho, por los principios de autonomía, libertad e igualdad de las personas, debiendo tener en consideración que la libre actuación de las personas debe quedar limitada por el respeto a la esfera de los derechos de los demás[33].

Adicionalmente al límite a legislador, el bien jurídico protegido posee importantísimas funciones dogmáticas, tal y como pone de manifiesto MUÑOZ CONDE, como son la función sistemática en el que el CP parte de los distintos bienes jurídicos protegidos en cada delito[34]; la función teleológica o interpretativa, en el que se podrá excluir del tipo aquellas conductas que no lesionan ni pongan en peligro el bien jurídico[35] y finalmente la función de criterio de medición de la pena en el que la determinación de la gravedad de la lesión del bien jurídico o de su peligrosidad influirán en la gravedad del hecho y sirve para la determinación de la pena por parte de los jueces y Tribunales a la hora de su imposición[36]. Pero esa protección de bienes jurídicos no sólo se realiza a través del Derecho penal sino a través de la totalidad del ordenamiento jurídico, en el que deberán también incluirse normas civiles, mercantiles y administrativas sancionadoras, de forma que el Derecho penal sólo interviene, con base en el *principio de ultima ratio*, cuando fallan otros medios de solución al problema[37]. Esta concepción va a ser especialmente relevante en el examen de la aplicación de los tipos penales de los delitos societarios de forma que acudiremos al Derecho penal sólo cuando los conflictos que surjan en el ámbito societario no puedan ser resueltos por las normas extrapenales.

---

[32] GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "Principio ...", *op. cit.,* p. 9.
[33] VIVES ANTÓN, T.S.: *Fundamentos …, op. cit.,* p. 809.
[34] MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría..., op. cit.,* p. 67: *"*El concepto del bien jurídico se utiliza en Derecho penal, además, como criterio de clasificación, aglutinando los distintos tipos delictivos en función del bien jurídico protegido en ellos*".*
[35] MUÑOZ CONDE, F.: *Idem*, p. 106: *"*No toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (desvalor de resultado) es antijurídica, sino sólo aquélla que se deriva de una acción desaprobada por el Ordenamiento jurídico (desvalor de acción)*".*
[36] MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General,* 10ª ed., Barcelona, Editorial Reppertor, 2015, p. 175.
[37] ROXIN, C.: *Derecho Penal… op. cit.,* pp. 65-66: *"*Por ello se denomina a la pena como la *ultima ratio* de la política social y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos.[…].Esta limitación del Derecho penal se desprende del principio de proporcionalidad, que a su vez se puede derivar del principio del Estado de Derecho de nuestra Constitución: Como el Derecho penal posibilita las más duras de todas de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, sólo se le puede hacer intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener un éxito suficiente*".*

En el presente Capítulo vamos a seguir el concepto dogmático del bien jurídico, como objeto de la tutela jurídica, siendo éste el objeto efectivamente protegido por la norma penal vulnerada[38], ya que como hemos visto sólo cuando existen actos ejecutivos estamos ante una lesión o puesta en peligro para el bien jurídico, estando vedado rebasar esa línea a los jueces y tribunales, y el legislador deberá igualmente respetarla en el marco de la Constitución[39]. Pero la protección del bien jurídico, en modo alguno puede suponer la desaparición del principio de legalidad penal[40]. Así, el concepto de bien jurídico no puede ir desligado de la acción típica que lo lesiona, ya que las concepciones dogmáticas tradicionales del bien jurídico, en el que éste desempeñaba una función nuclear en cuanto concepto que otorgaba especificidad a cada delito y su combinación con la categoría del tipo de injusto, debe superarse. Lo que fundamenta la especificidad de cada delito, no es el bien jurídico, sino la acción típica que lo lesiona, siendo nociones inseparables las de acción típica y bien jurídico. Y en tal sentido, puede explicarse de forma justificada la diferencia entre los delitos de lesión y los delitos de peligro, y dentro de éstos los de peligro concreto y los de peligro abstracto, y que como vamos a ver estos conceptos tienen una gran trascendencia en el ámbito de los delitos societarios. Encontrándose la diferencia entre unos y otros en el grado en que los respectivos tipos requieren el ataque al bien jurídico protegido[41].

En consonancia con lo anteriormente dicho, el hecho de que el Derecho penal proteja bienes jurídicos no significa que todo bien jurídico deba protegerse penalmente, ni que todo ataque a los bienes jurídicos conlleve la intervención del Derecho penal, siendo el concepto de bien jurídico más amplio que el de bien jurídico penal[42]. Así el derecho penal con base en el principio de intervención mínima no sanciona toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino sólo aquéllas que son consecuencia de acciones especialmente intolerables o más graves[43]. Así de acuerdo con este principio, el legislador utiliza del Derecho penal para la protección de bienes jurídicos verdaderamente

[38] MIR PUIG, S.: *Derecho..., op. cit.,* p. 172.
[39] GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "Principio ...", *op. cit.,* p. 34.
[40] VIVES ANTÓN, T. S.: "Principios penales y dogmática penal", en VIVES ANTÓN, T. S.(dir.) y MANZANARES SAMANIEGO, J. L.(dir.): *Estudios sobre el Código Penal de 1995. Parte general.* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, p. 16.
[41] ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General. ..., op. cit.,* p. 241: En los delitos de lesión se precisará que la conducta perjudique efectivamente el bien jurídico, mientras que en los de peligro la consumación se verifica con la creación de un riesgo determinado para el bien jurídico.
[42] MIR PUIG, S.: *Derecho..., op. cit.,* p. 131.
[43] MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría…, op. cit., p.* 107.

importantes tipificando aquellos comportamientos realmente lesivos o peligrosos para esos bienes jurídicos[44]. Adicionalmente el límite a la punibilidad en el Estado social y democrático de derecho se sitúa en la ejecución del delito. No podrá castigarse ni la mera manifestación externa de la voluntad criminal ni tampoco, los actos preparatorios en los que se expresa la intención contraria a la norma, ya que junto con la intención es necesario dar principio a la realización del delito, porque sólo así se puede constatar la existencia de un riesgo para el bien jurídico tutelado[45]. Esta concepción de ofensividad del bien jurídico protegido lleva a desdoblar el juicio de idoneidad, por una parte, de forma abstracta, donde se comprueba si el acto es idóneo desde el punto de vista del fin perseguido (resultado); y de otra de forma estricta, en el que se examina si el acto es ejecutivo o preparatorio, de forma que completada la ejecución producirá la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Tal y como afirma GONZÁLEZ CUSSAC, conductas carentes de lesividad quedan por definición fuera del ámbito del Derecho penal. En conclusión, un acto para poder calificarse de ejecutivo y en consecuencia típico debe revestir una mínima idoneidad para alcanzar el fin propuesto[46]. Con base en esta concepción, el concepto de sujeto activo o autor del delito, en sentido material, lo es sólo aquél o aquellos que toman parte directa en la ejecución del hecho típico, siendo un concepto material y no formal, es decir aquellos realizan actos que al menos deben suponer un peligro abstracto para el bien jurídico protegido tutelado por el tipo, y sin que se pueda extender el carácter de autores a aquellos que no ejecutan nada ya que en este caso se estaría violentando el principio de ofensividad[47].

II. 2. Doctrina del Tribunal Constitucional sobre el bien jurídico protegido

Tal y como hemos visto en la concepción procedimental del bien jurídico, éste no sólo deberá adecuarse a los tipos penales regulado en el Código Penal sino también a los derechos fundamentales regulados en la Constitución, dentro del respeto al Estado social

[44] MUÑOZ CONDE, F.: *Idem*, p. 67.
[45] GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "Principio ...", *op. cit.*, p. 10.
[46] GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Idem*, p. 20: *"*La tipicidad requiere siempre una conexión real entre la conducta y la lesión o peligro del bien jurídico. Ahora bien, tal conexión real no ha de ser siempre material (causación), pudiendo en ocasiones ser suficiente una conexión ideal (causalidad). Pero siempre ha de existir un correlato objetivo entre la lesión o peligro y el hecho externo, y ello aun tratándose de bienes ideales. Por eso, aunque no exista en sentido estricto causación, siempre habrá una conexión objetiva o real entre conducta y lesión o peligro…En resumen, sólo son típicos los actos ejecutivos, y éstos, conceptualmente, conllevan una cierta dosis de objetividad o de conexión entre comportamiento y lesión o peligro*"*.
[47] GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Idem*, p. 32: *"*El castigo como autor ha de responder a su contribución objetiva al hecho, y ello sólo sucede con la práctica de actos ejecutivos. Los únicos que contribuyan a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido*"*.

y democrático de derecho[48]. En tal sentido la interpretación de las normas penales deberá pasar siempre el filtro de la Constitución en cualquier interpretación que se haga de las mismas, y su contravención conllevará la necesaria declaración de inconstitucionalidad de aquellas[49]. El Tribunal Constitucional, mediante una consolidada jurisprudencia, se ha encargado de delimitar el alcance del ejercicio del *ius puniendi* por el Estado y la protección del bien jurídico protegido amparado en los derechos fundamentales y libertades públicas de la Constitución. En tal sentido, el *ius puniendi* del Estado se justifica en el mantenimiento del orden constitucional establecido. En la STC (Pleno) núm. 11/1981 de 8 abril declara que el tipo delictivo no puede considerarse inconstitucional si se tiene en cuenta que lo que se penaliza es un ataque contra la seguridad del Estado, esto es, si tiene por finalidad la preservación del funcionamiento del orden constitucional, el libre desarrollo de los órganos del Estado y el ejercicio pacífico de los derechos y de las libertades ciudadanas[50]. De forma que el bien jurídico protegido actúa como límite a las libertades de los ciudadanos, por lo que la norma penal debe sustentarse en la preservación de bienes constitucionalmente protegidos.

La STC (Pleno) núm. 105/1988 de 8 junio declara que el bien jurídico actúa como condición externa del ejercicio de la libertad de los ciudadanos, lo que comporta que, en el Estado social y democrático de derecho, se plantee el castigo de comportamientos que suponen una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, entendido como condición externa del ejercicio de la libertad de los ciudadanos; lo que comporta una noción material de antijuridicidad, superándose así la meramente formal. Lo cual también comporta, junto a la constitucionalización del principio de proporcionalidad -reflejado también en el art. 25.1 CE- el de intervención mínima[51]. En esta misma línea, la STC (Pleno) núm. 161/1997 de 2 octubre establece la necesidad de realizar un enjuiciamiento previo de los

[48] MIR PUIG, S.: *Derecho..., op. cit.,* p. 132.

[49] VIVES ANTÓN, T: *Fundamentos ..., op. cit.,* pp. 830-831: "Los distintos bienes jurídicos no pueden extraerse, sin más, de los valores sociales previos al Derecho, sino que el bien jurídico concreto se conforma, no sólo a partir de los tipos penales; sino también de la Constitución y en concreto del contenido de los derechos fundamentales, desde los que se decide hasta qué punto y en qué sentido una determinada prohibición penal resulta constitucionalmente legítima. El contexto de justificación constituye un momento esencial de las normas penales, de forma que no cabe interpretación de la norma penal contraria a la Constitución de forma que el momento de conformidad a ella es un momento genérico de cualquier interpretación penal". De este mismo autor VIVES ANTÓN, T.S.: "Constitución…, *op. cit.,* p. 26: "El bien jurídico así determinado, por lo tanto, no preexiste al derecho; pero sí a las concretas tipificaciones penales: se trata de una reconstrucción reflexiva de los bienes jurídicos que asume como punto de referencia no sólo el Código Penal, sino también la Constitución".

[50] STC (Pleno) núm. 11/1981 de 8 abril. RTC 1981\11 en relación con el ejercicio del derecho de huelga. FJ 26º.

[51] STC (Pleno) núm. 105/1988 de 8 junio. RTC 1988\105. FJ 7º.

bienes o intereses a proteger, y ver su proporcionalidad, de forma que se desestimará el carácter constitucional de una norma penal cuando el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la preservación de bienes o intereses constitucionalmente proscritos o socialmente irrelevantes[52]. El TC mantiene la justificación de la limitación de derechos fundamentales, cuando existan otros bienes jurídicos dignos de mayor protección como ha puesto de manifiesto en la STC (Pleno) núm. 61/2023 de 24 mayo (Pleno). Jur. 2023\279781[53]. Y de igual forma, la interpretación de la norma penal y su constitucionalidad se puede apreciar con base en los bienes jurídicos protegidos reconocidos en el contexto internacional, tal y como tiene dicho la STC (Pleno) núm. 62/1982 de 15 octubre[54].

III. El bien jurídico protegido en los delitos societarios

III. 1. El bien jurídico protegido mediato e inmediato en los delitos societarios

Una de las cuestiones más debatidas en el ámbito de los delitos societarios es su naturaleza jurídica, es decir si tienen un carácter exclusivamente patrimonial, o tienen un carácter socioeconómico. El examen de los bienes jurídicos protegidos por cada uno de los delitos societarios nos llevará a determinar si los mismos tienen una naturaleza exclusivamente patrimonial o socioeconómica o incluso mixta. En consecuencia, el estudio del bien jurídico protegido es previo para la determinación de la naturaleza jurídica de los delitos societarios. Tradicionalmente la doctrina alemana, TIEDEMANN siendo su principal exponente, ha mantenido que los bienes jurídicos contenidos en las distintas figuras delictivas del Derecho penal económico, entre los que se encuentran los delitos societarios, tienen un carácter básicamente supraindividual o socioeconómico, en los que se protegen instituciones de la vida económica, sin que la interpretación conforme al bien jurídico protegido en el Derecho penal económico, presente particularidad diferente al resto de delitos del Código Penal. Así deberá tenerse en cuenta la amplitud de los bienes jurídicos supraindividuales o sociales con el fin de limitarla cuando sea

[52] STC (Pleno) núm. 161/1997 de 2 octubre. RTC 1997\161: FJ 10. Y en el mismo sentido STC 111/1993 [RTC 1993\111], FD 9.º)» y STC 55/1996, FD 7º.

[53] STC (Pleno) núm. 61/2023 de 24 mayo (Pleno). Jur. 2023\279781: El TC en relación con el derecho de reunión en el estado de alarma por el Covid-19, considera puede quedar limitado cuando se justifica por la alteración del orden público con peligro para personas y bienes.

[54] STC (Pleno) núm. 62/1982 de 15 octubre. RTC 1982\62. FJ 7: No se infringe el principio de legalidad penal en los supuestos en los que la definición del tipo penal interpone conceptos cuya delimitación permite un margen de apreciación que responden a la protección de bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional en el que se inserta nuestra CE, de acuerdo con su artículo 10.2 y ello sin perjuicio de que la incidencia sobre la seguridad jurídica, en los casos en que se produzca, deba tenerse en cuenta al valorar la culpabilidad y en la determinación de la pena por el Tribunal.

necesario, a través de una interpretación conforme a la Constitución, como límite que tiene el legislador en el ejercicio del i*us puniendi*[55]. Pero hoy en día se van abriendo nuevas concepciones, y así resulta clarificadora la posición mantenida en la doctrina italiana por MELCHIONDA. Este autor entiende que la atención prestada al bien jurídico en el ámbito del Derecho penal económico:

> " En esta perspectiva, la atención prestada al "bien jurídico" ha permitido a menudo desvelar los riesgos potencialmente ocultos tras las soluciones técnicas legislativas que, al adelantar el ámbito de la punibilidad a conductas sólo abstractamente peligrosas en cuanto a la lesión de derechos patrimoniales personales, tras la pantalla de una supuesta protección de bienes de valor sólo formal, han actuado como antesala de la entrada de figuras delictivas de dudosa legitimidad, lo que ha llevado a menudo a opciones legislativas potencialmente conflictivas con los principios de legalidad, precisión, materialidad, ofensividad, proporcionalidad y culpabilidad[56]."

El concepto de orden socioeconómico tal y como ya se señalaba en el Preámbulo o Exposición de Motivos del Proyecto de CP de 1992, tiene una cierta imprecisión y ambivalencia al comprender tanto las reglas del mercado como el debido funcionamiento de los entes asociativos que actúan en su seno. Lo que resulta claro es que, con la introducción de los delitos societarios, el legislador ha querido incriminar determinados comportamientos relacionados con la actividad de las sociedades mercantiles[57]. De esta forma, a través de la teoría del bien jurídico se permite una parcelación sistemática del Derecho Penal económico, sin que se produzca no sólo una protección del patrimonio, sino que por el contrario se protege también la vida económica de la sociedad y en el que la sistematización y concreción del bien jurídico no puede llevarse a cabo sin recurrir a las normas y a las construcciones teóricas del Derecho económico[58]. Lo anterior, nos lleva a avanzar que la naturaleza jurídica de los delitos societarios podrá ser o bien patrimonial o socioeconómica en atención al bien jurídico principal que se proteja en cada uno de los tipos penales, según tenga un mayor carácter individual o colectivo. Será individual cuando el bien jurídico se concrete en el patrimonio de la sociedad, sus socios o terceros que se relacionan con ella. Y será colectivo cuando afecte al orden socioeconómico, que

[55] TIEDEMANN, K.: *Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 215.
[56] MELCHIONDA, A.: "Evolución y características actuales del Derecho penal económico", *Revista Penal,* núm. 50, julio 2022, p. 186.
[57] MARTÍN PALLÍN, J.A.: "Los delitos societarios" en SORIANO SORIANO, J.R. (dir.): *Delitos socioeconómicos en el nuevo Código Penal.* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, p. 297
[58] TIEDEMANN, K.: *Manual …, op. cit.,* p. 217.

se puede definir siguiendo a TIEDEMANN como la participación estatal en la economía, o como conjunto de normas protectoras de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios[59], e incluso podrán tener una naturaleza mixta, patrimonial y socioeconómico[60].

Si acudimos a la sistemática del CP, y realizando un análisis del Título XIII del Libro II del CP nos encontramos con los denominados *delitos contra el patrimonio* y *delitos contra el orden socioeconómico*, estando dicho Título dividido por el Capítulo X, que regula las disposiciones comunes a los nueve Capítulos anteriores. Siguiendo esta sistemática, los Capítulos I al IX regularán los *delitos contra el patrimonio* y los Capítulos XI al XIV los *delitos contra el orden socioeconómico*, en el que se encuentran los delitos societarios, en concreto el Capítulo XIII. De esta sistemática, parece que el legislador del CP de 1995 ha querido considerar los delitos societarios como delitos contra el orden socioeconómico. No obstante, pretender establecer una identificación necesaria entre el título "*Delitos contra el orden socioeconómico*" y el bien jurídico protegido, por las figuras delictivas en él contenido, es cuando menos precipitada y errónea[61]. En mi opinión, es indudable que algunos de los delitos societarios regulados por el Capítulo XIII del Título XIII del Libro II del CP pueden tener una naturaleza socioeconómica, pero ello no implica necesariamente que el orden socioeconómico sea el bien jurídico protegido por todos ellos, si bien tampoco se puede excluir *a priori* que así lo sea. Por ello, habrá que analizar cada uno de los delitos societarios y la aplicación que en el caso concreto hayan realizado los juzgados y tribunales, para determinar si el bien jurídico protegido en cada uno de ellos es el patrimonio o el orden socioeconómico. De esta forma, el bien jurídico protegido de estos delitos, deberá determinarse analizando cada una de las distintas figuras delictivas concretas y teniendo siempre en cuenta el contexto normativo, especialmente de las normas extrapenales, en el que las mismas se integran.

El hecho que los tipos penales de los delitos económicos cuenten en atención al bien jurídico protegido con una naturaleza específica preponderante, ya sea patrimonial ya sea socioeconómica, tampoco nada impide que puedan gozar al mismo tiempo de ambas

[59] BORJA JIMÉNEZ, E.: "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (I). Introducción general" en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coord.): *Derecho Penal. Parte Especial*, 8ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, p. 366.
[60] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 25.
[61] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos societarios en el Código Penal Español*. Madrid, Dykinson, 1998, pp. 104-105.

características. Los delitos patrimoniales pueden llegar a tener una dimensión socioeconómica, mientras que los delitos socioeconómicos necesitan un referente individual de carácter patrimonial. A mi juicio, en la mayor parte de los delitos socioeconómicos se identifica un bien jurídico de carácter patrimonial protegido inmediatamente, que sirve de forma de forma mediata para la protección del orden socioeconómico[62]. Y esta conclusión, que como hemos adelantado, se puede predicar de todos los delitos contenidos en el Título XIII del Libro II del CP, tiene especial importancia en el ámbito de los delitos societarios (Capítulo XIII), lo que nos va a llevar a examinar necesariamente el bien jurídico protegido que aparece en cada uno de los tipos penales de los delitos societarios tipificados en los arts. 290 a 294 CP, para poder concluir si efectivamente existe una naturaleza jurídica común a los mismos, si esta es el patrimonio o es el orden socioeconómico o tiene un carácter mixto.

Como hemos dicho, el estudio concreto del bien jurídico protegido en los delitos societarios no va a resultar homogéneo, al existir una serie de conceptos distintos susceptibles de calificarse como bienes jurídicos en estos delitos. Ello supone que deba realizarse una operación de selección, debiendo examinarse delito por delito, e ir analizando los concretos intereses que el legislador ha tenido en consideración a la hora de la redacción de cada uno de los tipos penales de los delitos societarios[63]. Conclusión que como veremos, no queda afectada por el hecho de que delitos societarios tengan una elevada homogeneidad, en cuanto que los tipos penales van dirigidos a reprimir una serie de conductas que se producen en el seno de las sociedades mercantiles, y que están ligadas normalmente a la comisión de los delitos por los miembros de los órganos sociales, los administradores de hecho y de derecho y que pueden causar perjuicios a la sociedad, sus socios o terceros[64].

Tal y como hemos avanzado, la naturaleza jurídica patrimonial o socioeconómica de los delitos societarios vendrá determinada por la concepción más amplia o estricta que se tenga de los bienes jurídicos protegidos en los mismos. Una concepción estricta lo limita a la protección del patrimonio de la empresa, sus socios o terceros relacionados con la

[62] GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho penal económico y de la empresa*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 27-28.
[63] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 12.
[64] FRANCÉS LECUMBERRI, P.: *El delito de falsedad documental societaria y la contabilidad creativa.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 44: "No basta que se trate de actuaciones realizadas en el seno de organizaciones complejas, sino que se han de llevar a cabo por personas que de alguna manera administran esa complejidad del *sistema* y en el *sistema,* se aseguran la planificación de la obtención de recursos, de la administración, la utilización eficaz y eficiente de éstos y buscan cumplirlos objetivos de la sociedad".

misma, pudiendo ser estos últimos los acreedores, proveedores, clientes, incluso la Administración pública: la AEAT, la SS, etc.). Y en una más amplia, la lesión del bien jurídico protegido conllevará la lesión o puesta en peligro, de la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios[65]. Lo que resulta evidente, es que a través de los delitos societarios se protegen no sólo intereses patrimoniales de los sujetos pasivos, sino también el interés del Estado y de los consumidores a obtener una información adecuada sobre las circunstancias económicas de las sociedades mercantiles, su correcto funcionamiento y la buena gestión de sus órganos de gobierno y en general la estabilidad del orden económico o del sistema societario que no debemos olvidar constituye la base de la economía de libre mercado[66].

Además, este orden socioeconómico debe ser visto desde la perspectiva europea, de forma que podemos hablar de un Derecho penal económico europeo, en el que el orden socioeconómico nacional ha pasado a tener un carácter supranacional dentro del ámbito de la normativa armonizadora de la economía de la UE, lo que dar lugar a la aparición de cuestiones y problemas que deben ser abordadas por las más modernas opciones de política criminal[67]. Concepción que resulta acorde con el concepto de orden económico regulado por el vigente CP de 1995, concebido en sentido amplio como "el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico, entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios". Incluyéndose en consecuencia las conductas delictivas que tienen como objetivo los intereses patrimoniales individuales, pero que a la vez pueden ser lesivas para la vida económica o la estructura que la determina. Pudiéndose, en consecuencia, a través de los delitos

[65] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* p. 27.
[66] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Idem*, p. 33.
[67] MELCHIONDA, A.: "Evolución *…", op. cit.,* pp. 187: "…la economía ha sido siempre un pilar central de la subsistencia de toda organización social, por lo que es en la dinámica global que subyace al ejercicio de toda actividad económica donde debe centrarse también la atención para comprender de forma efectiva y concreta los ámbitos de potencial relevancia y necesidad de recurrir al instrumento penal". Siendo el modelo de "libertad regulada" como solución intermedia frente al modelo liberalistas, propio del capitalismo y al modelo estatista, de los estados intervencionistas, el que se reconoce en los Estados de la UE y que determina el modelo "europeo" del Derecho penal económico, en el que la economía ha asumido claramente una importancia central y prioritaria, estableciéndose un sistema de armonización legislativa, que parte de la lógica de una *lex mercatoria* común y se extendió gradualmente a la protección de los derechos humanos en respuesta a la globalización de la economía mundial regida por las normas del capitalismo. Y será en este modelo europeo ".

societarios, producirse un perjuicio a un doble interés, de naturaleza individual o patrimonial y por otro lado de naturaleza colectiva o socioeconómica[68].

De forma directa o inmediata, se protegen intereses patrimoniales de la sociedad, los socios, acreedores y terceros que se relacionan con la misma, y por otro lado en cuanto que las conductas tipificadas pueden causar un daño a la economía y al mercado, de forma indirecta o mediata se tutelan intereses supraindividuales de orden socioeconómico. En los delitos societarios encontramos por tanto un bien jurídico directamente protegido que es el patrimonio, y que es puesto en peligro por la comisión del delito y un bien jurídico indirectamente protegido, que es el orden socioeconómico, que no está incorporado al tipo penal pero que sirve en la interpretación teleológica del bien jurídico directamente protegido[69]. La dimensión socioeconómica de los delitos societarios está íntimamente unida a su carácter supraindividual o pluriofensivo mientras que su naturaleza patrimonial lo está a su carácter individual de protección inmediata de los derechos de la sociedad, los socios y terceros[70]. No obstante, y tal y como vamos a concluir del análisis pormenorizado del bien jurídico de cada uno de los delitos societarios, siendo cierto la existencia de un bien jurídico protegido mediato en los delitos societarios, que está constituido por el orden socioeconómico, lo cierto es que al final se alza como bien jurídico común a todos los delitos societarios su bien jurídico inmediato que no es otro que la protección del patrimonio de la sociedad, los socios y terceros. De esta forma, y con la excepción del delito del art 294 CP, el objeto básicamente de tutela de los delitos societarios es el propio patrimonio societario o los derechos políticos y económicos de los socios o accionistas, lo que justifica la insuficiencia de los delitos clásicos patrimoniales o falsarios para tutelar los bienes jurídicos protegidos regulados en los delitos societarios[71]. En esta línea doctrinal se encuentra FERNÁNDEZ TERUELO, quién partiendo de la concepción económico-jurídica o mixta de patrimonio, en el que se

[68] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos ..., op. cit.*, p. 112. En el mismo sentido GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit.,* p. 32: Para estos autores, la doble clasificación del bien jurídico protegido en los delitos societarios, en bienes jurídicos individuales y supraindividuales, los primeros pertenecen a un único individuo o sujeto, propios de los delitos patrimoniales, mientras que los segundos, propios de los delitos socioeconómicos, pueden pertenecer a toda la sociedad o a un colectivo más o menos numeroso de personas agrupados entre sí por tener un elemento común que lo diferencia del resto de la sociedad.

[69] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios. ..., op. cit.*, p. 13.

[70] BOIX REIG, J. y ANARTE BORRALLO, E.: "Delitos societarios" en BOIX REIG, J. (dir.): *Derecho Penal. Parte Especial. Volumen II Delitos Económicos,* 2ª ed. Madrid, Iustel, 2020, p. 703.

[71] VALLE MUÑIZ, J.M., QUINTERO OLIVARES G. y MORALES PRATS, F.: "De los delitos societarios" en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios al Código Penal. Tomo II. Parte Especial,* 5ª ed. Pamplona, Aranzadi, 2008, p. 974.

incluyen los bienes o valores económicos que se detentan en virtud de un título válido reconocido por el ordenamiento jurídico, considera que en los delitos societarios se está atacando de forma inmediata el patrimonio de la sociedad, el de los socios y el de los terceros interesados. De esta forma los ilícitos societarios son delitos esencialmente contra el patrimonio, y para ello parte del concepto económico de empresa como organización de factores de producción -capital y trabajo- en el que media un ánimo de lucro. En los delitos societarios se está protegiendo tanto el capital social como aportaciones dinerarias y no dinerarias de los socios, como el patrimonio neto de la sociedad[72]. Esta posición es igualmente mantenida por VIDALES RODRÍGUEZ quién entiende que los delitos societarios son delitos patrimoniales con la única excepción del art. 294 CP justificándose su ubicación en el Capítulo XIII del Título XIII del Libro II del CP con base en la dimensión socioeconómica de la sociedad y que en la preservación del orden socioeconómico constituye a su vez la *ratio legis* de estos tipos penales. De forma que ninguna de las conductas que aparecen en los Capítulos XI al XIV merecen la calificación como de delitos socioeconómicos, y sin que el orden socioeconómico constituya en ningún caso el bien jurídico protegido, siendo discutible la conveniencia de su inclusión en el encabezamiento del Título XIII[73].

En otras palabras, el bien jurídico inmediato en los delitos societarios lo constituye los bienes que aparecen protegidos en cada uno de los distintos tipos penales, y que conlleva la protección del tipo penal de forma concreta y directa o específica en cada uno de éstos y que se identifica con el patrimonio individual. Concepto que será válido siempre que no se identifique el vocablo "propiedad" como equivalente a patrimonio, ya que el concepto de patrimonio no es unívoco, sino que el mismo puede tener tres acepciones distintas: la jurídica, la económica y la económico-jurídica, siendo ésta última la más adecuada para entender el objeto de protección penal en los delitos societarios, en la que se combina la propiedad de unos bienes o derechos en virtud de una relación reconocida por el ordenamiento jurídico con la idea de que estos bienes o derechos sean económicamente evaluables, y en los que el ataque será a alguno de los elementos que

[72] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos ..., op. cit.*, pp. 123-125.
[73] VIDALES RODRÍGUEZ, C.: "Los delitos socioeconómicos en el Código Penal de 1995: La necesidad de su delimitación frente a los delitos patrimoniales", en *Estudios Penales y Criminológicos, núm. 21*, Santiago de Compostela, 1998, pp. 370-371: "A la vista de tan importantes inconvenientes, procede preguntarse si realmente es posible e incluso, conveniente efectuar una nítida separación entre delitos patrimoniales y socioeconómicos. O si, por el contrario, se trata -como ya dijera VIVES ANTÓN respecto de la clasificación de los delitos contra la propiedad- de una distinción cuya utilidad práctica va poco más allá de lo puramente didáctico".

componen el patrimonio pero no al patrimonio en su totalidad[74]. Y siguiendo a BORJA JIMÉNEZ podemos definir el patrimonio como "el conjunto de derechos, facultades, intereses y situaciones, con valor económico atribuibles a una persona, cuya titularidad reconoce el ordenamiento jurídico"[75].

No obstante una posición más amplia es la mantenida por FARALDO CABANA, para quién junto con el bien jurídico inmediato protegido por los delitos societarios constituido por el patrimonio de la sociedad, de los socios o de terceros, existe también un bien jurídico mediatamente protegido que se encuentra implícito en los mismos, lo que nos sirve para distinguir entre la tutela que se realiza por una parte del patrimonio de la sociedad mercantil, sus socios y en determinadas ocasiones de terceros, y de otra del orden socioeconómico[76]. Es la distinción entre bien jurídico inmediato y bien jurídico mediato lo que determinará en los delitos societarios, la legitimidad de la intervención del Derecho penal, de forma que habrá supuestos, de conformidad con el principio de intervención mínima y proporcionalidad, en el que dicha intervención puede no estar plenamente justificada y otros en los que sí lo esté, de acuerdo con la necesidad de tutelar inmediatamente un bien jurídico cuyo ataque conlleva una lesividad concreta[77]. De acuerdo a la distinción anterior, el bien jurídico protegido inmediato de los delitos societarios es el patrimonio social y el bien jurídico protegido mediato será el orden socioeconómico. En el primer caso se está protegiendo el patrimonio individual de cada socio de las sociedades mercantiles o el propio de éstas, mientras que en el segundo caso se está protegiendo al orden socioeconómico necesario para el buen funcionamiento de la economía nacional, siendo esta última concepción respetuosa con la función social que de la propiedad exige la CE en sus arts. 9.2 y 33, que supeditan el contenido del derecho de propiedad a su función social. Y ello es así porque, tal y como hemos visto en relación a la concepción procedimental del bien jurídico protegido, existe un mandato constitucional consistente en la intervención del Estado en la economía (arts. 9.2, 31, 33, 38, 51, 128.1, 129.2 y 131 CE), que puede ser denominada Constitución económica, cuya

[74] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios. ..., op. cit.,* p. 16-17: "El concepto jurídico entiende que el patrimonio está integrado por el conjunto de derechos patrimoniales de una persona. El concepto económico atiende a poder fáctico del sujeto y el valor económico de los bienes o situaciones; desde este punto de vista, el patrimonio podría definirse como el conjunto de valores económicos de que, de hecho, dispone una persona".
[75] BORJA JIMÉNEZ, E.: "Delitos… en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coord.): *Derecho. ..., op. cit.,* p. 364.
[76] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios. ..., op. cit.,* p. 15.
[77] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General. ..., op. cit.,* p. 225.

finalidad es su protección en su conjunto y que tiene como principios inspiradores el respeto a la propiedad privada de los medios de producción, la primacía de la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado frente a la intervención pública y la coexistencia de la libertad de empresa con las necesidades del sector público[78]. Posición que igualmente mantiene MELCHIONDA, para quién la posibilidad de iniciar una actividad económica tiene una serie de posibles situaciones de conflicto en el ámbito del Derecho penal económico que se pueden dividir en cuatro tipos de diferentes riesgos: a) La actividad empresarial puede generar riesgos para los derechos económicos de otras personas (derechos de propiedad o derecho a realizar actividades económicas); b) riesgos para los derechos fundamentales de la persona (derecho a la vida, a la salud, a la integridad personal); c) riesgos a la colectividad y por tanto determina la necesidad de proteger el mercado económico colectivo y d) los intereses comunes y difusos de mayor alcance de la comunidad (riesgos para el medio ambiente). Riesgos que en el ámbito de los delitos societarios pueden afectar a la garantía patrimonial de accionistas y acreedores y no sólo a éstos sino también al mismo funcionamiento del mercado[79].

En el mismo sentido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, para quién en el bien jurídico inmediato se realiza la protección del interés directamente tutelado en sentido estricto, mientras que en el mediato se protege el bien colectivo general inmaterial o institucionalizado que está integrado por el orden económico general.[80] El bien jurídico inmediatamente tutelado de los delitos societarios es el patrimonio de los sujetos pasivos, si bien en algunos casos se puede ver afectado un bien jurídico diferente de naturaleza supraindividual. De forma que en ningún caso el consentimiento de los socios en una junta general ante la comisión de alguno de los tipos penales de los delitos societarios, tiene virtualidad alguna para excluir de responsabilidad penal a sus autores, ya que una cosa es el patrimonio de los socios, y otra bien distinta es el patrimonio de la sociedad entendida ésta como el conjunto de derechos y obligaciones de valor pecuniario perteneciente a la persona jurídica y más cuando los intereses de los socios y los de la

[78] SEQUEROS SAZATORNIL, F.: *Delitos societarios y conductas afines.* Madrid, La Ley-Actualidad, 2003, pp. 16-17. En el mismo sentido MARTÍN PALLÍN, J.A.: "Los delitos …", *op. cit.*, p. 293: "todos los sistemas económicos avanzados deben disponer de un marco jurídico que regule y someta a control el funcionamiento de las sociedades mercantiles que operen preferentemente en el marco de la economía de mercado".

[79] MELCHIONDA, A.: "Evolución …", *op. cit.*, pp. 187-188.

[80] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General. ..., op. cit.*, p. 220. Y del mismo autor MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 6ª Edición. p. 470.

sociedad pueden ser contrapuestos[81], y se puede estar afectando al orden socioeconómico como bien jurídico mediato protegido. Distinción entre bien jurídico protegido mediato e inmediato que resulta transcendental desde el punto práctico de la de la perseguibilidad, ya que el orden socioeconómico como bien jurídico mediato o indirectamente protegido, no aparece incorporado al tipo de injusto del delito correspondiente, por lo que no resulta necesario que el intérprete acredite si en cada caso concreto se ha producido una lesión o puesta en peligro del orden socioeconómico, ni si existe dolo en su autor referido a la lesión del orden socioeconómico, a diferencia de la concepción del bien jurídico inmediato identificado con el patrimonio individual en el que sí se requiere el dolo del agente[82]. En el primer caso en cuanto que se afecta a los intereses generales no se precisará denuncia, y en el segundo caso sí salvo que afecte a una pluralidad de personas tal cual prevé el art. 296 CP[83].

Para salvar las dificultades anteriores en cuanto a la determinación de la naturaleza patrimonialista o socioeconómica de los delitos societarios, adquiere fuerza doctrinalmente una concepción que podríamos denominar como mixta, en la que, a través de la protección inmediata de los patrimonios individuales, se protege de forma mediata el adecuado funcionamiento de las sociedades mercantiles, y por ende, el orden socioeconómico, ya que la puesta en peligro del patrimonio individual, puede poner en peligro también del citado orden socioeconómico en atención a la importancia que para la economía tengan determinadas sociedades mercantiles[84]. En otras palabras, partiendo de un concepto de la naturaleza jurídica predominantemente patrimonial de los delitos societarios, en los que se está protegiendo el patrimonio de los sujetos pasivos, sin embargo no cabe duda que las sociedades mercantiles cada día más desempeñan un papel

[81] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos ..., op. cit.,* p. 130-131.
[82] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios ..., op. cit.,* pp. 19-20.
[83] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos ..., op. cit.,* pp. 117-120: En sentido contrario, este autor entiende que del análisis del art. 296 CP y la referencia que en el mismo se realiza en su segundo párrafo "No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas" parece que la voluntad del legislador ha sido el que no haya en los delitos societarios un bien jurídico distinto del estrictamente patrimonial, salvo en el supuesto del delito del art. 294 de obstrucción a la actividad inspectora o supervisora de la Administración sobre las sociedades. De forma que dejando en manos de los particulares la perseguibilidad de los delitos parece que el legislador ha querido circunscribir interés protegido no tanto al ámbito socioeconómico como al ámbito societario patrimonial y ello sin duda por la escasa trascendencia que entiende el legislador que con carácter general puede tener la infracción de los tipos penales societarios.
[84] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios. ..., op. cit.,* pp. 21-22: "En los delitos societarios el bien jurídico inmediatamente protegido en sentido técnico no agota el motivo de la criminalización, puesto que el bien jurídico inmediatamente tutelado en sentido técnico debe ser el patrimonio individual, pero el interés subyacente que inspira la política criminal en esta materia radica en el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles, interés mediato que merece una protección indirecta".

fundamental en la actividad económica de un país, de forma que las conductas tipificadas en los mismos pueden llegar a ser lesivas a los intereses económicos de sectores enteros, especialmente aquellas sociedades que se encuentran en sectores supervisados como son la banca, seguros, telecomunicaciones, eléctricas, distribución etc. o que cotizan en mercados secundarios (*v.gr.* IBEX-35) pudiendo llegar incluso a afectar a los intereses económicos de todo un país[85]. Y esa protección del orden socioeconómico es la que va a justificar sobradamente la intervención del Derecho penal, sin perjuicio que cada tipo penal tenga factores típicos de restricción que aporta la lesividad concreta señalada a través de un especial desvalor de acción[86]. En mi opinión, y sin perjuicio del inminentemente carácter patrimonial que tienen los delitos societarios, que lo acercan al resto de los delitos patrimoniales del Título XIII del Libro II, y que va a ser fundamental a efectos prácticos a la hora de apreciar la agravante de reincidencia, no obstante, no podemos negar su naturaleza socioeconómica, que resulta evidente en el art. 294 CP e incluso en el art. 290.2 CP en relación a la falsedad de las cuentas anuales.

Adicionalmente, y cómo vamos a ver analizando cada uno de los tipos penales societarios, la distinción de bien jurídico protegido en mediato e inmediata sirve para distinguir entre delitos societarios de carácter uniofensivo o pluriofensivo. Con carácter general los delitos societarios son delitos básicamente uniofensivos -con la excepción del art. 294 CP que regula la obstaculización de la actividad supervisora o inspectora y el tipo del art. 290 que regula el delito de falsedad de las cuentas anuales y documentos sociales - en los que existe un ataque al patrimonio individual de los socios, en el bien jurídico protegido en sentido técnico es el patrimonio individual[87], sin embargo, mediatamente pueda afectar al orden económico[88].

[85] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* p. 27. En el mismo sentido y del mismo autor, DEL ROSAL BLASCO, B.: "Delitos societarios" en DEL ROSAL BLASCO, B. (coord.): *Derecho penal de sociedades mercantiles,* 2ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2023, p. 261: "Me inclino a pensar que *tal y como están configurados* en el CP los delitos societarios, su naturaleza *predominante* es la patrimonial, con la salvedad del art. 294, que sí entiendo es un genuino delito socioeconómico".

[86] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial..., op. cit.,* p. 233.

[87] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios. ..., op. cit.,* p. 23.

[88] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial..., op. cit.,* p. 264: "A este esquema se ajustarían los delitos societarios salvo la figura del art. 294 y según un sector la del art. 290*"*.

III. 2. Los delitos societarios como delitos de lesión o de daño y como delitos de peligro abstracto o concreto

La doble acepción de la naturaleza jurídica del bien jurídico protegido de los delitos societarios en patrimonial o socioeconómico, va a resultar trascendental a la hora de analizar en cada uno de los tipos penales si estamos ante delitos de lesión o daño o delitos de peligro abstracto, lo que llevará a analizar los problemas dogmáticos y político-criminal de los mismos y su posible justificación dentro del principio de intervención mínima del Derecho penal. Si consideramos que en los delitos societarios regulados en el CP existe una ofensa básicamente, de naturaleza patrimonial entonces estaremos básicamente ante delitos de lesión o daño, en el que existe un menoscabo del objeto jurídico tutelado[89],. Esta concepción de delitos de lesión o de daños aparece claramente en los tipos penales regulados en los arts. 290.1, 291, 292, 293 y 294CP, tal y como vamos a poder ver en el examen concreto de cada uno de los mismos[90].

Pero, como hemos avanzado, el mantener la naturaleza de protección colectiva del orden socioeconómico de los delitos societarios determina que nos encontremos con que algunos de los delitos puedan tener un carácter de peligro general o de peligro abierto o abstracto, que supone una anticipación de la intervención penal al de la efectiva lesión, y que se consuma con la concurrencia de un mero peligro para el bien jurídico protegido[91]. Este será el caso del art. 290.2 CP o tipo agravado del delito de falsedad de las cuentas anuales y documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la Entidad

[89] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Idem*, pp. 235-236: "Tradicionalmente, la opinión dominante venía entendiendo que la naturaleza de estos delitos económicos orientados directamente a la tutela de un bien colectivo general institucionalizado sin referente individual era la de tratarse de delitos de peligro abstracto, en la medida en que -se razonaba- una concreta acción individual atentatorio al libre mercado o la libre competencia en modo alguno al libre mercado o a la libre competencia en modo alguno puede ser capaz de lesionar esta clase de bienes jurídicos. Sin embargo, a raíz de la contribución de TIEDEMANN sobre la teoría de los bienes intermedios y de otras aportaciones posteriores, se ha venido ganando adeptos la idea de que la naturaleza de tales delitos es la propia de los delitos de lesión, desde el momento en que se admite que los bienes jurídicos colectivos institucionalizados puedan ser también lesionado: ciertamente, no en el sentido de que sea posible su destrucción, sino en el de su afectación o perturbación".

[90] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Idem*, p. 267. En el mismos sentido GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit.,* p. 237.
También DIAZ ECHEGARAY, J.L.: *La Responsabilidad penal de los socios y administradores.* Madrid, Montecorvo, 1997, p. 76.

[91]MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Idem*, pp. 267-268: "Los delitos de peligro abstracto se integran ya con la mera presencia de la acción del sujeto activo, siendo suficiente la comprobación de una peligrosidad general de dicha acción para algún bien jurídico y sin que, por ende, se requiera concreción alguna de peligro, que denote una probabilidad inmediata o próxima de lesión. Por consiguiente, para evaluar el riego en los delitos de peligro abstracto se utilizará un juicio ex ante acerca de la peligrosidad de la acción, a diferencia de lo que sucederá en los delitos de peligro concreto, en los que habrá que recurrir a una perspectiva ex post para enjuiciar el resultado de peligro".

que literalmente dice: "Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrá las penas en su mitad superior". El hacer uso de tipos de peligro general, abierto o abstractos en los delitos societarios, no resulta fácilmente justificable desde el punto de vista de política criminal, que se justifica únicamente en el hecho de que se puede ver lesionado el bien jurídico superior, resultando criticable ya que se está elevando al rango de infracción penal auténticos ilícitos administrativos[92]. Lo que lleva a delitos que se han considerado de peligro abstracto se convertirán en delitos de peligro concreto si se ponen en relación con el orden económico[93]. Lo que resulta evidente es que los delitos calificados como de peligro abstracto para el bien colectivo inmaterial general (orden socioeconómico) no significa que no deban tener la necesaria ofensividad individual (al patrimonio), ya que las infracciones deben construirse sobre la base de un peligro real y no sólo formal para el bien jurídico protegido, con base en los principios garantistas, de proporcionalidad e intervención mínima del Derecho penal[94].

III. 3. Clasificación de los delitos societarios en atención al bien jurídico protegido

Son varias las clasificaciones que ha realizado la doctrina penalista de los delitos societarios en atención al bien jurídico protegido por los mismos. En tal sentido, BACIGALUPO los clasifica los delitos societarios en relación con el bien jurídico protegido en tres categorías: infracciones que afectan a la transparencia externa de la administración social, que alcanzará a la falsedad de balances, cuentas e informes del art. 290 y la sustracción a las medidas de inspección administrativas del art. 294. Infracciones que conculcan el deber de lealtad de los administradores hacia la sociedad y los socios que alcanza a los delitos de falsedad de balances, cuentas e informes del art. 290 y el de obstrucción de supervisión de la gestión del art. 293. E infracciones que conculcan los límites éticos del derecho de las mayorías y que afectan a los delitos de imposición de acuerdos abusivos o lesivos de los arts. 291 y 292[95].

[92] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Idem*, p. 269.
[93] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos ..., op. cit.*, pp. 138-139: "En efecto, se reconoce una especial virtualidad del recurso a los tipos de peligro para una eficiente protección de los bienes jurídicos supraindividuales. El recurso al peligro abstracto se admite con mayor agrado en supuestos en los que el delito tutela bienes de especial magnitud (bienes difusos, colectivos o públicos-institucionales, entre los cuales se encontraría el orden socioeconómico)".
[94] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial..., op. cit.*, p. 282.
[95] BACIGALUPO, E. (dir.): *Curso de Derecho penal económico*. 2ª ed. Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 415.

BOIX REIG Y ANARTE BORRALLO distinguen los delitos societarios en atención al bien jurídico protegido en aquellos en los que se protege al menos de forma inmediata los intereses de los socios y la sociedad (arts. 292 y 293 CP) (adopción de acuerdos lesivos y limitación de los derechos jurídicos y económicos de los socios); los que se protegen tanto intereses internos (patrimonialistas) como externos (socioeconómicos) como son los delitos de los arts. 290 (falsedades societarias) y 291 (adopción de acuerdos abusivos) y finalmente en el art. 294 (limitación o negación a la actuación inspectora o supervisora) el medio de ataque consiste en actuaciones hacia el exterior y se ven afectados intereses externos[96].

Finalmente, para DEL ROSAL BLASCO en atención a la complejidad y multiplicidad de sus elementos constitutivos y en especial en atención a su bien jurídico protegido y los sujetos intervinientes, se pueden clasificar los delitos societarios en: delitos contra la propia sociedad (en los que existe una infracción de los deberes de los órganos contra la sociedad); delitos contra los socios (en los que se lesionan lo derechos de los socios); y delitos contra los terceros y acreedores (que lesionan los intereses de éstos)[97]. Considero que esta última clasificación, es la que mejor responde a los distintos bienes jurídicos protegidos por los delitos societarios y resulta la más acorde con la sistemática que vamos a seguir.

IV. Examen individual del bien jurídico protegido en los delitos societarios: sus elementos comunes

Ante la dificultad de encontrar un bien jurídico protegido homogéneo a todos los delitos societarios, al existir una serie de conceptos distintos susceptibles de ser

[96] BOIX REIG, J. y ANARTE BORRALLO, E.: "Delitos societarios" en BOIX REIG, J. (dir.): *Derecho ... op. cit.,* p. 699. Siguiendo la misma clasificación del bien jurídico de los delitos societarios, CUGAT MAURI, M.: "Capítulo XIII. De los delitos societarios. Arts. 290 a 297" en CÓRDOBA RODA, J. (dir.) y GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Tomo I.* Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 1081: "A grandes rasgos, las posiciones se dividen entre: a) la patrimonialista, según la que el bien jurídico protegido continúa siendo la propiedad o patrimonio individual, y para la que los nuevos delitos sólo cubren algunos vacíos de punibilidad en la protección el bien jurídico tradicional; y b) la que defiende la naturaleza colectiva del bien jurídico, que lo sitúa en el orden económico vigente en una sociedad determinada, y para la que los nuevos tipos responden a la identificación de un nuevo bien jurídico de titularidad igualmente colectiva".

[97] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios ..., op. cit.,* p. 39. En idéntico sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *Los delitos societarios, un enfoque mercantil.* Madrid, Civitas, 1996, p. 33. En parecido sentido REQUEJO NAVEROS, M. T.*:* "Delitos societarios" en LIÑÁN LAFUENTE, A. (coord.): *Delitos Económicos y Empresariales.* Madrid, Dykinson, 2002, p. 346 que distingue las conductas sancionadas de los delitos societarios en dos grupos, aquellas que afectan al funcionamiento de la sociedad y son potencialmente perjudiciales para la sociedad y los socios – falsedades contables e imposición de acuerdos abusivos y lesivos- y las que son obstaculizadoras del ejercicio de los derechos de los socios o de la actuación o supervisión administrativa.

calificados como bienes jurídicos en estos delitos, procede analizar cada uno de los tipos penales de forma individualizada (arts. 290 a 294 CP), para ver si finalmente podemos concluir con que existe un único bien jurídico común a todos ellos o múltiples bienes jurídicos protegidos por los tipos penales societarios, si bien con un alto grado de homogeneidad entre los mismos y con una serie de elementos comunes a todos ellos. Para ello seguiremos la sistemática y orden que fija el CP, siendo la más acorde para el estudio de cada uno de los delitos societarios y preferible por razones de claridad en la exposición, analizando tanto la doctrina como la jurisprudencia, que como veremos en algunos de los delitos societarios es muy reducida, sin duda debido a la aplicación del principio de intervención mínima del Derecho penal y el principio de insignificancia con base en la atipicidad o irrelevancia penal de las conductas, en favor del Derecho mercantil y civil, remitiéndose a la jurisdicción ordinaria para la resolución de los conflictos entre socios[98]. La determinación del bien jurídico protegido de los delitos societarios nos llevará a cuestiones prácticas relevantes que afectan a la aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia, el delito continuado, la circunstancia mixta de parentesco, la excusa absolutoria y los concursos de leyes y de delitos de los delitos societarios con otros tipos penales. Tal y como afirma VIDALES RODRÍGUEZ, la determinación de la naturaleza patrimonial o socioeconómica del bien jurídico de los delitos societarios sirve para solventar los importantes problemas concursales que surgen de éstos con otras figuras reguladas en el Título XIII del Libro II del CP, dirimiendo de esta forma, si el conflicto ha de ser solventado acudiendo al concurso de normas o, por el contrario, merece el tratamiento de concurso de infracciones[99]. Todas estas cuestiones las analizaremos en el Capítulo VII al estudiar las consecuencias

[98] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios. ..., op. cit.*, pp. 94-95 y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial..., op. cit.*, pp. 522 y ss.

[99] VIDALES RODRÍGUEZ, C.: "Los delitos …", *op. cit.*, p. 371.

En el mismo sentido HERCE MAZA, J. I. y BERMÚDEZ MADRIGAL, J.: "Panorama actual de la responsabilidad en el ámbito societario (y II)", *Revista Aranzadi Doctrinal,* Año 2016, núm. 9: "No es indiferente que la naturaleza que se les atribuya a los delitos societarios sea de carácter patrimonial o socioeconómica. Con esto nos referimos a la aplicación de la agravante de reincidencia del núm. 8 del art. 22 CP, así como a los efectos de la aplicación de la regla de determinación de la pena prevista en el art. 74, núm. 2 CP (delito continuado), es relevante la naturaleza (patrimonial o socioeconómica) de delito". El CP 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 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 podrán 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, la naturaleza de los delitos societarios".

jurídicas de los delitos societarios. Por otra parte, con el examen del bien jurídico de los delitos societarios veremos que existe un elemento común a todos ellos, que se encuentra en la infracción de los correspondientes deberes extrapenal (mercantiles o administrativos), lo que determina que debamos calificar a los delitos societarios, como delitos de infracción de un deber que tienen los administradores de hecho o de derecho o incluso los socios de cuidado de los bienes jurídicos protegidos por los mismos[100].

IV. 1. El bien jurídico protegido en el delito de falsedad de las cuentas anuales y documentos que deben reflejar la situación jurídica o económica de la entidad (art. 290 CP)

La génesis del tipo penal del art. 290 CP responde a la voluntad del legislador de garantizar la máxima transparencia o veracidad en la información contable societaria, de forma que ésta refleje fielmente la situación jurídica o económica de las sociedades. Pero ello no se logrará si la información y los datos contenidos en las cuentas anuales de la sociedad no son completos, claros, exactos y veraces y ello en interés de la sociedad, los accionistas, los acreedores y terceros[101]. Garantizando la correcta información, se garantiza la viabilidad de los intereses de la sociedad, de forma que las decisiones sociales se puedan tomar con pleno conocimiento por los socios y acreedores, y así poder defender sus intereses. Este derecho a la información veraz afecta igualmente a los futuros socios y acreedores que no podrán relacionarse eficazmente con la sociedad desde la ignorancia de la verdadera situación económica de ésta[102]. De forma que, tal y como afirma FARALDO CABANA, la justificación de la introducción de un delito de falsedad en documentos sociales, que sigue el modelo de estafa en la inversión de capital del derecho alemán en cuanto a la técnica de peligro abstracto para el patrimonio y del denominado delito de falsedad del balance o *Bilanzdelikt*, "constituye un instrumento complementario

[100] BACIGALUPO SAGGESE, S. y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos societarios.* Barcelona, Ediciones Experiencia, 2005, p. 22.
En el mismo sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, B.: *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*. Montevideo-Buenos Aires, Bdef, 2009, pp. 207-208: "Más bien habría que decir que los delitos socioeconómicos son delitos que consisten en la infracción de deberes básicos de los ciudadanos cuando actúan en el subsistema económico o en un rol que podemos definir como económico (deudor, gestor empresarial, etc.), que en algunas ocasiones pueden afectar a bienes jurídicos colectivos (Derecho Penal económico en sentido estricto) mientras que en otras representan agresiones contra bienes jurídicos individuales, especialmente de tipo patrimonial (Derecho Penal económico en sentido amplio).
[101] CUGAT MAURI, M., en CÓRDOBA RODA, J. (dir.) y GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *Comentarios…*, *op. cit.*, p. 1090: "La norma persigue garantizar el derecho a una correcta información de los socios, acreedores y terceros, que debe reflejarse en documentos claros y exactos, derecho que se corresponde con el deber de los empresarios de llevar una contabilidad ordenada y fiel".
[102] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* pp. 93-94.

de los tipos penales generales, en especial de la estafa como manera de proteger a los socios y al público en general de los abusos cometidos por los administradores sociales"[103].

Una primera aproximación al bien jurídico protegido del art. 290 CP, supone que estemos ante un delito de falsedad documental de las cuentas anuales y documentos mercantiles que deben reflejar la situación jurídica y económica de la entidad, y que es realizado por aquellas personas que dentro de la sociedad están encargadas de su elaboración, es decir los administradores de hecho y de derecho, sin perjuicio que en su elaboración participen también terceros, como los auditores de cuentas, cuando éstos falten a la verdad en la narración de los hechos sobre la verdadera situación jurídico o económica de la entidad. El tipo del art. 290 CP constituye una excepción a la atipicidad de la falsedad ideológica cometida por los particulares sobre documentos mercantiles o el resto de formas tipificado en el artículo 390.1 CP, en el que el bien jurídico protegido inmediato lo podemos encontrar en la funcionalidad de los documentos mercantiles sobre los que se lleva a cabo la falsificación, como instrumentos esenciales en el desarrollo del tráfico jurídico y el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas entre las personas que participan o concurren en el mismo dentro de la sociedad[104], pero esta posición, sin duda reduccionistas, debemos superarla como a continuación vamos a justificar.

La trascendencia del art. 290 CP respecto de la tutela de los derechos de información de la sociedad, se encuentra en que, si bien en principio parecen limitados a los socios, sin embargo, desde el momento que hay terceros que realizan inversiones en la propia sociedad, éstos también tienen un derecho a conocer la veracidad de las cuentas anuales y documentos que deben reflejar la situación jurídica o económica de la entidad. En tal sentido, del derecho de información del socio, que puede ejercitar o no, se ha pasado al deber de información de la sociedad; y del interés del socio actual al interés del inversor potencial y del público en general, como fundamento de protección[105]. Esta distinción y

[103] FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII. De los delitos societarios" en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios al Código Penal.* Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 1120. De la misma autora FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII. De los delitos societarios", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): *Comentarios al código penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, p. 1900.

[104] FARALDO CABANA, P.: *El delito societario de falsedad en documentos sociales.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 38-39.

[105] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios. ..., op. cit.,* p. 116: "El centro de atención se ha desplazado, pues, de la información privada como derecho individual del socio a la publicidad informativa privada como deber general de comunicar al público los datos más relevantes sobre la situación patrimonial y la rentabilidad de la sociedad. Esta exigencia de publicidad es particularmente sentida en el mercado

el alcance del bien jurídico protegido de la falsedad de las cuentas anuales ha sido puesto de manifiesto por la jurisprudencia en la importante STS núm. 867/2002 de 29 julio. RJ 2002\6357, Sentencia del caso Banesto, que delimita el tipo del art. 290 CP frente a las falsedades documentales ideológicas. En tal sentido la Sentencia destaca la importancia que tiene para el buen funcionamiento del sistema económico el evitar la distorsión de la información contable por parte de los administradores societarios. Y de igual manera deja claro que el bien jurídico protegido por la norma y vulnerado por el infractor, no es el privativo de persona alguna, ni tampoco, de modo inmediato, al menos, del Estado, sino de la sociedad o comunidad, cuya fe en el tráfico y en la actividad empresarial se perturba. Por tanto, está poniendo de manifiesto la Sentencia la naturaleza eminentemente socioeconómica de este delito. Y esta valoración, cobra una especial singularidad, cuando nos encontramos ante los balances de entidades financieras (entidades bancarias, pero no sólo éstas, sino también aseguradoras, sociedades de inversión etc.) tan importantes en el sistema financiero español (como lo fue Banesto, uno de los cinco bancos más importantes por activos y pasivos de España en el momento de su intervención), cuya repercusión en la economía nacional, es de tal intensidad que, sus crisis pueden afectar seriamente a la estabilidad económica del sistema, o en palabras propiamente bancarias generar un "*riesgo sistémico*". Lo que lleva a esta Sentencia a afirmar:

> "Como se ha señalado por un sector de la doctrina, corresponde al derecho penal la protección del tráfico jurídico documentado y de los intereses patrimoniales de las sociedades, los socios y de quienes se relacionan con aquellas. Es necesario, además, proteger otros intereses estrechamente relacionados con los anteriores y que afectan al propio sistema financiero y a la estabilidad de las bases de la economía nacional……Se ha dicho, que una sistemática distorsión de la información constituye una seria amenaza para la confianza en el propio sistema económico, creando riesgos de desestabilización de incalculables consecuencias. Por ello creemos que la intervención del derecho penal, en los casos en que las cuentas y balances no responden a la verdadera situación de las empresas, está plenamente justificada ya que nos encontramos ante una actividad falsaria, que, alterando elementos esenciales de documentos mercantiles, lesiona y vulnera bienes jurídicos, que no pueden quedar desamparados, ya que como hemos dicho, afecta a los intereses de la comunidad…….Ya hemos expuesto la trascendencia y relevancia que para la economía nacional tiene la fiabilidad, veracidad y transparencia del

bursátil, y de ahí el incremento de publicidad que se exige en todos los sistemas a las sociedades con acciones cotizadas en Bolsa a consecuencia de la atención prestada al tema por el Derecho de la Unión Europea".

> funcionamiento de las sociedades, si bien debemos reconocer que sus repercusiones sobre la vida económica de un país no son las mismas en una sociedad de pequeño volumen que, en una entidad financiera o industrial de las características o importancia que tiene, la que es objeto de enjuiciamiento en la presente causa[106].

A la vista de la Sentencia del caso Banesto, quedarnos en el carácter del bien jurídico protegido del art. 290 CP en la funcionalidad de los documentos mercantiles sin duda que es una posición excesivamente reduccionista, tal y como ya avanzaba. Y ello es porque la protección de la fe pública, así considerada, sólo tiene sentido en la medida en que la protección del bien jurídico es una protección de los intereses subyacente, que concretado al delito del art. 290 CP se produce en la lesión del bien jurídico, no sólo cuando se lesiona la funcionalidad de los documentos mercantiles, sino, y es lo más importante, cuando se lesiona bienes jurídicos-penales de titularidad individual, esencialmente el patrimonio de la sociedad, los socios o terceros que se relacionan con la misma, pero también colectivos, de la propia comunidad en atención a la relevancia económica de la Entidad[107]. De forma que la lesión podrá tener igualmente un carácter no sólo individual sino también colectivo, consistente en el interés de carácter verídico y completo de la información social[108].

Frente a las posiciones que identifican el bien jurídico del art. 290 CP en la funcionalidad de los documentos mercantiles[109], un sector muy importante de la doctrina, encabezado por FERNÁNDEZ TERUELO identifican el bien jurídico del art. 290 CP básicamente con el patrimonio de los sujetos pasivos. Así afirma que si bien el art. 290 CP tiene un carácter de delito pluriofensivo, en cuanto que se protege la funcionalidad del documento y a la vez el patrimonio de los sujetos interesados, no obstante el carácter pluriofensivo no lo considera imprescindible, ya que debe buscarse un bien jurídico común a todos los delitos societarios y en ese sentido el mismo debe encontrarse en su carácter estrictamente patrimonial, al considerar que la falsedad no es más que el medio o cauce a través del que se obtiene un beneficio y se causa el correspondiente daño

---

[106] STS (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 867/2002 de 29 julio. RJ 2002\6357, Caso Banesto. FD: Séptimo, Octavo y Noveno.

[107] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios. ..., op. cit.,* p. 110.

[108] PÉREZ VALERO, I: *El delito societario de falsedad en las cuentas anuales.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 141.

[109] BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho penal económico.* Madrid, Editorial de Estudios Ramón Areces, 2001, pp. 617-618: "El bien jurídico protegido en el precepto ha de cifrarse en la confianza en la veracidad de los datos publicados e imagen fiel de la empresa como garantía de una correcta gestión, revistiendo, por tanto, una naturaleza mixta, individual y colectiva, de la que son titulares los accionistas y la Comunidad…Pero, el patrimonio hay que considerarlo, como bien jurídico protegido secundariamente, y no como bien jurídico principal, ni siquiera en el apartado segundo del art. 290, porque el mismo es objeto directo de protección en otros preceptos".

patrimonial. Si a eso unimos que el propio tipo penal exige que la falsedad realizada por los administradores de hecho o de derecho sea apta para causar un perjuicio económico, según establece el tipo penal, hay que entender que estamos ante un delito exclusivamente patrimonial, en el que al proteger la veracidad de la información social se está protegiendo los intereses patrimoniales de los sujetos a quienes la misma se dirige[110].

Considero que resultando evidente que el tipo del art. 290 CP es un delito de falsedad documental[111], sin embargo, no podemos negar que también tiene una naturaleza

[110] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos ..., op. cit.,* pp. 165-166. En el mismo sentido RÍOS CORBACHO, J.M.: "Algunas reflexiones sobre el delito de falseamiento de cuentas (art. 290 CP)", *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 13, 2005: "…quizá haya que inclinarse por aquella en la que el tipo de falsedad en la información social se caracteriza por proteger un solo bien jurídico: el patrimonio de los socios. A dicha conclusión se llega si se entiende que el precepto (art. 290.1 CP) alude a la consecución de un resultado de peligro (de *«forma idónea para causar un perjuicio económico..., »*) que se estimará cuando se ponga en peligro el patrimonio de los socios y, desde un punto de vista pragmático, pudiera ocurrir que se falsee el documento (aquí el teórico bien jurídico sería la funcionalidad de éste) y no por ello se pusiera en peligro el patrimonio de los socios o, como establece el núm. 2 del art. 290 CP, se produjera el efectivo perjuicio del patrimonio de los socios, de modo que todo lo más, en ese supuesto concreto, se puede acudir al Título XVIII, Cap. II donde se encuentran ubicados los delitos de falsedad documental. En el mismo sentido y del mismo autor RÍOS CORBACHO, J.M.: "Delitos societarios", en ACALE SÁNCHEZ, M. (coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo IV. Derecho penal. Parte especial (Derecho penal económico)*, 3ª ed., Madrid, Iustel, 2023, p. 141. En el mismo sentido MUÑOZ CUESTA, F. J.: "El delito societario de falseamiento de las cuentas de la sociedad: Relación con la falsedad documental. Estudio del art. 290 CP. Comentario a la STS, Sala 2ª, de 10 de diciembre de 2004", *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi Año 2005 núm. 7*: "A nuestro juicio la razón de la existencia del tipo penal se halla en la protección del patrimonio de los antes citados, teniendo en cuenta dónde se ubica sistemáticamente el delito, la veracidad de las cuentas, el derecho a la información de los socios, en definitiva la falsedad perpetrada y las consecuencias que de ellas se derivan, sólo es el medio por el que se puede poner en peligro el patrimonio de la sociedad, los socios o terceros, constituyendo así un delito de peligro concreto, en cuanto que no es necesario que se perjudique a los anteriores, sí siéndolo que la conducta falsaria tenga la idoneidad suficiente para ello, creándose un riesgo de tipo económico para unos destinatarios concretos. Por el contrario, el párrafo segundo del citado artículo, tipo agravado, sí constituye una conducta de lesión, ya que exige un perjuicio patrimonial efectivo". Y en el mismo sentido FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1902.
En el mismo sentido STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 133/2024 de 14 febrero, JUR\2024\69666, FD Segundo: "2.- En cuanto al delito de falsedad contable, como ha recordado la jurisprudencia de esta Sala, el delito societario de falsedad contable tipificado en el art. 290 CP goza de autonomía propia, más allá de que criminológicamente se presenta frecuentemente como instrumental de otros ilícitos penales, viene a tutelar la transparencia externa de la administración social y la conducta delictiva consiste en la infracción del deber de veracidad en la elaboración de las cuentas anuales y otros documentos de la sociedad, es decir, en el falseamiento de las cuentas y otros documentos de la sociedad, es decir, en el falseamiento de las cuentas que deban reflejar la situación jurídica y económica de la sociedad de forma idónea para perjudicar a ésta, a sus socios o a un tercero. Y en el mismo sentido STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 352/2024 de 30 abril, JUR\2024\141081. FD Tercero.

[111] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Estudios de Derecho Penal Económico.* Madrid, Dykinson, 2002, pp. 147 y ss.: Este autor critica la equiparación del art. 290 CP con el tipo falsario del art. 303 CP (actual art. 390 CP), ya que el objeto de protección de ambos preceptos no es el mismo. En el art. 303 CP (390 CP) el bien jurídico protegido inicialmente era la fe pública que ha ido evolucionando la funcionalidad de los documentos. Mientras que en el art. 290 CP el bien jurídico protegido es doble, la funcionalidad del documento y junto a ella el patrimonio de la sociedad, los socios o terceros que se ve lesionado (art. 290.2 CP) o potencialmente puesto en peligro (art. 290.1 CP). Y en el mismo sentido FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Instituciones de Derecho penal económico y de la Empresa.* Madrid, Lex Nova, 2013: Este autor

pluriofensiva, en la que su autor no dirige la acción para ofender la fe pública, sino que la ofende para conseguir un ulterior propósito que es el verdadero objeto de la actividad criminal. De esta forma, el concepto de fe pública, siendo unificador de las distintas modalidades falsarias, es excesivamente abstracto para servir como único bien jurídico protegido penalmente por el art. 290 CP, de forma que la mera lesión de la fe pública no es suficiente para justificar la punición de las falsedades documentales societarias[112]. El carácter pluriofensivo del art. 290 CP se manifiesta en los dos bienes jurídicos protegidos por el tipo penal, de un lado, la función que tienen en la vida económica de las sociedades mercantiles las cuentas anuales y el resto de los documentos mercantiles que reflejan la

disiente de la Sentencia del TS del caso Banesto en cuanto a la equiparación que realiza la sentencia entre el antiguo tipo falsario contenido en el artículo 303 CP (en relación con el artículo 302.4.º y 6.º) y el delito societario recogido en el artículo 290 del Código actual. Así dice este autor de forma acertada que el delito contenido en el artículo 290 tiene un doble referente de protección: la llamada funcionalidad del documento (o conceptos similares), y junto a ella y de un modo principal, el patrimonio de la sociedad, de los socios o de un tercero que se ve lesionado (artículo 290 2.º párr.) o al menos potencialmente puesto en peligro (artículo 290 párr. 1.º). Adicionalmente entiende que el artículo 290 no se consuma con la simple falsedad (con la primera aptitud propia de todos los delitos de falsedades –la aptitud falsaria–, entendida como capacidad para hacer pasar por cierto algo que no lo es), sino que requiere un plus concretado en una segunda aptitud –aptitud de lesión patrimonial– [290. párr.1: Los administradores (..." ;) que falsearen las cuentas (..." ;) de forma idónea para causar un perjuicio (..." ;)]. Si falta esta segunda aptitud, sencillamente no hay delito. En el caso de que pueda probarse un perjuicio efectivo derivado de la falsedad será aplicable el párrafo 2.º del artículo 290 CP.

[112] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios. ..., op. cit.,* pp. 107-108. Y de la misma autora, FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado de Derecho Penal Económico*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, p. 1160: "En la jurisprudencia se reconoce que se trata de un "delito pluriofensivo de peligro abstracto para el patrimonio y de lesión para la funcionalidad del documento…, caracterizándose el tipo de injusto del art. 290, ante todo, por la exigencia de identidad para causar un perjuicio económico a la Sociedad a alguno de sus socios o a un tercero a lo que se añade la especialidad de su objeto material y la cualidad de su sujeto activo" (SAP DE Baleares de 4 de mayo de 2000, ARP 2000, 1504). Y de la misma autora FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): *Comentarios…, op. cit.,* p. 1900.

En el mismos sentido RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Estudios de Derecho Penal Económico*. Pamplona, Civitas Thomson Reuters, 2009, pp. 90 y ss. Y FRANCÉS LECUMBERRI, P.: *El delito …, op. cit.,* pp. 97 y ss.: Este autor entiende que no parece aceptable que se pueda admitir la veracidad e integridad de las cuentas como bien jurídico protegido del art. 290 CP.

Y en el mismo sentido MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Código Penal II. Parte Especial (Artículos 138 a 639).* Granada, Ed. Comares, 2010, p. 693: "El carácter pluriofensivo del delito queda de manifiesto por coincidir su componente falsario con un ataque al patrimonio de los citados sujetos pasivos, aunque el tipo básico no pase de contemplar un peligro que sólo se materializa como lesión efectiva en el tipo cualificado"

En sentido contrario MORENO CHAMORRO, I.: *Delitos societarios. Las diferentes figuras delictivas y su aplicación en los Tribunales. Madrid,* Ed. Universitaria Ramón Areces, 2005, pp. 19 y ss., para este autor la razón del art. 290 CP se encuentra en "dispensar desde el punto de vista penal la protección al principio de la imagen fiel de las sociedades mercantiles". Igualmente, en sentido contrario PAVÓN HERRADÓN, D.: *El delito de falsedad documental societaria.* Madrid, Wolters Kluwer España, 2016, pp. 136-139. Para este autor en el art. 290 CP estamos ante un delito de falsedad documental en el que el bien jurídico protegido se encuentra en la funcionalidad de los documentos sobre los que se lleva a cabo la falsificación. Por tanto entiende que no es una figura pluriofensiva sino que el bien jurídico se limita a la citada funcionalidad que tienen los documentos como instrumentos esenciales en el desarrollo del tráfico jurídico y el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas entre las personas que participan en el mismo, de forma que estamos ante un delito contra el orden socioeconómico y no contra el patrimonio, en cuanto que afecta a un bien supraindividual o colectivo y no de carácter individual o particular.

situación jurídica o económica de la entidad y, de otro, el patrimonio de la sociedad, de los socios y de terceros que se relacionan con la sociedad[113]. En consecuencia, el interés inmediatamente protegido por el art. 290 CP se encuentra por una parte en la veracidad y transparencia de la información societaria, en el que se protege el derecho de los destinatarios, ya sean los socios, ya sean terceros o acreedores, a obtener una información completa y veraz sobre la situación jurídica o económica de la empresa. Pero, por otro lado, afectando a los intereses patrimoniales de los destinatarios. Con ello se está protegiendo la transparencia informativa *ad intra* como *ad extra* de los accionistas (*shareholders*) y de los terceros (*stakeholders*), pudiendo ser estos últimos públicos o privados[114]. El carácter pluriofensivo del bien jurídico protegido del art. 290 CP ha sido puesto de manifiesto por los Tribunales y en este sentido procede citar la SAP de Madrid (Sección 2ª), Sentencia núm. 714/2022 de 23 noviembre. JUR 2023\26650 FD Segundo literalmente dice:

> "iii). La falsedad resultó idónea para ocasionar un perjuicio económico a la sociedad, los socios o a un tercero, como expresamente exige el tenor literal del art. 290 del Código Penal. Esta

[113]DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* pp. 94-95: "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 patrimonial".
En el mismo sentido PÉREZ VALERO, I: *El delito …, op. cit.,* pp. 125-135: "De tal manera que, en el art. 290 CP nos vamos a encontrar con un bien jurídico pluriofensivo, en el que, junto al patrimonio, hemos de delimitar un valor previo, que no es otro que el interés general de los potenciales interesados en ser informados de manera veraz y completa acerca de la situación jurídica y económica del ente, cuando menos, dentro de los límites garantizados por la Ley". Y FRANCÉS LECUMBERRI, P.: *El delito …, op. cit.,* pp. 131-163: "Desde mi perspectiva, en el art. 290 CP se protegen dos bienes jurídicos: uno individual "patrimonio" y uno colectivo "funcionalidad del documento", siendo que los dos están inmediatamente protegidos entre ellos existe una especial conexión".
También NIETO MARTÍN, A. en DE LA MATA BARRANCO, N.J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. y NIETO MARTÍN, A.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Madrid, Dykinson, 2018, p. 717: "La función externa de las cuentas anuales es hoy preponderante, en cuanto que es la que determina los criterios de valoración contable que rigen la confección del balance o, dicho de otro modo, los criterios que han de ser utilizados para determinar la "imagen fiel" del patrimonio, la situación, financiera y el patrimonio de la sociedad (art. 34.2 Código de Comercio). Mientras que conforme a la función interna los criterios de valoración eran más estrictos, rigurosos y conservadores ("prudencia valorativa"), la función externa ha auspiciado como criterio de valoración, el valor de mercado o valor razonable (art. 38 bis Código de Comercio)".

[114] DEL ROSAL BLASCO, B.: "Delitos …" en DEL ROSAL BLASCO, B. (coord.): *Derecho …, op. cit.,* pp. 268-269.
En el mismo sentido GALLEGO SOLER, J.I.: "Delitos societarios (arts. 290-297)" en CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte general y parte especial*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 343.
Asimismo, LÓPEZ LORENZO V. y FACORRO ALONSO, A.: "Aspectos penales del régimen de las sociedades mercantiles. La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles", *Estudios de Derecho Judicial* núm. 93 dedicado a Delincuencia económica, 2006, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, p. 33.

> exigencia debe ser interpretada a la luz del bien jurídico pluriofensivo, que protege no solo el patrimonio de la sociedad, de los socios y de terceros sino también la funcionalidad del propio documento de la sociedad en las relaciones jurídicas, garantizando la necesaria confianza que los socios y terceros, fundamentalmente acreedores deben poseer en la documentación jurídica de la entidad"[115]

El carácter pluriofensivo del art. 290 CP, supone que junto con el patrimonio de la sociedad, sus socios o terceros, concurre la vulneración de un bien jurídico diferente, que se encuentra en la propia funcionalidad del documento de la sociedad en las relaciones jurídicas, tal y como ha sido puesto de manifiesto por el TS[116], pero sin que pueda ser considerado como bien jurídico único el derecho de información o la veracidad o integridad de la información social, ya que aunque puede representar la *ratio legis*, esa definición como apunta MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ *comporta una formalización indeseable del bien jurídico protegido de este delito*[117]. La naturaleza jurídica pluriofensiva de este tipo penal no es muy distinta de los tipos análogos que aparecen en el Derecho comparado, y en concreto en el derecho penal italiano[118]. Resulta muy acertada la valoración que realiza FOFANI del art. 290 CP y su comparativa con el tipo correspondiente del derecho italiano:

> "En este punto, queriendo aventurar una telegráfica confrontación con el correspondiente tipo español de falsedad en balance, debe subrayarse que, respecto al modelo italiano, el adoptado por el legislador español se distingue por la búsqueda de una ofensividad más notable sobre el terreno económico-patrimonial. El proceso de «desmaterialización» e «institucionalización » del objeto de tutela, que ha llevado a la doctrina italiana, siguiendo el modelo de la alemana, a elevar al rango de bien penalmente protegido el interés supraindividual en la veracidad y

[115] SAP de Madrid (Sección 2ª), Sentencia núm. 714/2022 de 23 noviembre. JUR 2023\26650 FD Segundo
[116] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 655/2010 de 13 julio RJ\2010\7340: *FD Tercero: ...,"* Según la STS. 1217/2004 de 2.11 (RJ 2004, 8091), el bien jurídico protegido en el art. 290 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 se refiere a la acción falsaria, el art. 290 se configura como un delito de lesión.
[117] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: "Los delitos societarios de falsedades documentales y de administración fraudulenta", en AREÁN LALÍN, M. (coord.) y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (coord.): *El nuevo código penal y los delitos societarios,* A Coruña, Fundación Caixa Galicia, 1998, p. 204.
[118] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios ..., op. cit.,* pp. 88-89: "Puestos a definir el objeto de tutela de este nuevo delito de falsedad en la información social, en el ámbito del Derecho italiano, y para la conducta descrita en el art. 2.621, apartado 1 del CC, la jurisprudencia de aquel país es bastante unánime al considerarlo como un delito pluriofensivo y afirmar que en el mismo se protegen no sólo intereses patrimoniales de los socio o de los terceros, de cualquier modo afectados, sino también el interés general en el regular funcionamiento de la sociedad comercial en el ámbito de la economía del país, constituyendo, así, un hecho también lesivo de la economía pública. Esta línea de razonamiento no ha sido siempre seguida por la doctrina italiana, que, por el contrario, ha hecho de la definición del bien jurídico protegido en el art. 2.621, apartado 1 del CC una cuestión ampliamente debatida".

> completitud de los balances y de la información societaria en general, encuentra en el código español una cierta redimensión: la punibilidad se vincula a la verificación de una «idoneidad para causar un perjuicio económico» *(«de forma idónea para causar un perjuicio económico»)*, con la previsión de una agravación de la pena cuando tal perjuicio se haya causado efectivamente"[119].

A mi juicio, no podemos compartir aquellas posiciones excesivamente formalistas que limitan el bien jurídico protegido del art. 290 CP a la funcionalidad de los documentos mercantiles dejando de lado el carácter ofensivo que tiene del patrimonio individual[120]. Como hemos dicho, en el tipo del art. 290 CP hay dos bienes jurídicos protegidos, el derecho de información o la veracidad o integridad de la información social y el patrimonio individual, sin que pueda limitarse sólo a uno de ellos. En el art. 290 CP se protege por una parte el patrimonio de la sociedad, sus socios, o terceros, tal y como aparece en el tipo penal, siendo necesario desde el punto de vista de la política criminal el identificar un bien jurídico penal, que dota a la infracción de la necesaria ofensividad que permite huir de una visión estrictamente formalista del objeto jurídico[121]. Ese carácter pluriofensivo del art. 290 CP surge claramente partiendo tanto del resultado del tipo cualificado del art. 290.2 CP, como de la *idoneidad* exigida a la conducta del tipo básico, siendo el patrimonio el objeto ineludiblemente protegido.

Pero es que, junto con la protección del patrimonio, en el art. 290 CP también se está protegiendo de forma directa, el derecho de información social de la sociedad, los socios y terceros, al igual que las obligaciones de veracidad y transparencia que se exigen en una economía de libre mercado. Estas obligaciones se materializan desde el punto de vista de la legislación mercantil, en las obligaciones de someter a auditoría las cuentas anuales; en las obligaciones del depósito de cuentas anuales en el RM bajo sanción de cierre registral para la sociedad, con los problemas de tipo orgánico que ello conlleva a la hora de inscribir cargos o modificaciones estatutarias; y en las obligaciones de información

---

[119] FOFFANI, L: "Delitos societarios", *I Congreso hispano-italiano de Derecho Penal Económico*, Universidade da Coruña, 1998, pp. 57-78.

[120] BACIGALUPO, E. (dir.): *Curso de Derecho…, op. cit.,* p. 429: "El delito de falsedad en las cuentas anules que prevé el art. 290 CP irradia su protección sore dos bienes jurídicos. Por una parte, protege la transparencia externa de la administración social, en la medida en la que mediante las cuentas anuales se informa a los terceros, al mercado en general, sobre la situación de la sociedad. En este sentido se trata de una protección de los intereses de los terceros. Pero, por otra parte, también protege la veracidad de la información que reciben los socios, y de esta manera también una administración leal por parte de quienes reciben la confianza de aquéllos para conducir la gestión".

[121] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial..., op. cit.,* p. 498.

contable a los distintos organismos públicos de las entidades sometidas a supervisión, y muy en especial cuando se trata de la emisión de valores u obligaciones (CNMV, BCE o BdE). Lo anterior significa que también exista un bien jurídico mediato junto al patrimonio y los derechos de información, y que no es otro que el normal funcionamiento de una economía libre de mercado que conlleva la transparencia en la administración social y la obligación de dar una imagen fiel del patrimonio y el funcionamiento de las sociedades[122] La imagen fiel que debe dar la contabilidad de la empresa, constituye un bien de carácter supraindividual esencial para el normal funcionamiento del sistema económico y su orden, lo que nos lleva a considerar el art. 290 CP como un delito de peligro abstracto y económico en sentido estricto[123]. De esta forma, tal y como pone de manifiesto MELCHIONDA, las "falsas comunicaciones societarias" ha representado el eje principal de los delitos societarios, que ha puesto de manifiesto problemas de ofensividad como es la intervención penal no sólo con base en la incriminación de conductas no ya lesivas sino presuntamente peligrosas, lo que determina verdaderos problemas de legitimación de intervención procesal, que ha abierto espacio a la "desmaterialización" del bien jurídico protegido que no puede actuar como pantalla para la violación de otros principios fundamentales del Derecho penal. La imposición de una pena con base en la protección efectiva de los derechos patrimoniales de los socios y terceros, en ningún caso ser contrario al principio de necesidad y proporcionalidad del Derecho penal[124].

Además, no debemos olvidar que, de conformidad con el Plan General de Contabilidad, la veracidad y la transparencia son elementos claves que merece la protección penal siendo el derecho de los destinatarios de la información social el bien jurídico protegido por el art. 290 CP, tal y como pone de manifiesto la STS (Sala de lo Penal, Sección1ª) núm. 621/2010 de 25 junio. RJ 2010\3730: FD 9:

> "Como se ha señalado por la doctrina y por la jurisprudencia de esta Sala, el bien jurídico protegido por el artículo 290 del Código Penal, es el derecho de los destinatarios de la información social que, como se ha visto, no son sólo los socios sino también los terceros, a

[122] BOIX REIG, J. y ANARTE BORRALLO, E.: "Delitos societarios" en BOIX REIG, J. (dir.): *Derecho … op. cit.,* p. 718.
[123] EIRANOVA ENCINAS, E.: *La responsabilidad penal en el ámbito de las sociedades mercantiles.* Madrid, Montecorvo, 1998, p. 90.
[124] MELCHIONDA, A.: "Evolución…", *op. cit.,* p. 192.

obtener una información completa y veraz sobre la actuación jurídica o económica de la sociedad"[125].

Adicionalmente, tal y como hemos apuntado, el art. 290 CP de forma literal exige la *idoneidad* para causar un perjuicio económico a la sociedad, sus socios o a un tercero, que podrá ser efectivo en el tipo agravado o no en el tipo básico. En consecuencia, hay una doble vertiente del bien jurídico protegido, la que proviene de su vertiente falsaria y la que tiene un carácter patrimonial[126]. Y en tal sentido, resulta importante resaltar, que, si la acción falsaria no posee trascendencia efectiva para las relaciones jurídicas y no entraña una aptitud para afectar al patrimonio ajeno, desaparece toda necesidad de tutela penal, por mucho que exista un deber extrapenal de veracidad de los administradores de las sociedades. No bastará con que se produzca en el art. 290 CP un delito contra la fe pública y en sentido amplio contra la seguridad jurídica que está implícita en la misma, sino que es necesario la existencia de un posible perjuicio patrimonial o que el mismo efectivamente se produzca. En consecuencia, el carácter pluriofensivo del art. 290 CP supone una lesión del derecho de información o la veracidad o integridad de la información social y por otra parte del patrimonio individual de los sujetos pasivos del delito.

Posicionándome sobre el carácter de delito pluriofensivo del art. 290 CP, en el que se protege tanto el derecho a obtener una información completa y veraz sobre la situación jurídica o económica de la sociedad mercantil como los intereses patrimoniales de los destinarios de la información societaria, procede analizar si el art. 290 CP se configura como un delito de lesión o un delito de peligro abstracto, y en tal sentido podemos adelantar que en el art. 290 CP que estamos ante un delito de lesión respecto de la falsedad o el mencionado derecho de información, y como un delito de peligro abstracto o de aptitud abstracta (párrafo primero)[127] y de lesión (párrafo segundo), respecto del ataque

[125] STS (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 621/2010 de 25 junio. RJ 2010\3730: FD 9.
[126] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial..., op. cit.,* p. 500: "En síntesis, el comportamiento falsario descrito en el art. 290 revela un especial desvalor de acción que, unido a la violación el bien jurídico del patrimonio, confiere lesividad a la infracción; pero ese desvalor de acción se fundamenta ya en la lesión de un bien jurídico diferente, la cual constituye per se en algunos casos aun un delito independiente de falsedad documental. Por tal razón, finalmente, entiendo que incluso ningún inconveniente habría para afirmar que el bien jurídico consistente en la funcionalidad del documento referido a falsedades ideológicas, merece una protección reforzada cuando se ve afectado en el ámbito societario y va asociado a la vulneración de otro bien jurídico, como es el patrimonio".
[127] VALLE MUÑIZ, J.M.: "De los delitos societarios" en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) ..., *op. cit.*, p. 987: "La falsificación de los documentos mercantiles que incorporan la información societaria esencial debe contener una carga de ofensividad que, potencialmente, pudiera dañar (delito de aptitud) los intereses

patrimonial[128]. El tipo del art. 290 CP distingue por una parte en su apartado primero, el tipo básico, un delito de peligro abstracto para el patrimonio individual, en el que es necesario para su consumación la idoneidad de la acción típica para causar un perjuicio económico, pero en este supuesto, no se requiere un resultado de lesión o de peligro concreto. Mientras que, en su apartado segundo, el tipo agravado, sí que estamos ante un delito de resultado de lesión para el patrimonio individual, en el caso en el que se llegue a causar el perjuicio económico[129]. Y en ambos casos, en mi opinión sí se requiere que la acción típica lesione la funcionalidad del documento, como bien jurídico propio de las falsedades documentales[130]. De forma que en la modalidad de lesión requerirá comprobar la existencia de una relación de imputación objetiva entre la falsedad y el perjuicio económico real ocasionado; mientras que en la modalidad de delito de peligro es necesario demostrar que la irregularidad tiene la entidad suficiente (ser idóneas, en palabras del art. 290 CP) como para generar un riesgo de adoptar una decisión perjudicial para los patrimonios protegidos por el tipo[131]. Además, tal y como afirma FARALDO CABANA el elemento de la idoneidad añade a la lesión el bien jurídico colectivo de la funcionalidad del documento, la exigencia de una aptitud lesiva para el patrimonio de la sociedad, sus socios o terceros[132]. En consecuencia, en el art. 290 CP estamos ante un

patrimoniales o económicos de los destinarios de la información, e incluso, y, por lo tanto, de la propia sociedad. Constituye un acierto, en este sentido, la configuración del tipo como de peligro hipotético. Y corrobora, sin duda, la estructura autónoma y asimétrica de esta figura delictiva respecto de las falsedades documentales genéricas, por cuanto asume funciones normativas diversas a éstas". En el mismo sentido FARALDO CABANA, P.: *El delito…, op. cit.,* p. 33: "En conclusión, si la falsedad en documentos sociales ha de ser penalmente perseguida de modo eficaz lo será como delito de peligro abstracto para el patrimonio que se perfecciona sin necesidad de requerir para su consumación la lesión efectiva o la puesta en peligro concreto de ese bien jurídico. En su virtud se protege también de manera inmediata la funcionalidad del documento, que resulta lesionada siempre que la conducta sea suficientemente peligrosa para ser considerada típica".

[128] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* p. 94.
En el mismo sentido GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit.,* p. 190: Para NUÑEZ CASTAÑO en el número 1 del art. 290 se recoge un delito de peligro que sanciona el comportamiento falsario autónomamente sin necesidad de que concurra una lesión del patrimonio. Pero junto al anterior existe otro interés tutelado, de carácter supraindividual, como es la necesaria confianza que los socios y terceros deben poseer sobre que los documentos jurídicos y económicos de la sociedad reflejen la situación real de la misma, lo que determina correcto funcionamiento del sistema económico. Los dos intereses tutelados se verán afectados por las conductas típicas, el supraindividual resultará siempre lesionado con la realización de la falsedad de los documentos, mientras que el individual patrimonial podrá bien ponerse en peligro (art. 290.1 CP), o bien lesionarse efectivamente (art. 290.2 CP). En el mismo sentido BOIX REIG, J. y ANARTE BORRALLO, E.: "Delitos societarios" en BOIX REIG, J. (dir.): *Derecho … op. cit.,* p. 719.

[129] MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Código Penal II…*, *op. cit.*, p. 693.

[130] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios. ..., op. cit.,* p. 112.

[131] NIETO MARTÍN, A. en DE LA MATA BARRANCO, N.J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. y NIETO MARTÍN, A.: *Derecho. ..., op. cit.,* pp. 717-718.

[132] FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado...*, *op. cit*, p.1174.

delito pluriofensivo de peligro abstracto-concreto para el patrimonio y de lesión para la funcionalidad del documento, a diferencia del delito de falsedad común, que protege la funcionalidad documental y sólo de forma mediata el patrimonio, que en este último caso no tiene la consideración de bien jurídico en sentido estricto[133]. Resulta especialmente clarificadora en cuanto a la determinación del carácter de delito de peligro del art. 290 CP, la reciente STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 89/2023 de 10 febrero. RJ 2023\1648, Sentencia del caso Pescanova[134], entiende que las conductas que se producen en el ámbito de la sociedad Pescanova son las propias del art. 290 CP, observando que los datos económicos que esta sociedad incluía en su contabilidad, y trasladaba después a las cuentas anuales, no reflejaban la imagen real de la sociedad, resultando así idóneos para causar perjuicios a terceros.

En atención al carácter pluriofensivo que tiene el art. 290 CP, de lesión de la funcionalidad de los documentos junto con la lesión del patrimonio de los sujetos pasivos, y la reducción del círculo de quiénes pueden ser sujetos activos del mismo, y a la infracción por éstos de un deber extrapenal específico[135], en mi opinión podemos concluir que el art. 290 CP es un delito de naturaleza mixta, de dominio y de infracción de un deber, con las importantes consecuencias que ello conlleva en materia de autoría y de concurso con otros delitos. En tal sentido el STS (Sala de lo Penal) núm. 1217/2004 de 2 noviembre. RJ 2004\8091 afirma:

> "El bien jurídico protegido en el art. 290 es el derecho de los destinatarios de la información social (sociedad, socios o terceros) a obtener una información completa y veraz sobre la actuación 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. La condición del sujeto activo debe vincularse a la disponibilidad de los poderes o facultades que permiten la ofensa al bien jurídico protegido. Se trata de que la condición de sujeto activo la define el dominio sobre la

[133] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios. ..., op. cit.,* p. 113.
[134] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 89/2023 de 10 febrero. RJ 2023\1648, Sentencia del caso Pescanova. FD 5º.
[135] RUANO MOCHALES, T.: "La posición jurídica del administrador y los presupuestos de la potencial asunción de responsabilidad penal en la formulación de las cuentas anuales", *Revista de Derecho de Sociedades,* núm. 52, enero-abril 2018: "El tipo del art. 290 CP responde a una estructura definida en función del deber comprendido en la normativa mercantil de formulación de las cuentas anuales, que permite catalogarlo como un delito de infracción de deber. Esta clasificación nos muestra un esquema consistente de interpretación del tipo, en el que la posición de garante penal se construye de acuerdo con la estructura piramidal referida anteriormente….En definitiva, en el deber extrapenal encontramos no solo un hilo conductor que justifica el tratamiento de estos asuntos desde la perspectiva de la *unidad del Derecho* y que permite estratificar las responsabilidades de sede mercantil y penal, sino también un elemento vital para la delimitación de la autoría y participación en el marco del tipo del art. 290 CP".

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[136]».

A la vista de lo antes dicho, hay que concluir diciendo que el delito de falsedad contable del art. 290 CP tiene una naturaleza pluriofensiva, que se manifiesta en los dos bienes jurídicos protegidos por el tipo. De un lado, la funcionalidad que las cuentas anuales y el resto de los documentos que deben reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, y de otro el patrimonio de los sujetos pasivos, que se puede ver afectado por la conducta falsaria, sin que pueda limitarse sólo a uno de ellos. De los dos intereses tutelados, el supraindividual resulta siempre lesionado por la actuación de la falsedad de los documentos, mientras que el individual patrimonial podrá o bien ponerse en peligro (art. 290 párrafo primero CP), o bien lesionarse efectivamente (art. 290 párrafo segundo CP). En consecuencia, el delito de falsedad contable del art. 290 se configura como un delito de lesión respecto de la falsedad, y como un delito de peligro abstracto o de aptitud abstracta (art. 290 párrafo primero CP) y de peligro concreto o lesión (art. 290 párrafo segundo CP), respecto del ataque patrimonial. Deben descartarse las posiciones que mantienen que el bien jurídico del art. 290 CP se encuentra en la infracción de un deber extrapenal de los administradores en la formulación de la cuentas anuales y elaboración del resto de documentación que debe reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad, ya que esas infracciones podrán dar lugar a una responsabilidad jurídico privada derivada de las obligaciones que tienen los administradores en cuanto a la diligencia y lealtad en el ejercicio de su cargo, pero en ningún caso suponen que estén falseando las cuentas anuales y resto de documentación social que debe reflejar la situación jurídica o económica de la entidad. Igualmente debe rechazarse que el bien jurídico del art. 290 CP se encuentra en el derecho a obtener los socios una información social completa y veraz sobre la situación jurídica o económica de la sociedad, ya que resulta incompatible con el elemento normativo del tipo penal consistente en la *idoneidad* del falseamiento para perjudicar que exige el propio tipo.

[136] STS (Sala de lo Penal) núm. 1217/2004 de 2 noviembre. RJ 2004\8091: FD. Sexto.

IV. 2. El bien jurídico protegido en el delito de imposición de acuerdos abusivos mediante prevalimiento de situación mayoritaria (art. 291 CP).

El bien jurídico protegido del art. 291 CP está constituido por el patrimonio de los socios minoritarios en la sociedad, lo que se ratifica con la alusión del legislador al ánimo de lucro que debe concurrir en los autores y el perjuicio a los demás socios minoritarios[137]. Los socios minoritarios, que a su vez son los sujetos pasivos del delito, son los titulares del bien jurídico protegido, que se encuentra vulnerado por las conductas típicas realizadas por los socios mayoritarios, disminuyendo su posición patrimonial en la sociedad mediante la imposición del acuerdo abusivo. En tal sentido la STS (Sala de lo Penal) núm. 654/2002 de 17 abril RJ\2002\6323 considera que estamos ante un delito especial y de peligro concreto, que no exige la existencia de un perjuicio real (agotamiento), bastando para su consumación la adopción del acuerdo abusivo. En relación con estos acuerdos abusivos adoptados en perjuicio de la minoría, el art. 291 CP sancionan aquellos actos que sobrepasen manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, por su intención, objeto o circunstancias (artículo 7.2 CC). Así la distinción entre el abuso que debe sancionarse en la vía civil o mercantil y el penal, comprendido en el artículo 291 CP, sólo puede establecerse, en primer lugar, teniendo en cuenta los elementos típicos del delito y partiendo de su presencia y de la licitud formal en la adopción del acuerdo. La intención del agente debe responder, además, a un exclusivo ánimo de lucro propio o ajeno. De forma que habrá que examinar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto para verificar si el ejercicio del derecho sobrepasa manifiestamente sus límites normales[138].

Excepcionalmente, la sociedad podrá ser perjudicada, pero no ser sujeto pasivo, ya que el tipo penal exige que la conducta típica no reporte beneficios a la misma pero no que su

[137] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios. ..., op. cit.,* p. 195. De la misma autora, FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII. …" en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios ..., op. cit.,* p. 1123: "…el bien jurídico protegido es el patrimonio individual de los socios, lo que se confirma con las alusiones típicas al ánimo de lucro del autor y al perjuicio a los demás socios. Se necesita la lesión de este bien jurídico para entender consumado el delito". Y FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit,* p.1175. Y de la misma autora FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1908.
En el mismo sentido GRAMÁTICA BOSCH, G.: *Los acuerdos abusivos en las sociedades mercantiles: el delito del Art. 291 CP.* Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2016, p. 50: "A mi juicio, el contenido y alcance del perjuicio debe ser de índole patrimonial, esto es, debe tener un contenido de naturaleza económica". En el mismo sentido RÍOS CORBACHO, J.M.: "Delitos …", en ACALE SÁNCHEZ, M. (Coordinación): *Lecciones..., op. cit.,* p. 144.

[138] STS (Sala de lo Penal) núm. 654/2002 de 17 abril RJ\2002\6323: FD Primero y en el mismo sentido STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 172/2010 de 4 marzo RJ\2010\4052.

patrimonio sea efectivamente lesionado, lo que nos lleva a concluir que el bien jurídico protegido del tipo del art. 291 CP es única y exclusivamente el patrimonio de los socios minoritarios, que se ve mermado por la adopción de los acuerdos abusivos por parte de los accionistas mayoritarios y sin que el patrimonio de la sociedad ostente la condición de bien jurídico, de forma que, si sólo se ve afectado el patrimonio de la sociedad y no el de los socios, el delito no existirá, sin perjuicio que pueda constituir otro delito[139]. Igualmente, se debe descartar que el bien jurídico protegido por este delito se encuentra en el deber de fidelidad o lealtad de la mayoría hacia la minoría, al no estar este deber regulado en el derecho español, a diferencia de lo que ocurre en el derecho alemán[140]. En consecuencia, el objeto de protección son los intereses de las minorías de socios dentro de la sociedad, que puede perfectamente identificarse con el patrimonio de éstos en sentido amplio, imponiendo una fuerte limitación de los derechos de la mayoría en favor de los intereses de las minorías[141]. Esta concepción del bien jurídico protegido del art. 291 CP, determina que este delito se califique como un delito de dominio y no de un

[139] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos societarios ..., op. cit.,* p. 215: "Las propuestas doctrinales que pretenden identificar el bien jurídico con la tutela de los socios perjudicados por el acuerdo, el interés social en el correcto funcionamiento de las sociedades, o los deberes de fidelidad o lealtad que ostentan los sujetos de estas, incurren, a nuestro modo de ver, en una confusión entre lo que es propiamente el bien jurídico y la ratio legis" En el mismo sentido RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Estudios…, op. cit.,* p. 94.

[140] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* p. 110. Y en el mismo sentido y del mismo autor DEL ROSAL BLASCO, B.*:* "Delitos …" en DEL ROSAL BLASCO, B. (coordinador) Y OTROS: *Derecho …, op. cit.*, pp. 276-277: "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 potencialmente perjudicados por los ataques provenientes de condutas consecuencia del ejercicio abusivo de un derecho".

En sentido contrario EIRANOVA ENCINAS, E.: *La responsabilidad…, op. cit.,* pp. 144 y ss.; 170 y ss. y 181 y ss.: Para este autor el bien jurídico protegido de los arts. 291, 292 y 293 CP se encuentra en el deber de lealtad y fidelidad de los órganos sociales. Y en este mismo sentido contrario BAJO FERNÁNDEZ, M.: "Delitos de prevalimiento de situación mayoritaria", en AREÁN LALÍN, M. (coord.) y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (coord.): *El nuevo código penal y los delitos societarios,* A Coruña, Fundación Caixa Galicia, 1998, pp. 38-39, si bien para este autor junto con el deber de fidelidad o lealtad como bien jurídico de los arts. 291 y 292 CP, también se encuentra el patrimonio de los socios: "Por lo tanto, ese deber de fidelidad o lealtad, yo creo que es el objeto directo de protección, sin que se pueda rechazar tampoco como bien jurídico el interés patrimonial del socio individualmente considerado, interés patrimonial que debe colarse también en prima fila en la protección a que se refiere el precepto del art. 291". *Vid.* GALLEGO CÓRCOLES, A.: "La impugnación de acuerdos de la junta general por abuso de mayoría", *Revista de Derecho Mercantil* núm. 308, 2018, Madrid, Civitas: "A pesar de la ausencia de una tipificación expresa del deber de fidelidad del socio en nuestro Derecho, en relación con el ejercicio del derecho de voto tradicionalmente nuestra doctrina lo ha traído a colación (si bien no frente a los demás socios, sino frente a la sociedad) con ocasión de la impugnación de acuerdos contrarios al interés social, destacándose que, en realidad, el mismo constituye una aplicación, en las relaciones del socio con la sociedad, del principio general de buena fe que, de conformidad con el art. 7.1 del Código Civil, rige todo el ordenamiento jurídico-privado".

No faltan autores que consideran que existe una dualidad de bienes jurídicos, en tal sentido BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho…, op. cit.*, p. 621. Para estos autores en el art. 291 CP se tutela por una parte el deber de fidelidad o lealtad de los socios mayoritarios frente a los minoritarios, y por otra debe incluirse también el interés patrimonial del socio.

[141] BACIGALUPO, E. (dir.): *Curso de Derecho …op. cit.,* p. 421.

delito de infracción de un deber institucional extrapenal específico sino de un deber genérico, que incumbe a dichos sujetos activos, los socios mayoritarios, de no afectar con sus acuerdos abusivos los intereses de otros socios minoritarios[142].

A modo de recapitulación entiendo que el bien jurídico protegido del art. 291 CP está constituido exclusivamente por el patrimonio de los socios minoritarios en la sociedad, descartándose que se encuentre en el deber de fidelidad o lealtad de la mayoría hacia la minoría, ya que extrapenalmente no existe en el Derecho mercantil español esta obligación. Constituye un delito de lesión o de resultado lesivo ya que el acuerdo abusivo se produce en perjuicio de los socios minoritarios. Cabe igualmente que junto al perjuicio patrimonial a los socios minoritarios se produzca un perjuicio a la sociedad. Lo que no resulta posible es que con el acuerdo abusivo exista beneficio para la sociedad, ya que en este caso no existirá delito alguno, sin perjuicio de la responsabilidad en la que incurrirán los socios mayoritarios o los administradores de acuerdo con la LSC y resto de normativa jurídico-privada.

IV. 3. El bien jurídico protegido en el delito de imposición o aprovechamiento de acuerdo lesivo adoptado por mayoría ficticia (art. 292 CP).

El bien jurídico protegido del tipo penal del art. 292 CP está constituido por el patrimonio individual de los socios que no forman parte de la mayoría ficticia, y junto con éste el de la sociedad, en función que el carácter lesivo lo sea respecto de los primeros o de la segunda[143], lo que determina que estemos ante un sujeto pasivo más amplio que el del art. 291 CP, al incluir no sólo a los socios sino también a la sociedad[144], descartando que pueda ser considerado como bien jurídico protegido el buen funcionamiento de los órganos sociales, siendo un interés que puede elevarse al carácter de "*interés general*" del mercado, al poder afectar la decisión adoptada mediante el abuso de la posición mayoritaria obtenida de forma fraudulenta, tanto al patrimonio de la sociedad como de

[142] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial..., op. cit.,* pp. 524-527.
[143] GALLEGO SOLER, J.I.: "Delitos …" en CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Derecho…, op. cit.,* p. 350. En el mismo sentido FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit,* p.1186. Y de la misma autora FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en Cuerda Arnau, M. L. (dir.) y Raga i Vives, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1912: "El patrimonio no debe ser lesionado para entender consumado el delito, puesto que estamos ante un delito de resultado de peligro concreto".
En el mismo sentido FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos ..., op. cit.,* p. 232. Y RÍOS CORBACHO, J.M.: "Delitos …", en ACALE SÁNCHEZ, M. (Coordinación): *Lecciones..., op. cit.,* p. 148.
[144] GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit.,* p. 253.

los socios[145]. En consecuencia, en el tipo del art. 292 CP estamos ante un delito de lesión o de resultado lesivo para el patrimonio y no un delito de infracción de un deber institucional específico, lo que exige un efectivo perjuicio económico a la sociedad o a los demás socios, sin que el perjuicio que se pueda causar a otras sociedades esté contemplado en el tipo penal, quedando extramuros los acuerdos lesivos para terceros, ya sean personas físicas o jurídicas [146.] Es necesario que exista esa lesión, ya que si no hay lesión no se podrá aplicar el art. 292 CP. Es decir, el propio tipo del art. 292 CP establece que el acuerdo debe ser lesivo, lo que significa que debe existir ese daño o perjuicio económico patrimonial, ya que no cabe lesión alguna sin perjuicio[147] y a diferencia del art. 291 CP, en el art. 292 CP no juega la exclusión de que se obtengan beneficios para la sociedad, sin duda por el carácter fraudulento con el que se ha obtenido el acuerdo mediante la mayoría ficticia[148]. Y esta concepción de la lesión del bien jurídico protegido, al igual que ocurre con el tipo del art. 291 CP, al que se remite en la fijación de la pena, se ratifica con la imposición de la multa en la pena de este tipo, "del tanto al triplo del beneficio obtenido", lo que evidentemente se determinará en atención al beneficio obtenido por el sujeto activo, concepción que sin duda es más respetuosa con el principio de intervención mínima del derecho penal[149].

En conclusión, el bien jurídico protegido del tipo penal del art. 292 CP está constituido exclusivamente por el patrimonio individual de los socios y el de la sociedad, descartando que pueda ser considerado como bien jurídico protegido el buen funcionamiento de los órganos sociales. Al igual que en el art. 291 CP, constituye un delito de lesión o de resultado lesivo para el patrimonio y debe descartarse que sea un delito de infracción de un deber institucional específico. Se exige un efectivo perjuicio económico patrimonial a la sociedad o a los demás socios, y sin que el perjuicio que se pueda causar a otras sociedades esté contemplado en el tipo penal.

---

[145] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios. ..., op. cit.,* p. 227.
[146] FARALDO CABANA, P.: *Idem*, p. 228.
[147] DEL ROSAL BLASCO, B.*:* "Delitos …" en DEL ROSAL BLASCO, B. (coordinador) Y OTROS: *Derecho …op. cit.,* pp. 282-283. En sentido contrario FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII. …" en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios …, op. cit.,* p. 1126: "El patrimonio no debe ser lesionado para entender consumado el delito, puesto que estamos ante un delito de resultado de peligro concreto" y de esta misma autora FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, p.1187.
[148] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios. ..., op. cit.,* p. 228.
[149] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* pp. 120-121.

IV. 4. El bien jurídico protegido en el delito de obstaculización del ejercicio de los derechos de los socios (art. 293 CP).

El bien jurídico protegido del art. 293 CP se encuentra en la tutela de los derechos políticos y económicos de los socios y en concreto el patrimonio de la sociedad, de los socios y de terceros[150]. Estamos ante un delito de mero peligro para los derechos de los socios, conformándose como una elevación de un ilícito civil a penal, lo que determina que no exista una tutela de un objeto jurídico de índole material que dote de la necesaria lesividad a la infracción, siendo la tutela los derechos económicos y políticos propios de la condición de socios, y por tanto los derechos legales inherentes a la condición de accionistas o socios[151]. Por tanto, si bien en principio estamos ante un delito de lesión de los derechos políticos y económicos de los socios, sin embargo, su consumación no necesita de afección de otros intereses distintos de los que aparecen en el tipo, por lo que no siempre tiene porqué afectar a los derechos patrimoniales de los socios[152]. En consecuencia, deberemos rechazar aquellas posturas que individualizan el bien jurídico protegido de este delito en el correcto funcionamiento de los órganos sociales, o en la relación de fidelidad y lealtad que vincula a los administradores con los socios[153], siendo

[150] FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1916.

[151] FARALDO CABANA, P.: "El delito societario de negación o impedimento del ejercicio de algunos derechos de los socios. Problemas interpretativos y soluciones jurisprudenciales", en TERRADILLOS BASOCO, J. M. (coord.) y ACALE SÁNCHEZ, M. (coord.): *Nuevas tendencias en derecho penal económico*. Cádiz, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2008, pp. 65 a 116: "No se tutela en este delito un objeto jurídico de índole material que lo dote de la necesaria lesividad. En mi opinión, hubiera sido preferible recurrir a la exigencia de una aptitud lesiva para el patrimonio del socio como vía de restricción típica". MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial..., op. cit.,* p. 552. En el mismo sentido DEL ROSAL BLASCO, B.: "Delitos …" en DEL ROSAL BLASCO, B. (coordinador) Y OTROS: *Derecho…, op. cit.*, p. 287: "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". Y BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho…, op. cit.*, p. 628: "Y el objeto de protección o bien jurídico, habrá de cifrarse en los derechos económicos".

[152] BOIX REIG, J. y ANARTE BORRALLO, E.: "Delitos societarios" en BOIX REIG, J. (dir.): *Derecho … op. cit.,* p. 745-746: "Pro de todas estas propuestas complementarias, quizás la más destacada, apela al patrimonio, de manera que los intereses tutelados y el potencial ofensivo del hecho típico- muy frágil en todo caso- se estructuraría en dos niveles: la lesión de los derechos de los socios tipificados; y, respecto del patrimonio, su protección adelantada (por lo menos, abstracta).

[153] En este sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *Los delitos…, op. cit.,* pp. 80-81: "Es ésta hipótesis clara de delito contra los socios, que no se vincula a la causación de ningún tipo de perjuicio en el patrimonio de los sujetos tutelados, y que protege únicamente el correcto funcionamiento de los órganos sociales y el debido respeto de las instancias gestoras a los derechos y atribuciones que corresponden a quienes participación en la sociedad" y en el mismo sentido RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: "Delitos contra los derechos de los socios y delitos de obstrucción", en AREÁN LALÍN, M. (coord.) y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (coord.): *El nuevo código penal y los delitos societarios,* A Coruña, Fundación Caixa Galicia, 1998, p. 230: "El valor que protege el artículo 293 es el de la fidelidad y lealtad de los órganos de administración para con los socios. No se protegen de forma inmediata los intereses patrimoniales de los

preferible entender, siguiendo a FARALDO CABANA, que el objetivo de este delito es la tutela avanzada del patrimonio de la sociedad, de los socios y de terceros[154]

El hecho que de la descripción típica del art. 293 CP no se derive ningún resultado típico, ni la exigencia de lesión del patrimonio de los sujetos pasivos, hace que el precepto convierta en delito, meras infracciones del orden mercantil tal y como reconoce STS (Sala de lo Penal) núm. 1953/2002 de 26 noviembre RJ\2002\10513. En el art. 293 CP se está criminalizando determinados ilícitos civiles dentro de la esfera de los derechos políticos y económicos que corresponden a los socios, y sin que se trate de una negativa esporádica, ocasional, puntual o aislada, sino en abierta conculcación de la legislación en materia de sociedades. Existe por tanto una conducta obstruccionista frente al derecho de los socios, siendo esta cualidad de persistencia en el abuso, lo que por regla general debe determinar la aplicación de la Ley penal. Además, el tipo no exige la existencia de perjuicio patrimonial alguno para su consumación, al no tratarse de un delito de resultado. Finalmente, y para que pueda aplicarse el art. 293 CP se requiere que la negativa o el impedimento a un socio sea del ejercicio de los derechos previstos en el art. 293 CP y sin que se puede fundamentar en otra causa que no sea de las reconocidas legalmente[155].

Si bien un sector doctrinal considera que estamos ante delitos de resultado de lesión y que entienden que con este delito se protege mediatamente el patrimonio de los sujetos pasivos, de forma que para la consumación requiere la constatación de un perjuicio patrimonial o al menos un peligro para el patrimonio[156]. Posición mantenida por FERNÁNDEZ TERUELO para quién, si bien es cierto que debe partirse de la identificación del bien jurídico con los derechos propios de la condición de socio predeterminado por el tipo, sin embargo junto con esta opción aparece también como bien jurídico protegido el patrimonio de los socios a los que se les impide el libre ejercicio de

socios. Por eso el delito puede surgir en tanto se deniegue o impida el ejercicio del derecho del socio (*v. gr.* el derecho de información), aunque de esa negativa o impedimento no derive perjuicio patrimonial alguno para el socio". Y de este mismo autor RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Estudios …, op. cit.,* p. 98. Y RÍOS CORBACHO, J.M.: "Delitos …", en ACALE SÁNCHEZ, M. (Coordinación): *Lecciones..., op. cit.*, p. 152 que mantiene una posición intermedia: "El bien jurídico protegido se ha establecido a través de una visión dual: desde el punto de vista interno, los intereses de los socios ajenos al grupo de control de la sociedad; desde un punto de vista externo, el adecuado funcionamiento de la misma". Y en el mismo sentido MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Código Penal II…*, *op. cit.*, p. 700: "Aquí lo fundamental es el buen funcionamiento de la sociedad conforme a los derechos de los socios y el principio de transparencia".

[154] FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, p.1195.

[155] La Sentencia TS (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1953/2002 de 26 noviembre RJ\2002\10513. FD Segundo.

[156] GALLEGO SOLER, J.I.: "Delitos …" en CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Derecho…, op. cit.,* p. 352.

sus derechos, de forma que la concreción del bien jurídico en los derechos de los socios y en el patrimonio de los mismos lejos de considerarse contrapuestos son absolutamente complementarios. Para este autor con el tipo penal del art. 293 CP se está reprimiendo penalmente la lesión de derechos que tienen un significado patrimonial. Y sin que esta posición se vea afectada por el hecho que, en este precepto, a diferencia de los anteriores no se utilice la expresión "*perjuicio*". Desde esta posición, tanto el impedimento para el ejercicio de los derechos por parte de los socios o la imposibilidad de realizar los mismos debe tener un contenido económico-patrimonial y cualquier actividad en tal sentido supondrá un ataque a la pretensión de enriquecimiento patrimonial que a través de su participación en la sociedad buscan los socios[157].

Considero que esta posición doctrinal resulta criticable, ya que el tipo penal no exige este perjuicio patrimonial al patrimonio, y por tanto debemos limitarnos estrictamente al bien jurídico protegido del art. 293 CP al ejercicio de los derechos individuales políticos y económicos de los socios mediante una interpretación restrictiva del precepto. Y ello es así porque el tipo penal del art. 293 CP se configura como un delito de infracción de un deber institucional, específico con respecto a los derechos de los socios y accionistas, que se concreta en el deber genérico de no perjudicar a los demás socios mediante el ejercicio de las facultades propias de dominio que tienen los administradores de hecho o de derecho siendo el sujeto pasivo los socios tal cual viene descrito en la norma penal que debe ponerse en relación con el art. 91 LSC. y sin que aquellos terceros distintos de los socios, aunque tengan derechos otorgados por la legislación mercantil no son sujetos pasivos del tipo penal[158].

El bien jurídico protegido del art. 293 CP se encuentra en los derechos individuales políticos y económicos de los accionistas o socios, consistentes en los derechos de información, participación en la gestión y control de la sociedad y en el derecho de suscripción preferente[159]. Esto lleva a considerar que en este delito el bien jurídico protegido tiene una perspectiva interna y otra externa. La interna está constituida por el

[157] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos ..., op. cit.,* pp. 257-258. En el mismo sentido FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII. …" en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios …, op. cit.,* p. 1129: "En lo referente al bien jurídico protegido, parece rechazable aquellas posturas que lo individualizan en el correcto funcionamiento de los órganos sociales o en la relación de fidelidad y lealtad que vincula a los administradores con los socios, conceptos a todas luces excesivamente abstractos e indignos de autónoma protección por parte del Derecho penal. Es preferible entender que la tutela avanzada del patrimonio de la sociedad, de los socios y de terceros es el objetivo último de este delito".
[158] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios. ..., op. cit.,* p. 257.
[159] GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit.,* p. 257.

interés de proteger los derechos del socio minoritario frente a la actuación de los administradores de hecho o de derecho, mientras que la externa se encuentra en el interés del legislador por el buen funcionamiento de las sociedades mercantiles y de sus mecanismos de control interno[160]. Y ello sin perjuicio de que se le daba dotar de la necesaria lesividad, lo que parece que de *lege ferenda* deberá recurrirse a la exigencia de una aptitud lesiva para el patrimonio del socio como vía de restricción típica[161].

Podemos concluir diciendo que el bien jurídico protegido del art. 293 CP se encuentra en la tutela de los derechos inherentes a la condición de socios, tanto los de naturaleza política, como de naturaleza económica y patrimonial. El delito se configura como un delito de infracción de un deber institucional específico, que se concreta en el deber genérico de no perjudicar a los demás socios mediante el ejercicio de las facultades propias de dominio que tienen los administradores de hecho o de derecho.

IV. 5. El bien jurídico protegido en el delito de obstaculización a la actuación de inspección o supervisión administrativa (art. 294 CP)

El fundamento del art. 294 CP se encuentra en la ordenación del sistema económico respecto de entidades, que por la importancia que tienen para los intereses de la economía en general, deben ser supervisadas e inspeccionadas por los órganos del Estado que las han regulado y autorizado, con la finalidad de garantizar su correcto funcionamiento[162] y su respecto a las leyes, fundamentalmente de naturaleza jurídico-administrativa, de forma que cualquier negativa o impedimento a la actuación supervisora dará lugar al ilícito penal. Esto ha llevado al legislador a reforzar los mecanismos de control que se prevén en el Derecho Administrativo sancionador a través del Derecho Penal[163]. De esta forma con el tipo del art. 294 CP se está protegiendo el normal desenvolvimiento de los mercados supervisados y regulados y la estructura típica responde a la desobediencia del sujeto activo a la actividad supervisora[164]. Por tanto, el bien jurídico protegido del tipo del art. 294 CP se encuentra en la claridad y transparencia con la que deben actuar las sociedades sujetas a supervisión administrativa con las personas, órganos o entidades

[160] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios ..., op. cit.,* p. 128.
[161] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios. ..., op. cit.,* p. 255.
[162] CUGAT MAURI, M., en CÓRDOBA RODA, J. (dir.) y GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *Comentarios…, op. cit.,* p. 1112.
[163] FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1921.
[164] GALLEGO SOLER, J.I.: "Delitos …" en CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Derecho…, op. cit.,* p. 355.

inspectoras o supervisoras, ya que el Estado está interesado en su control para velar por el cumplimiento de la normativa a la que están sujetas las entidades supervisadas[165]. El legislador ha querido proteger el normal desenvolvimiento de los mercados regulados de forma que la estructura típica se encuentra en la desobediencia del sujeto activo a la actividad supervisora[166]. Estamos en consecuencia ante un delito heterogéneo respecto de los restantes delitos societarios[167].

En el examen del bien jurídico protegido del tipo penal del art. 294 CP debemos partir del concepto de sociedad supervisada, que debe ser más limitado en este delito que en el resto de los delitos societarios, tal y como para el resto de los delitos viene descrito en el art. 297 CP, de forma que sujetos pasivos de este delito serán sólo las sociedades constituidas o en formación sujetas a supervisión tal y como examinaremos de forma detenida en el Capítulo II. Y es esa importancia y trascendencia que tienen estas entidades y sociedades para la economía general, lo que justifica por una parte el control y la vigilancia administrativa por el Estado de estas, y por otra el refuerzo del mecanismo del control administrativo a través de la intervención del Derecho penal para los supuestos en los que se obstaculice la labor inspectora o supervisora de las personas, órganos o entidades encargadas de dicho cometido[168]. Pero es que la protección no se encuentra en los derechos de la sociedad o de sus accionistas, sino que lo que se protege es un bien jurídico colectivo inmaterial dentro de lo que son las funciones interventoras de la Administración en la Economía[169], lo que determina que estamos ante un verdadero delito de naturaleza socioeconómica, siendo el único que tiene esta naturaleza puramente dentro

[165] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial..., op. cit.,* p. 565. En el mismo sentido FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII. …" en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios …, op. cit.,* p. 1132. Y de esta misma autora, FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit,* p.1208. Y FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1922.

[166] GALLEGO SOLER, J.I.: "Delitos …" en CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Derecho…, op. cit.,* p. 355. Tal y como dice FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit,* p.1207, este delito absolutamente novedoso en España que se introdujo con el CP de 1995 goza de gran tradición en otros países del entorno socio-jurídico europeo, como Italia, y su creación responde a dos factores: El escándalo del caso Banesto, y a las reticencias que existían de los grandes bancos a las actuaciones inspectoras y supervisoras del BdE. Si bien entiendo que hoy en día estas reticencias han desaparecido totalmente con la supervisión por el BCE y la aprobación de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

[167] GALLEGO SOLER, J.I., *Ibidem.*

[168] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* p. 135. En el mismo sentido y del mismo autor DEL ROSAL BLASCO, B.*:* "Delitos …" en DEL ROSAL BLASCO, B. (coordinador) Y OTROS: *Derecho …, op. cit.*, pp. 292-293.

[169] GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit.,* p. 260.

de los delitos societarios[170]. Y a diferencia de lo que ocurre con el art. 293 CP, en el tipo del art. 294 CP, estamos ante un bien jurídico institucionalizado inmaterial representado por el orden económico, como bien jurídico mediato protegido, que justifica sobradamente su tipificación, siendo el sujeto pasivo del delito titular del bien jurídico, la colectividad.[171]. Así se protege un bien jurídico colectivo inmaterial dentro de lo que son las funciones interventoras de la Administración en la Economía, lo que determina que estamos ante un delito de naturaleza socioeconómica, siendo tal y como hemos dicho el único que tiene exclusivamente esta naturaleza entre los delitos societarios, en el que su finalidad es el proteger el citado orden socioeconómico que se concreta en la ordenación del sistema societario, el reforzamiento de las funciones de supervisión o de policía de los controles extrapenales y garantizar la claridad y transparencia de los sectores económicos regulados[172]. El orden socioeconómico debe entenderse como interés general y que se encuentra estrechamente vinculado al normal desenvolvimiento de los mercados supervisados y regulados, que puede entenderse directa, o indirectamente a través de la claridad y transparencia con la que deben actuar las sociedades sujetas a supervisión administrativa con las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras [173].

Y en cuanto que la finalidad del art. 294 CP es proteger el citado orden socioeconómico entendido como regulación jurídica de la participación estatal en la economía del país a través del mantenimiento de las condiciones de transparencia que deben cumplir las sociedades sujetas a inspección y supervisión por los órganos del Estado[174], este tipo penal tiene una indiscutible naturaleza socioeconómica y no patrimonial. Y sin que puedan considerarse típicas la obstaculización de la actuación de los inspectores de la

[170] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial..., op. cit.,* pp. 565-566.
[171] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial..., op. cit.,* p. 567: "Podrá censurarse, ciertamente, que el legislador penal español de 1995 no haya seleccionado adecuadamente la descripción del injusto penal y que, persiguiendo un mero efecto "simbólico" en la creación de la infracción penal, ésta se identifique con el injusto administrativo, y, con base en ello, podrá solicitarse la supresión del delito del art. 294 (cfr., p. ej. REBOLLO, 2006, p. 234); más lo que no puede sostenerse es la afirmación, repetida por algunos penalistas, de que el bien jurídico colectivo institucionalizado que descansa en la base de este delito- a fuerza de identificarlo con el del delito incluido en el art. 293- sea un bien jurídico carente de todo contenido penal".
[172] BOIX REIG, J. y ANARTE BORRALLO, E.: "Delitos societarios" en BOIX REIG, J. (dir.): *Derecho … op. cit.,* p. 755. En el mismo sentido MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Código Penal II…*, *op. cit.*, p. 703. Y FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1922: "Se trata, pues, de un genuino delito socioeconómico, único entre los delitos societarios por cuanto todos los demás protegen, con mayor o menor anticipación de la tutela, el patrimonio individual".
[173] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos ..., op. cit.,* p. 295.
[174] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* p. 135.

AEAT o de los inspectores de Trabajo, ya que éstas no se producen exclusivamente en el ámbito de las sociedades sujetas a supervisión, sin perjuicio que en el primer caso puedan sancionarse administrativamente[175]. El art. 294 CP se califica el delito como un delito de peligro abstracto[176], ya que basta la mera conducta de obstaculización a la actividad inspectora respecto de entidades sometidas a supervisión[177], y su bien jurídico no es susceptible de lesión o de puesta en peligro por una acción típica individual de impedir la supervisión administrativa, sino a través, de la reiteración de conductas de naturaleza, consistiendo a su vez en un delito de infracción de un deber institucional específico.

En conclusión, en el tipo penal del art. 294 CP, el bien jurídico protegido se encuentra en el normal desenvolvimiento de los mercados supervisados y regulados y sin que en tal sentido podamos invocar en este precepto el patrimonio como bien jurídico protegido, incluso aunque se pueda producir un peligro abstracto o hipotético contra el patrimonio[178]. O como afirma FARALDO CABANA, el bien jurídico del art. 294 CP se encuentra en la claridad y transparencia que deben observar las sociedades en sus relaciones con las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras que a su vez constituye una concreción del orden económico entendido como la intervención estatal en la economía[179]. No obstante, una posición más amplia entiende que debemos distinguir entre un bien jurídico inmediato consistente en reforzar las competencias de los órganos encargados de la inspección y supervisión y por otra parte un bien jurídico mediato en el

[175] GALLEGO SOLER, J.I.: "Delitos …" en CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Derecho…, op. cit.,* p. 355.
[176] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* p. 135.
[177] GALLEGO SOLER, J.I.: "Delitos …" en CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Derecho…, op. cit.,* p. 355.
[178] BOIX REIG, J. y ANARTE BORRALLO, E.: "Delitos societarios" en BOIX REIG, J. (dir.): *Derecho … op. cit.,* p. 755.
[179] FARALDO CABANA, P.: "El artículo 294 del Código Penal Español de 1995: Incriminación de las conductas contrarias al ejercicio de las facultades de inspección y supervisión de determinadas personas, órganos o entidades", en TERRADILLOS BASOCO J.M. (coord.) y ACALE SÁNCHEZ M. (coord.): *Temas de Derecho Penal Económico. III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*. Madrid, Trotta, 2004, pp. 118-119. En el mismo sentido EIRANOVA ENCINAS, E.: *La responsabilidad…, op. cit.*, pp. 195 ss.: "Así diremos que como bien jurídico protegido del artículo 294 CP aparece el interés general para la economía del país, concretado en el correcto funcionamiento de ciertos mercados y de aquellas sociedades que, por la relevancia, a efectos macroeconómicos, de su "actividad", en las que se hace necesaria la intervención administrativa a fin de evitar incertidumbres socioeconómicas". Y en el mismo sentido, PAVÓN HERRADÓN, D.: *El delito …, op. cit.,* pp. 100-101: "En cualquier caso, parece mayoritaria la opinión de que los delitos societarios presentarían un carácter fundamentalmente patrimonial en lo que se refiere al bien jurídico protegido, a excepción del artículo 294, el cual se trataría para la mayoría de los autores de un delito atentatorio contra el orden socioeconómico entendido como bien jurídico de protección directa, siendo ese orden socioeconómico un interés objeto de protección mediata en todas las figuras del Capítulo XIII". Y también en el mismo sentido RÍOS CORBACHO, J.M.: "Delitos …", en ACALE SÁNCHEZ, M. (Coordinación): *Lecciones..., op. cit.*, p. 155. Y en el mismo sentido REQUEJO NAVEROS, M. T.: "Delitos …" en LIÑÁN LAFUENTE, A. (coord.): *Delitos …, op. cit.,* p. 360.

que al proteger las facultades supervisoras e inspectoras de las autoridades administrativas, se está protegiendo los intereses de los inversores, depositantes, asegurados, consumidores y por ende del propio Mercado[180]. A mi juicio, esta última posición explica mejor el bien jurídico protegido del art. 294 CP, por una parte, se protege las funciones inspectoras y supervisoras, y por otra se garantiza el buen funcionamiento del mercado regulado. Es esta naturaleza del bien jurídico protegido mediato en cuanto que se tutela el normal funcionamiento de los órganos inspectores o supervisores de la Administración determina que debamos realizar una interpretación restrictiva de este delito a la vista de la regulación del régimen de infracciones y sanciones administrativas de las sociedades supervisadas previstas en su propia legislación administrativa, lo que necesariamente nos llevará a la aplicación de este precepto de los principios de *non bis in idem,* intervención mínima y de *ultima ratio* del Derecho penal[181].

Determinado el bien jurídico del art. 294 CP, sin embargo, existen múltiples críticas sobre la tipificación de la conducta penal del art. 294 CP. Las críticas se fundamentan en que administrativamente ya existe una normativa sancionadora sectorial para la obstaculización de la actividad supervisora de la administración. En concreto debemos mencionar entre las más relevantes las siguientes: el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras y la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones[182]. Y es esa superposición de infracciones administrativas y penales lo que nos lleva a criticar la tipificación de las conductas del art. 294 CP, alegando la falta de taxatividad del

[180] SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M: *Los Delitos Societarios*. Pamplona, Aranzadi, 1996, pp. 197-198. En el mismo sentido RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: "Delitos…", en AREÁN LALÍN, M. (coord.) y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (coord.): *El nuevo …, op. cit.,* p. 243: "El art. 294 protege de forma inmediata la actividad de control de los órganos administrativo que tiene atribuidas facultades supervisoras e inspectoras sobre determinadas sociedades. El bien jurídico protegido es de carácter administrativo. Aquí se tutela, en primer término, un interés del que es titular la Administración, que a través del comportamiento prohibido ve entorpecida su actividad supervisora y menoscabada su propia autoridad".

[181] HERCE MAZA, J. I. y BERMÚDEZ MADRIGAL, J.: "Panorama actual…", *op. cit.*

[182] RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Estudios …, op. cit.,* p. 100: *"*Si tomamos en consideración el sistema de infracciones y sanciones administrativas previsto en la legislación administrativa a que remite, como hemos visto, el art. 294, hemos de llegar a la conclusión de que este precepto es no sólo innecesario, sino incluso perturbador, por la falta de coordinación que representa en relación con aquel sistema de infracciones y sanciones administrativas. En mi opinión, habida cuenta de ese sistema de infracciones y sanciones administrativas, el art. 294 es totalmente innecesario y contraviene el principio de intervención mínima, fundamental en la moderna política criminal.

precepto y la vulneración del carácter de ultima ratio inherente al Derecho penal, y el principio *non bis in idem*.

No obstante, en mi opinión, no se pueden compartir estas críticas, si se hace un riguroso examen del bien jurídico protegido por este delito, como a continuación vamos a observar. En el delito del art. 294 CP, tal y como hemos avanzado, nos encontramos con un bien jurídico distinto del resto de los delitos societarios, ya que en modo alguno se protegen intereses patrimoniales de los socios, sociedad o terceros, al no entrar en juego en este tipo penal la protección de interés patrimonial alguno. Con este tipo penal, claramente el legislador pretende reforzar la protección al régimen de supervisión administrativa de determinados sectores que pueden considerarse estratégicos desde el punto de vista de la economía nacional. Estamos por tanto ante intereses protegidos de carácter socioeconómico. Entiendo que la función del art. 294 CP claramente es reforzar las medidas administrativas de intervención y supervisión contenidas en las distintas leyes sectoriales[183]. En cuanto a la posible violación del ya mencionado principio "*non bis in idem*", cuando la conducta puede incurrir en una sanción penal del art. 294 CP y administrativa prevista en las leyes administrativas sectoriales, habrá que estar al examen del bien jurídico protegido que se viola, de forma que sólo se podrá imponer de forma simultánea una sanción penal y otra administrativa por los mismos hechos cuando el bien jurídico protegido no sea coincidente, tal y como tiene dicho el Tribunal Constitucional. Pero es que esta regulación del art. 294 CP es conforme con la tendencia del Derecho penal europeo, como ha puesto de manifiesto MELCHIONDA, en el que adquiere una gran importancia el reconocimiento del "*ne bis in idem sustantivo*", "en virtud del cual se reconoce una prohibición de doble sanción que se refiere no sólo al ámbito del Derecho penal, sino que se extiende a la consideración del ámbito más amplio de la ilegalidad, tanto penal como administrativa"[184].

Recapitulando, el bien jurídico del art. 294 CP se encuentra en la claridad y transparencia con la que deben actuar las sociedades sujetas a supervisión administrativa con las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras. Se protege un bien jurídico colectivo inmaterial dentro de lo que son las funciones interventoras de la Administración en la economía nacional. Estamos ante el único delito societario de naturaleza socioeconómica, no siendo necesaria la existencia de lesión para el bien

[183] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos ..., op. cit.,* p. 293-294.
[184] MELCHIONDA, A.: "Evolución …", *op. cit.,* pp. 191.

jurídico mediato protegido, el orden económico en sentido estricto, siendo suficiente el peligro abstracto, consistiendo a su vez en un delito de infracción de un deber institucional específico como ocurre con el art. 293 CP.

CAPÍTULO II: EL CONCEPTO JURÍDICO DE SOCIEDAD DE LOS DELITOS SOCIETARIOS

I. Introducción

El CP establece un concepto legal o auténtico penal de sociedad, que transciende del concepto mercantil y que se encuentra regulado en el art. 297 CP. En consecuencia, el concepto penal de sociedad constituye uno de los principales elementos comunes a todos los delitos societarios y el marco legal en el que se pueden cometer los mismos. Para determinar el alcance del concepto penal de sociedad del art. 297 CP, debemos acudir a las normas extrapenales, en concreto al derecho privado, y principalmente, aunque no exclusivamente, al Derecho mercantil, lo que nos permitirá realizar una integración de los tipos penales societarios con las normas jurídico-privadas. Y en cuanto que las principales sociedades del tráfico jurídico español son las sociedades mercantiles, que son mencionadas expresamente por el art. 297 CP, habrá que analizar su regulación en la LSC, y en especial el régimen jurídico aplicable a las SA y las SRL. Para ello examinaremos los dos elementos esenciales de estas sociedades, la mercantilidad y el ánimo de lucro, los requisitos para la adquisición de la personalidad jurídica, las diferencias entre las sociedades de capital y las personalistas en atención al régimen de responsabilidad de sus socios, y las diversas clases de sociedades mercantiles especiales. Íntimamente unido a los delitos societarios, se encuentran los supuestos en los que a través de la personalidad jurídica se amparan situaciones fraudulentas o abusivas de los socios en contra de la Ley o de sus acreedores, lo que nos llevará a analizar la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica y la derivación responsabilidad civil e incluso penal a sus socios.

Junto con las sociedades mercantiles, el art. 297 CP menciona de forma expresa una variedad de entidades con personalidad jurídica, muchas de ellas también sociedades mercantiles, aunque no de capital, susceptibles de ser sujeto pasivo de los delitos societarios o marco en el que se puedan cometer los mismos. Por tanto, procede que examinemos el régimen jurídico de las cooperativas, las mutuas, las entidades de crédito y las fundaciones. Y de especial interés resultará examinar doctrinal y jurisprudencialmente la cláusula residual que prevé el art. 297 CP, y por la que se amplía el concepto penal de sociedad a los efectos de los delitos societarios a todas aquellas entidades de naturaleza análoga que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado. De forma que en atención al alcance que le demos a esta

cláusula, existirá una serie de supuestos dudosos que serán susceptibles de tener cabida en el concepto de penal de sociedad del art. 297 CP. Y dentro de los supuestos dudosos, adquiere especial trascendencia por su mención expresa en los delitos societarios de los arts. 290, 291, 293 y 294, las sociedades en formación y su distinción de las sociedades de hecho y las irregulares.

II. Concepto legal de sociedad como elemento común de los delitos societario: el art. 297 CP

Los delitos societarios tienen como elemento común el cometerse en el seno de las sociedades, atentando de manera grave contra el correcto funcionamiento de éstas o de su patrimonio, y ello en perjuicio de la propia sociedad, los socios o los terceros[185]. Por tanto, resulta indispensable analizar el concepto penal de sociedad desde el punto de vista de los delitos societarios, no sólo como marco en el que se pueden cometer los mismos, sino también como sujeto pasivo de ellos. En tal sentido el legislador se ha encargado de dar una definición auténtica de sociedad a los efectos de los delitos societarios, que se contiene en el art. 297 CP y que establece lo siguiente "*a los efectos del Capítulo XIII -de los delitos societarios- del Título XIII del Libro II del CP se entiende por sociedad 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*. Con este concepto penal de sociedad, el legislador ha querido determinar las entidades en cuyo seno pueden tener lugar las conductas delictivas previstas en los arts. 290 a 294 CP para que se considere cometido el delito societario[186]. Con ello está dando una definición auténtica del concepto penal de sociedad a efectos de los delitos societarios, que resulte aplicable a todos ellos, y por tanto constituye elemento común de los mismos. En el art. 297 CP, se está ampliando el concepto de sociedad mercantil, de forma que incluye no sólo aquellas que tienen una naturaleza jurídica estrictamente mercantil[187], en el que, por

[185] SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M: *Los Delitos ..., op. cit.,* p. 45

[186] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos ..., op. cit.,* p. 35. En el mismo sentido FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1934.

[187] PAVÓN HERRADÓN, D.: *El delito ..., op. cit.,* p. 60: "Ello no impide, a pesar de todo, considerar más acertada la opinión acerca de la cual el concepto penal de sociedad definido en el artículo 297, no coincide con el concepto tradicional, clásico y mayoritario, y, por tanto, consolidado, que proporciona el Derecho mercantil". En el mismo sentido RÍOS CORBACHO, J.M.: "Delitos …", en ACALE SÁNCHEZ, M. (Coordinación): *Lecciones..., op. cit.*, pp. 137-138 para quién el legislador ha querido dar un concepto omnicomprensivo que abarca todo tipo de sociedades con la excepción de las sociedades civiles y de las

supuesto deben incluirse las SA (incluyendo las de capital variable)[188], las SRL y las sociedades comanditarias por acciones, pero también las sociedades colectivas y las comanditarias simples que serán mercantiles cuando así lo sea la naturaleza de su actividad desarrollada; sino también incluye a otras entidades, algunas también mercantiles, como las cooperativas, las cajas de ahorros[189], mutuas, entidades de crédito, y otras que carecen de tal carácter mercantil, como son las fundaciones. En consecuencia, la definición legal de sociedad, a efectos penales nos servirá para delimitar el ámbito espacial de la realización de los delitos societarios[190]. Como acertadamente afirma QUINTERO OLIVARES:

> "La indicación del art. 297 no es un caso de ley penal en blanco que requiera un complemento en la normativa societaria. Precisamente, la intención del legislador penal fue ayudar al intérprete colocándose por encima de la polémica generada en torno a la naturaleza jurídica de determinadas asociaciones, enfatizando que lo importante no es tanto la forma societaria (civil o mercantil) en sí, sino el hecho de que la entidad "para el cumplimiento de sus fines

asociaciones, si bien no es pacífico ya que estas figuras pueden encubrir una realidad mercantil. Y en el mismo sentido FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1934.

[188] SAP de Islas Baleares (Sección 1ª) núm. 199/2019 de 2 de diciembre, RJ\2020\52147: FD 5º: *"*Quinto: ... Convenimos con la juzgadora en la consideración de que el precepto se limita a conceptuar a efectos penales lo que debe entenderse por sociedad, optando por un concepto amplio en tanto en su redacción contempla a "cualquier otra entidad de análoga naturaleza" que para el cumplimiento de sus fines partícipe de modo permanente en el mercado, lo que implica una ampliación de la tutela a todos los entes corporativos que actúen en el tráfico mercantil, aun cuando el sujeto pasivo fundamental identificado en los preceptos penales que regulan estos delitos, sean las sociedades mercantiles y, en particular, las sociedades de capital. Por lo tanto, entendemos, como hace la juzgadora de la instancia, que el Código prescinde de un concepto jurídico- formal de sociedad que sustituye por un concepto material y, en el supuesto presente, la mercantil EFESYDE, es una sociedad mercantil, aun de capital variable que tiene un origen contractual, dispone de un fin común, contribuyendo todos los socios a su realización*".*

[189] El Auto JCI de 16 de octubre, ARP\2014\1395, ratifica la inclusión de las Cajas de Ahorros en el concepto penal de sociedad a efectos de los delitos societarios.

[190] DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y POLO VEREDA, J.: *Problemas generales de aplicación de los delitos societarios.* Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, p. 15: "Los delitos societarios no son sólo aquellos cuyo ámbito espacial de realización es una sociedad del artículo 297 CP, sino que son aquellos cuyo compartimento prohibido viene caracterizado por algún elemento normativo del tipo propio de la realidad jurídica que conforma una sociedad". Y resulta especialmente interesante la posición de PÉREZ VALERO, I: *El delito …, op. cit.,* pp. 212-227 para quién las sociedades mencionadas en el art. 297 CP no son sino una especie de un género común que es el de la sociedad mercantil, entendida ésta como empresario social o colectivo, de forma que la mercantilidad subjetiva es común a todas ellas, mientras que la mercantilidad objetiva determina que difieran en el título jurídico o contractual que les da vida como empresario social, lo que justifica la enumeración que aparece en el art. 297 CP y sus distintas formas sociales: sociedades mercantiles, cajas de ahorros, entidades de crédito, fundaciones, cooperativas y mutuas, lo que le lleva a concluir que el art. 297 CP es un precepto pensado para regular el mundo de la empresa y no el de la sociedad.

participe de modo permanente en el mercado", que es el dato básico y el verdadero elemento definidor del concepto para el derecho penal"[191].

Con la redacción del art. 297 CP, el legislador ha pretendido abarcar no sólo las conductas delictivas que realicen los administradores o socios de las sociedades mercantiles, en especial de las sociedades de capital (SA y SRL), sino también la de los administradores o socios de todas las entidades de naturaleza societaria que participan en el tráfico jurídico-mercantil[192]. Debiéndose incluir también a las sociedades de capital unipersonales, ya que de esta forma se protegerá al propio socio único como a los terceros que se relacionen con la misma frente a las posibles maniobras que realicen los administradores[193]. Estamos, por tanto, ante una enumeración abierta o ejemplificativa del concepto de sociedad penal a efectos de los delitos societarios, en la que consta una cláusula de asimilación por analogía, con la dificultad que conlleva saber cuál es el elemento esencial de las diversas formas societarias a las que se debe referir la analogía. Y será interpretación teleológica del precepto la que nos lleva a considerar que la nota esencial a la que debe referirse la analogía es el aspecto organizativo de la entidad y no la forma de su personalidad jurídica, y así una restricción excesiva a la personalidad jurídica, conllevará una limitación difícil de justificar desde el punto de vista político-criminal[194]. En consecuencia, las sociedades del art. 297, son no sólo las mencionadas expresamente por el precepto, sino también aquellas otras que, teniendo personalidad jurídica propia, se relacionan de forma regular con el exterior para desarrollar su objeto social y alcanzar sus fines[195], debiéndose acudir a las normas de derecho privado para determinar su concepto y naturaleza jurídica[196]. Tal y como afirma GARCÍA CRUCES en relación con el concepto de sociedad del art. 297 CP:

"Parece acertado concluir señalando que el legislador penal ha tomado como referencia, a los efectos de delimitar el ámbito de aplicación de los tipos penales societarios, aquellos

[191] QUINTERO OLIVARES, G.: "Delitos societarios", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad,* núm. 12, abril-sept. 2017, Madrid, Universidad Carlos III, pp. 235-245. En el mismo sentido DEL ROSAL BLASCO, B.*:* "Delitos …" en DEL ROSAL BLASCO, B. (coordinador) Y OTROS: *Derecho …, op. cit.,* pp. 262-263: "Resumiendo: es necesario afirmar, una vez más, la naturaleza autónoma del Derecho penal y concluir que el art. 297 no es una *ley penal en blanco* que haya de completarse con las normas del Derecho de sociedades, sino que contiene en sí mismo todos los elementos necesarios para su interpretación, de modo que los delitos societarios se podrán aplicar en todos aquellos casos de asociaciones o sociedades civiles o mercantiles que "escondan" un objeto social de participación en el mercado".
[192] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* p. 72.
[193] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos ..., op. cit.,* p. 44.
[194] BACIGALUPO, E. (dir.): *Curso de Derecho…, op. cit.,* p. 418.
[195] DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y POLO VEREDA, J.: *Problemas …, op. cit.,* p. 48.
[196] DIAZ ECHEGARAY, J.L.: *La Responsabilidad…, op. cit.*, pp. 37-38.

> conceptos formados en nuestro Derecho privado y en los que requiere la concurrencia de ciertas exigencias. Éstas no son otras que la necesidad de que tal sociedad o entidad participe en el mercado; que lleve a cabo tal actividad de forma permanente, en el sentido de disponer de una estructura de organización estable y sostenida –con carácter ilimitado o no– en el tiempo; y, en último lugar, sin que resulte preciso que aquella sociedad o entidad tenga atribuida el beneficio de la personalidad jurídica[197].

Por tanto, y como acabamos de ver, estamos ante un concepto jurídico-penal amplio de sociedad, que se aplica a todas las figuras delictivas societarias, y que, no obstante, ha sido ampliamente criticado por la doctrina por incurrir en redundancias, omisiones o deficiencias[198]. Como afirma FERNÁNDEZ TERUELO con el art. 297 CP estamos ante el artículo más desafortunado de todos los que componen el Capítulo XIII del Título XIII del CP, cuya crítica alcanza en primer lugar al casuismo exacerbado que ha llevado a cabo el legislador en la enumeración de personas jurídicas de todo tipo y clase, con reiteraciones innecesarias, para en segundo lugar, terminar el precepto con una cláusula imprecisa de difícil interpretación, "*o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado"*, de forma que con esta declaración el intento inicial de determinar el marco operativo de actuación de los delitos societarios, pierde gran parte de su credibilidad[199]. Pero es que además existe una clara falta de coordinación del art. 297 CP con los tipos penales de los arts. 290 a 294 CP, ya que tanto el objeto, como la conducta y los sujetos activos, están pensados fundamentalmente para las sociedades de capital, al utilizar en los mismos la terminología propia de éstas, como son el de junta general, socios, administradores de hecho y de derecho, derecho de información de los socios y de participar en la gestión o control de la sociedad y derechos de suscripción preferente de acciones etc. La crítica alcanza también a las duplicidades que aparecen en la definición, ya que por ejemplo se menciona a las cooperativas y luego a las entidades de crédito, cuando las cooperativas de crédito, además de sociedades mercantiles de base mutualista, son entidades de crédito, y lo mismo ocurre con los bancos, que son SA y por tanto sociedades mercantiles, y las

[197] GARCÍA-CRUCES, J.A.: "El concepto de sociedad en la tipificación de los delitos societarios", *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 389, Pamplona.

[198] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 6ª Edición. p. 485. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Código Penal II…*, *op. cit.*, p. 702: "Si la amplitud del precepto ha sido por lo general bien recibida, no sucede igual con su redacción".

[199] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos ..., op. cit.*, pp. 36-38. En el mismo sentido, DIAZ ECHEGARAY, J.L.: *La Responsabilidad…, op. cit.*, p. 92: "…se trata de una norma técnicamente muy deficiente y que introduce, probablemente, más cuestiones de las que resuelve".

cajas de ahorro que además de entidades de crédito tienen una naturaleza jurídica eminentemente fundacional[200]. Siendo otro ejemplo, cuando se menciona a las cooperativas o a las mutuas que tienen indudablemente un carácter de sociedades mercantiles de base mutualista[201]. Igualmente se echa en falta la mención a las empresas o sociedades públicas, que por la importancia que tienen en el tráfico jurídico debemos considerarlas incluidas en el concepto penal de sociedad a efectos de los delitos societarios. Estas sociedades públicas, ya sean con capital exclusivamente público o con capital mixto, están creadas y participadas por las distintas Administraciones públicas[202], y actúan como cualquier sociedad mercantil privada, y en consecuencia en la medida que adopten alguna de las formas previstas en el art. 297 del CP, ya sean sociedades mercantiles o fundaciones públicas deben considerarse incluidas en el concepto penal de sociedad del art. 297 del CP, no así ni las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica ni los organismos autónomos, que deberán quedar excluidos del concepto penal de sociedad[203]. Siendo justificadas las críticas anteriores desde el punto de vista de la

[200] LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. en DE LA MATA BARRANCO, N.J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. y NIETO MARTÍN, A.: *Derecho …, op. cit.,* p. 489: "El déficit técnico consiste en realizar una nada rigurosa enumeración de siete categorías en la que se incluyen algunas que ya quedaban comprendidas en otras más amplias (por ejemplo, las mutuas y las cooperativas son sociedades mercantiles y las cajas de ahorro -las únicas con mayúscula para el legislador- son entidades de crédito y fundaciones). La apertura se realiza con la cláusula final, tan abierta que no sólo se discute en qué ha de consistir la analogía, sino ya cuál es su referente: si sólo la sociedad mercantil o todas las categorías enumeradas*"*.
En este mismo sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *Los delitos…, op. cit.,* p. 39.

[201] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos ..., op. cit.*, p. 39. En cuanto a la crítica del art. 297 CP *vid.* CUGAT MAURI, M., en CÓRDOBA RODA, J. (dir.) y GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *Comentarios…*, *op. cit.*, pp. 1130 y ss. Para esta autora la crítica del art. 297 CP pasa por el defectuoso empleo de la técnica *mixta* de lista de ejemplos con cláusula de cierra por analogía; la innecesaria repetición de supuestos o la referencia simultánea al género y la especie respecto de algunas de las Sociedades; la inclusión de Sociedades que luego no ha tenido en cuenta en la redacción de los tipos penales societarios o que no deberían constituir objeto de tutela de estos tipos legales y finalmente si la analogía aplica en sentido inverso, es decir si la "participación permanente en el mercado" aplica a las Sociedades citadas expresamente por el art. 297 CP. En idéntico sentido FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1934.

[202] SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M: *Los Delitos …, op. cit.,* pp. 55-56.

[203] CASTRO MORENO, A.: "El concepto penal de sociedad en los delitos societarios: el artículo 297 del nuevo Código penal", *Jueces para la democracia*, núm. 31, 1998, p. 48.
En el mismo sentido DIAZ ECHEGARAY, J.L.: *La Responsabilidad…, op. cit.*, p. 95: "Las sociedades públicas, es decir, aquellas que están participas por el Estado, las Comunidades Autónomas, y los Municipios, dado que el legislador nada ha señado al respecto deben considerarse incluidas dentro de la relación del artículo 297 del CP. Consiguientemente le son de aplicación las normas reguladoras de los delitos societarios".
BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho…, op. cit.*, p. 588: "En cuanto a los Entes públicos debe diferenciarse entre las empresas públicas, las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica (ICO, RENFE, etc.) y los Organismos Autónomos (Correos, Loterías, etc.). Estos dos últimos grupos no pueden entenderse incursos en el art. 297". En el mismo sentido MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Código Penal II…*, *op. cit.*, p. 713: "No habría obstáculo para considerar sociedad del art. 297 a la empresa pública que fuera una sociedad anónima, pero quedarán excluidas las configuradas como un servicio sin personalidad jurídica o como organismo autónomo".

técnica jurídica utilizada, sin embargo, mi valoración del art. 297 CP es absolutamente positiva, ya que nos va a servir para dar una definición auténtica de concepto penal de sociedad. Así resulta loable que el legislador haya realizado esta descripción de sociedad en el art. 297, lo que nos lleva a la necesidad de analizar cada una de las sociedades y entidades que se mencionan en el art. 297 CP. Y adicionalmente, desde el momento que se introduce la mención a las de "naturaleza análoga", se amplía el concepto penal de sociedad a los efectos de los delitos societarios, con el único requisito que los entes tengan personalidad jurídica propia, lo que excluye a los entes carentes de personalidad jurídica como al comerciante individual, y entes con personalidad jurídica que no participan en el mercado, como son las comunidades de propietarios y las sociedades civiles con objeto civil. Y por otra parte que esas personas jurídicas de "naturaleza análoga", participen de modo permanente en el mercado, en cuanto que la participación permanente en el mercado es aplicable exclusivamente a las entidades que no están expresamente mencionadas en el art. 297 CP, por tanto, a aquellas que tienen naturaleza análoga a las enumeradas[204]. Para ello, una vez más deberemos acudir a la regulación que de las mismas se realiza por las normas jurídico-privadas, en cuanto que en el art. 297 CP estamos ante una verdadera remisión normativa al orden jurídico privado que debe integrarse con las normas penales para poder tener un conocimiento completo del sujeto pasivo de los delitos societarios y el marco en el que los mismos se pueden desarrollar.

II. 1. Las sociedades mercantiles

II. 1. 1. Concepto de sociedad mercantil y sus elementos esenciales: la mercantilidad y el ánimo de lucro

El art. 297 CP menciona expresamente a las sociedades mercantiles como sociedad a los efectos penales del Capítulo XIII de los delitos societarios. Pero lo primero que debemos examinar es qué se entiende por sociedad mercantil. Desde el punto de vista del derecho positivo, el art. 1165 CC establece que por el contrato de sociedad dos personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria con ánimo de partir las ganancias, mientras que de acuerdo con el art. 116 Cco., por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas,

[204] FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit,* p.1222 y 1124. Y de esta misma autora, FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII. …" en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios ..., op. cit.,* pp. 1141-1142. Y FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1935.

para obtener lucro. De los que se infiere la definición de sociedad como un contrato por el que dos o más personas ponen en común dinero, bienes o industria para realizar una actividad y con el fin de repartir entre sí las ganancias que se obtengan, de forma que la sociedad no es más que la agrupación voluntaria de personas que persigue un fin de lucro repartible entre sus socios[205].

La mercantilidad en el ámbito societario hace referencia a la determinación de la naturaleza civil o mercantil de la sociedad, constituyendo por tanto el elemento esencial para determinar si la sociedad tiene uno u otro carácter[206] La mercantilidad objetiva hace referencia a la sociedad como negocio jurídico y por tanto si el objeto del contrato de sociedad es civil o mercantil, mientras que desde un punto de vista subjetivo hace referencia a la sociedad como persona jurídica o como sujeto para atribuirle la condición de empresario y aplicarle el estatuto propio de éste[207]. Y siguiendo este requisito de mercantilidad, se definen las sociedades mercantiles como todas aquellas que tienen en su objeto social el ejercicio del comercio o de una actividad empresarial, tal y como es definido por el art. 1.1 del Cco., que establece que son comerciantes los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio se dedican a él habitualmente, lo que nos lleva a afirmar que el criterio decisivo para la atribución de la condición de mercantilidad de una sociedad es el ejercicio del comercio o de una actividad empresarial[208]. Siguiendo el requisito de mercantilidad que deben tener las sociedades mercantiles, las sociedades de capital, con independencia de cuál sea su objeto social, siempre serán sociedades mercantiles ya que se da la doble condición de mercantilidad, tanto objetiva como subjetiva. Así las SA, SRL y comanditarias por acciones, al ser sociedades de capital de acuerdo con el art. 1.1. LSC tienen la consideración de mercantiles (art. 2 LSC). Mientras que, respecto de las sociedades personalistas, es decir, las sociedades colectivas y las

[205] GARCÍA-CRUCES, J.A.: *Derecho de Sociedades Mercantiles*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 41: *"*La literalidad de distintos preceptos (art. 116 Cco. y art. 1665 CC) obliga a concluir afirmando que el contrato se celebra, y la sociedad se constituye, con la finalidad de llevar a cabo una actividad con la que obtener un lucro repartible entre los socios. Esa finalidad de lucro- entendiéndose este bajo una noción amplia- constituye la causa del contrato de sociedad*"*.

[206] PAZ-ARES, C.: "Las sociedades mercantiles y exclusión de socios" en MENÉNDEZ. A. y ROJO, A.: *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen I.* 20ª ed., Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2022, pp. 350-351.

[207] GALLEGO SÁNCHEZ, E. y FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: *Derecho Mercantil Primera parte,* 7ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, p. 340.

[208] GALLEGO SÁNCHEZ, E. y FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: Idem, p. 341.

comanditarias simples, el criterio determinante de su mercantilidad vendrá determinado por su objeto, según sea este civil o mercantil[209].

Procede igualmente determinar cuáles son los elementos típicos del contrato de sociedad, y en tal sentido podemos decir sin ánimo de equivocarnos, que los elementos esenciales del contrato de sociedad mercantil son los mismo que establece el CC para el resto de los contratos y que son los regulados en el art. 1261 CC, es decir el consentimiento, el objeto y la causa. Respeto del "consentimiento" no hay normas especiales distintas de aquellas que rigen en materia de la capacidad de obrar en el CC, es decir podrán constituir una sociedad mercantil aquellos que sean mayores de edad o menor emancipado o habilitado de edad que no se encuentre incapacitado (323 CC), existiendo libertad de forma para emitir el consentimiento, salvo en el caso de las sociedades de capital que deberá necesariamente constar el consentimiento en la escritura pública de constitución tal y como prevé el art. 22.1b) LSC; debiendo versar básicamente sobre la voluntad de unión que realizan los socios y sobre las aportaciones que los mismos se obligan a realizar a la sociedad[210]. Existiendo libertad de forma en su constitución de acuerdo con el principio general previsto en el art. 1278 CC, sólo será exigible la forma cuando la Ley lo exija para algún tipo especial (*v. gr*. para las sociedades de capital), sin perjuicio que la carga de la prueba de la existencia del control (*ad probationem*) corresponda a los contratantes[211].

En cuanto al "objeto*"* debemos distinguir entre el objeto del contrato de sociedad y el objeto de las obligaciones que asumen los socios, consistiendo éstas últimas en la aportación de dinero, bienes o derechos o trabajo que deben realizar al patrimonio social, para que la sociedad pueda realizar la actividad para la que se constituye. Y diferente de las dos anteriores, es el objeto de la sociedad u objeto social, que está constituido por la actividad económica que se va a desarrollar por la sociedad, que de acuerdo con los principios del CC deberá ser lícita, posible y determinada (arts. 1271 a 1273 CC), de forma que al ser un elemento esencial del contrato la falta de determinación del objeto

[209] GARCÍA-CRUCES, J.A.: *Derecho de Sociedades Mercantiles..., op. cit.*, p. 32.
En el mismo sentido BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil. Volumen I*, 29ª ed. Madrid, Tecnos, 2022, p. 308, se manifiestan estos autores, para quienes, tratándose de sociedades colectivas o comanditarias, éstas serán mercantiles cuando el objeto para cuya explotación se constituyan sea mercantil, ya que sólo en ese caso tendrán acceso al RM, siendo por tanto el criterio determinante la mercantilidad del objeto.
[210] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I..., op. cit.,* pp. 315-316.
[211] PAZ-ARES, C.: "Las sociedades …" en MENÉNDEZ. A. y ROJO, A.: *Lecciones ..., op. cit.,* p. 346.

social de la sociedad mercantil conlleva la declaración de nulidad de esta[212]. El principio de determinación del objeto social es especialmente exigente para las sociedades de capital, ya que el art. 23b) LSC exige la determinación del objeto social como actividad o actividades expresamente mencionadas en los estatutos sociales en protección de los socios y de los terceros que se relacionan con la sociedad. En el ámbito de las sociedades de capital rige un sistema que se aproxima al derecho de sociedades germánico, en el que el objeto social opera como un límite a la actuación de los administradores, pero que no opera frente a terceros de buena fe y sin culpa grave, ya que la sociedad quedará vinculada frente a terceros por los actos de sus administradores (art. 234.2 LSC), no así en las sociedades personalistas en las que no existe tal límite en el que el poder de representación de los administradores es ilimitado (art. 127 Cco.)[213]. Y en relación al tercero de los elementos esenciales de la sociedad, "la causa o interés social*"* del contrato de sociedad, entendida como la finalidad económico-social que las partes persiguen al estipularlo, se define en nuestro derecho vigente como la finalidad de los socios de obtener beneficios sociales o un lucro repartibles dentro de la sociedad[214], ya que no debemos olvidar la finalidad esencialmente lucrativa que tienen las sociedades mercantiles, evitando situaciones de conflicto de intereses que pueden existir entre los socios y la sociedad en la contratación con la sociedad o en la competencia con ella en el mercado. En todo caso la causa debe ser lícita sin que pueda resultar contraria a la Ley, a la moral o a las buenas costumbres. Al tener la causa la consideración de elemento esencial del contrato de sociedad, cualquier acuerdo que limite el fin lucrativo de la sociedad será nulo de pleno derecho al resultar contario al orden público[215].

En el concepto de sociedad mercantil desempeña una gran importancia el elemento del *ánimo de lucro,* que va a resultar esencial para comprender el régimen jurídico de la sociedad, y sus conflictos de intereses específicos entre los socios entre sí, con la sociedad y con los administradores y con terceros, que no se presenta en otras entidades asociativas (cooperativas, mutuas, mutualidades y asociaciones) y no asociativas (fundaciones)[216]. Pero ello no significa que estas últimas entidades no se puedan igualmente considerar sociedades mercantiles, aunque carezcan de esa finalidad de lucro y tengan una finalidad

[212] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho Mercantil. Volumen I,* 24ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 800.
[213] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I..., op. cit.,* p. 318.
[214] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción ..., Volumen I, op. cit.,* p. 803.
[215] VICENT CHULIÁ, F: *Idem,* p. 770.
[216] VICENT CHULIÁ, F: *Idem,* p. 755.

de ayuda mutua entre sus socios (cooperativas y mutuas de seguros), o el auxilio de la actividad principal de aquellos (agrupaciones de interés económico o sociedades de garantía recíproca)[217]. Como afirma GARCIA-CRUCES, sólo hay sociedad si la misma persigue la obtención de un lucro repartible entre los socios, al ser el sistema español, un sistema dual, que en razón del fin perseguido se distingue entre asociación sin finalidad lucrativa y asociación con finalidad lucrativa o sociedad[218]. De hecho, en el derecho positivo español no se regula la sociedad sin ánimo de lucro[219]. No obstante, no faltan autores como BROSETA y MARTÍNEZ SANZ que entienden que, si bien en el concepto clásico de sociedad la diferencia con la asociación reside en el ánimo de lucro, éste hoy en día ya no resulta esencial al concepto de sociedad, ya que en el concepto amplio sólo es necesario la presencia de un acuerdo entre los socios y la existencia de un fin común, sea o no lucrativo, mientras que en el concepto restringido de sociedad solo incluirá a aquellas sociedades que cuenten con ánimo de lucro. Esta distinción sirve para resolver problemas como son la exacta configuración de las cuentas en participación[220]. Y adicionalmente a la finalidad lucrativa como causa del contrato, también constituye causa del contrato de sociedad, el principio de *valor real o razonable* en la liquidación de la participación del socio (art. 110.2 y 353.1 LSC), al ejercer los socios su derecho de separación en los términos legales o estatutarios (arts. 346 a 349 LSC) y en el valor legal de suscripción de las acciones y participaciones en el aumento de capital.

Tratándose de sociedades personalistas, la falta de los elementos esenciales del contrato, consentimiento, objeto y causa conllevará la nulidad del contrato de sociedad sin embargo en las sociedades de capital, el ejercicio de la acción de nulidad está restringida a la violación de las normas de *ius cogens*, de forma que fuera de los casos enunciados en el art. 56 LSC, no podrá declararse mediante sentencia judicial la inexistencia ni la nulidad de la sociedad, ni tampoco declararse su anulación. La nulidad tendrá exclusivamente los efectos que establece el art. 57 LSC, y conlleva que se abrirá

[217] PAZ-ARES, C.: "Las sociedades …" en MENÉNDEZ. A. y ROJO, A.: *Lecciones …, op. cit.,* pp. 345-346.
[218] GARCÍA-CRUCES, J.A.: *Derecho de Sociedades Mercantiles..., op. cit.,* p. 29.
[219] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción …, Volumen I, op. cit.,* p. 763: "La sociedad sin ánimo de lucro no está regulada, en nuestro Derecho positivo. Figuras típicas como la Unión Temporal de Empresas (que carece de personalidad jurídica) y la Agrupación de Interés Económico, española o europea (Ley 12/1991, de 29 de abril) son instituciones especiales, de contornos legales muy precisos, de las que no se pueden hacer generalizaciones que tergiversen el concepto legal de sociedad, básico de nuestro ordenamiento jurídico".
[220] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil. Volumen I. ...,* op. cit p. 306.

la liquidación de la sociedad y sobre la base del principio de protección de los terceros de buena fe, en ningún caso afectará a la validez de las obligaciones o de los créditos de la sociedad frente a terceros, ni a la de los contraídos por éstos frente a la sociedad, sometiéndose unas y otros al régimen propio de la liquidación. Y en cuanto a las "sociedades atípicas*",* que son aquellas que no cumplen con los requisitos legales para la constitución según prevé el art. 117 Cco. Las sociedades atípicas no sólo son contrarias a las normas imperativas del derecho de sociedades, sino que lo son también a la seguridad del tráfico y a los intereses de los terceros, lo que determinará la aplicación subsidiaria de las normas de las sociedades colectivas. De esta forma, la atipicidad en el derecho de sociedades sólo puede admitirse respecto de la posibilidad de apartarse del régimen legal dispositivo previsto para cada sociedad, siempre que ello no suponga desvirtuar el tipo y sin que la atipicidad llegue al punto de crear por la voluntad de las partes tipos sociales no previstos por el legislador, siendo de aplicación el principio de *numerus clausus* por evidentes razones de orden público y protección de los terceros[221]. El principio de *numerus apertus* en los tipos societarios resulta altamente perturbador, y sin que en contra de ello pueda invocarse la expresión "por general …" utilizada en el art. 122 Cco., así no hay problema para constituir sociedades distintas de las mencionadas en el citado artículo, siempre que así esté previsto en las leyes (*v. gr*. AIE, SGR), pero lo que no resulta permitido es crear *ex novo* un tipo societario distinto[222].

II. 1. 2. La adquisición de la personalidad jurídica por la sociedad mercantil

En cuanto a la adquisición de la personalidad jurídica por las sociedades mercantiles, el art. 119 Cco. establece que las sociedades mercantiles deberán hacer constar su constitución en escritura pública. Esta deberá recoger el negocio fundacional y sus modificaciones, que se inscribirá en el RM. La escritura pública no constituye un elemento esencial del contrato cuando se trata de sociedades personalistas, pero tratándose de sociedades de capital la escritura es necesaria, y por tanto sí que constituye un elemento esencial de carácter constitutivo del negocio fundacional, siendo un requisito de forma "*ad solemnitatem"* en el que se integran todos los elementos de la organización que no son otros que la denominación, domicilio, objeto social, derechos y obligaciones

[221] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil. Volumen I. ..., op. cit.*, p. 311.
[222] PAZ-ARES, C.: "Las sociedades …" en MENÉNDEZ. A. y ROJO, A.: *Lecciones ..., op. cit.,* p. 353.

de los socios, régimen económico, órganos de gobierno, disolución y liquidación[223]. Se produce en consecuencia una doble exigencia para la obtención de la personalidad jurídica en las sociedades mercantiles, formal en cuanto al otorgamiento de la escritura pública (art. 21 LSC), y de publicidad legal en cuanto a su inscripción en el RM, previa su calificación por el registrador mercantil. Esta publicidad constituye una garantía en favor de los terceros y de la seguridad del tráfico que se ve afectada por la realización por las sociedades de su objeto social[224]. En consecuencia, la inscripción en el RM tiene un carácter constitutivo para las sociedades de capital (art. 33 LSC) adquiriendo con la inscripción su personalidad jurídica y constituyendo el más importante de los elementos no negociales de la fundación. Tratándose de sociedades personalistas la inscripción en el RM es meramente declarativa (art. 119 Cco.).

Con la personalidad jurídica, la sociedad mercantil pasa a ser sujeto de derechos y obligaciones con plena capacidad jurídica y de obrar general para todos sus actos y contratos según establece el art. 116 Cco., a diferencia de las corporaciones públicas que sólo tienen la capacidad que les atribuye la Ley. Esa capacidad de obrar lo será tanto en las relaciones externas con los terceros, como la interna con los socios, concediéndole autonomía patrimonial respecto de los socios y produciéndose una separación de la responsabilidad, que será más o menos intensa en atención al tipo societario que se elija[225]. Y al tener autonomía patrimonial como titular de un patrimonio personal diferenciado de la de sus socios y poder desarrollar una actividad externa en el tráfico, la sociedad adquiere la condición de comerciante o empresario, con todas las consecuencias jurídicas y económicas que el estatuto de comerciante conlleva[226], atribuyéndole un nombre comercial, una nacionalidad y un domicilio. Serán válidos y eficaces los contratos que puedan realizar con terceros, siempre que sean lícitos y honestos según establece el

[223] GALLEGO SÁNCHEZ, E. y FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: *Derecho…, op. cit.,* pp. 346-347:*"* Conforme a las reglas generales del Derecho de Obligaciones y contratos esta forma no puede considerarse elemento esencial del contrato (arts. 1254 y 1278 y concordantes Cciv). Resulta de aplicación, en particular, el art. 1279 Cciv. De acuerdo con este precepto, si la Ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial de hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiera intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez*".*

[224] GARCÍA-CRUCES, J.A.: *Derecho de Sociedades Mercantiles..., op. cit.,* p. 44: "En ese proceso que supone la fundación de una sociedad mercantil puede constatarse cómo su inicio descansa en una manifestación de la autonomía de la voluntad, pero, igualmente, resulta indudable que se da una participación del poder público. Esa intervención pública debe considerarse necesaria, en la media en que la sociedad va a surgir como un tercero en el tráfico y, por tanto, puede verse afectada la seguridad de éste"

[225] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: *Principios de Derecho Mercantil. Tomo I*, 27ª ed. Pamplona, Aranzadi, 2023, p. 178.

[226] GARCÍA-CRUCES, J.A.: *Derecho de Sociedades Mercantiles..., op. cit.,* p. 46.

art. 118 del Cco. Esta doble capacidad tiene a su vez una doble finalidad, la protección de la seguridad jurídica y del tráfico jurídico mercantil, sobre todo cuando la condición de persona jurídica sirve para organizar una empresa que actúa en el mercado. No obstante, y como ha puesto de manifiesto VICENT CHULIÁ, esta tesis debe matizarse hoy en día, ya que las leyes imponen limitaciones a la capacidad de obrar de las sociedades estableciendo la prohibición bajo sanción de nulidad absoluta de los actos realizados en contra de la limitación en protección del orden público[227]. A estas limitaciones legales deberá añadirse las propias previstas en sus estatutos sociales y en el propio objeto social que tengan las mismas, que además es objeto de publicación en el BORME para conocimiento no sólo de sus socios sino también de terceros que pueda contratar con las mismas.

II. 1. 3. La sociedad mercantil fraudulenta: la doctrina del levantamiento del velo

La personalidad jurídica de las sociedades mercantiles, cuando ampara situaciones fraudulentas o abusivas de sus socios en contra de la ley o de sus acreedores, da lugar a que judicialmente se levante el velo de la personalidad jurídica, que conlleva a que los socios sean responsables patrimoniales de las actuaciones que realiza la sociedad, aunque se trata de sociedades de capital. Podemos distinguir los siguientes supuestos en los que apoyar la extensión de la responsabilidad patrimonial de la sociedad a los socios y la utilización de la técnica del levantamiento del velo: la infracapitalización, cuando la sociedad opera con un capital inferior al que se requiere legalmente en perjuicio de sus acreedores que no hayan podido anticipar o neutralizar esta situación; la confusión de patrimonios en el caso del socio único o sociedad dominante tiene confundido su patrimonio con el de la sociedad contraviniendo las normas contables que aseguran la conservación del capital (art. 25 y 28 Cco.); la confusión de esferas hacia el exterior mediante la utilización de nombre similar entre la sociedad y el socio o la utilización de medios materiales de forma común y confusa; y finalmente la dirección externa o dominación cuando la sociedad es gestionada por la sociedad dominante o el socio de control y no por sus órganos de gobiernos formalmente constituidos[228].

---

[227] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción ..., Volumen I, op. cit.,* p. 785.

[228] PAZ-ARES, C.: "Las sociedades …" en MENÉNDEZ. A. y ROJO, A.: *Lecciones ..., op. cit.,* pp. 357-358.

En el mismo sentido BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I..., op. cit.,* pp. 322-323: Se han tipificado una serie de supuestos en los que efectivamente procede el levantamiento del

Esta responsabilidad no está prevista ni legal ni de forma pactada entre los socios, sino que es una creación judicial apoyada en el principio de la buena fe y represión del abuso de derecho[229], de forma que no es que se desconozca la personalidad jurídica de la sociedad, sino que a la responsabilidad patrimonial de la sociedad añade la de los socios de control que abusan de la misma y ello en favor de sus acreedores, que se ven sino perjudicados por la actuación realizada por la sociedad y sus socios en fraude de terceros[230]. Como hemos dicho, la respuesta frente al problema del abuso de la personalidad jurídica ha venido de la jurisprudencia a través de la doctrina del levantamiento del velo, cuyo origen se encuentra en la jurisprudencia anglosajona, lo que ha llevado al TS, en una doctrina ya consolidada, a declarar que con el fin de evitar un resultado abusivo o fraudulento que el Derecho no puede amparar, en estos casos de abuso de la forma societaria, resulta legítimo penetrar en su sustrato personal, para lo que deberá actuarse *levantado el velo de la personalidad jurídica.* En todo caso, y en cuanto que a través de esta doctrina se está extendiendo la responsabilidad de la sociedad a sus socios, la aplicación de esta por los juzgados y tribunales deberá realizarse de manera excepcional y muy restringida sobre la base del principio de la seguridad jurídica respetando el carácter de *ultima ratio* y con extrema cautela reservándose para supuesto en que esté plenamente justificado[231]. A su vez la jurisprudencia se basa en tres principios que permitirá a los jueces entrar en el interior de las personas jurídicas "*levantando el velo jurídico*" que el reconocimiento de la personalidad jurídica representa: a) El que la personalidad jurídica no puede amparar los actos ejecutados en fraude de ley (art. 6.4 CC); en segundo lugar, que los derechos han de ejercitarse de acuerdo con las exigencias de la buena fe (art. 7.1 CC) y en tercero y último lugar que la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo (art. 7.2 CC) en daño ajeno o de los derechos de los demás (art. 10 CE)[232]. Con la doctrina del levantamiento del velo se busca, en defensa de los terceros, el penetrar en el sustrato de la personalidad jurídica de la sociedad, y ver qué es lo que realmente se encuentra detrás de la misma. La jurisprudencia considera

velo como son: supuestos de confusión de esferas patrimoniales; control o dirección externa en situaciones de grupos de sociedades; infracapitalización material de sociedades y abuso de la personalidad jurídica en fraude de Ley o en incumplimiento de obligaciones.

[229] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción …, Volumen I, op. cit.,* p. 793.

[230] VICENT CHULIÁ, F: *Idem,* p. 796.

[231] GARCÍA-CRUCES, J.A.: *Derecho de Sociedades Mercantiles..., op. cit.,* pp. 48-49: *"*En definitiva, el Tribunal Supremo, en todos estos supuestos en que aplica la doctrina del levantamiento del velo, deja de lado la personalidad jurídica de la sociedad y no le atribuye a la compañía las consecuencias jurídicas anudadas al acto en cuestión, sino que éstas se imputan a las personas que realizaron tales actuaciones valiéndose del nombre de la sociedad*".*

[232] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: *Principios..., op. cit.,* p. 179.

que la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo responde a un fundamento propio y diferenciado que anida en la razón normativa del principio de la buena fe (art. 7.1. CC) y su conexión con las figuras del abuso del derecho y el fraude de ley (art. 7.2. y 6.4 del CC)[233]. En mi opinión, echamos en falta la tipificación de estas conductas, en el ámbito de los delitos societarios, por lo que su inclusión se encuentra más que justificada de *lege ferenda*, penalizando la utilización de sociedades instrumentales o pantallas nacidas con la finalidad exclusivamente delictiva[234].

II. 1. 4. Tipos de sociedades mercantiles: las sociedades personalistas y las de capital

La división tradicional de las sociedades mercantiles es la que distingue en personalistas y capitalistas, en atención al grado de independencia la sociedad frente a sus socios. En las personalistas el elemento relevante para la constitución de la sociedad y el desarrollo de su actividad son los elementos personales de los socios que la integran,

[233] STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 326/2012 de 30 de mayo, RJ\2012\6548: FD 13º: "Con carácter general, recuerda la Sentencia 422/2011, de 7 de junio , "la jurisprudencia justifica la técnica y práctica de penetrar en el substrato personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que el socaire de esa ficción o forma legal se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (art. 6.4 CC), admitiéndose que los jueces puedan penetrar (levantar el velo jurídico) en el interior de esas personas para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 CC) en daño ajeno o de los derechos de los demás (art. 10 CE) o contra interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un ejercicio antisocial de su derecho (art. 7.2 CC)". El hecho de que nuestro ordenamiento jurídico reconozca personalidad a las sociedades de capital, como centro de imputación de relaciones jurídicas, y sea la sociedad la que deba responder de su propio actuar, aunque instrumentalmente lo haga por medio de sus administradores, no impide que, "excepcionalmente, cuando concurren determinadas circunstancias -son clásicos los supuestos de infracapitalización, confusión de personalidades, dirección externa y fraude o abuso- sea procedente el «levantamiento del velo» a fin de evitar que el respeto absoluto a la personalidad provoque de forma injustificada el desconocimiento de legítimos derechos e intereses de terceros" (Sentencia 718/2011, de 13 de octubre (RJ 2011, 7418) , con cita de la anterior Sentencia 670/2010, de 4 de noviembre). Pero la jurisprudencia insiste en que este remedio tiene carácter excepcional y por ello debe aplicarse de forma restrictiva (Sentencias 475/2008, de 26 de mayo (RJ 2008, 3172), y 422/2011, de 7 de junio) …".
En el mismo sentido STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 728/2015 de 30 de diciembre, RJ\2015\5897: FD 2º Y STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 101/2015 de 9 de marzo, RJ\2015\1449: FD 2º: En el mismo sentido que las anteriores, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 127/2015 de 17 de marzo, RJ\2015\1813.

[234] QUINTERO OLIVARES, G.: "Delitos …", *op. cit.*, pp. 235-245: "En cambio, hay gravísimas conductas que causan un daño grave al buen orden del mercado, y que son ajenas al derecho penal, como el uso de sociedades de fachada o carentes de actividad real en todo tipo de transacciones financieras y de asunción de obligaciones. Para mayor desaliento, se ha intentado alguna vez introducir en el Código penal la creación y uso de esta clase de sociedades sin que haya habido fuerza bastante para torcer el interés de quienes quieren que esas vías de actuación no sean criminalizadas".
Vid. DE LA FUENTE HONRUBIA, F.: "Responsabilidad penal de las personas jurídicas" en FERNÁNDEZ BERMEJO, D. (dir.) y MALLADA FERNÁNDEZ, C. (dir.): *Delincuencia Económica.* Pamplona, Aranzadi, 2018: Tal y como pone de manifiesto este autor, las sociedades pantallas están fuera del sistema de responsabilidad penal del art. 31 bis CP, dada la imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control y, por ende, de cultura de respeto o desafección hacia la norma.

mientras que las capitalistas el elemento relevante se encuentra en el desplazamiento patrimonial que los socios realizan en favor de la sociedad[235]. Esta clasificación, es fundamental ya que determina a su vez el régimen de responsabilidad de los socios dentro de la sociedad. Las sociedades personalistas tienen una estructura organizativa simple y concreta, al apoyarse en las personas que la integran (*intuitu personae*), y en ellas rige el principio de autoorganicismo, lo que supone que los socios por el mero hecho de serlos tienen facultades gestoras y representativas. La identidad y las cualidades personales de los socios serán determinantes del consentimiento de los demás que informan los aspectos esenciales de su régimen jurídico, importando esta cualidad en el momento de la fundación de la sociedad y que determina que se permita en estas sociedades la figura del socio industrial, como aquél que aporta su trabajo a la sociedad y que se manifiesta igualmente en el régimen de la disolución, la separación o exclusión de socios y el cambio de éstos. Y ello también se manifiesta en las relaciones con los terceros, en la que los socios acaban siendo responsables subsidiarios y de forma ilimitada por las deudas sociales, y en el que el patrimonio de la sociedad se asemeja al de la comunidad germánica o en mano común, frente al de cuotas propio de la comunidad romana[236]. Siguiendo a PAZ-ARES, en la configuración de las sociedades personalistas se dan cuatro rasgos básicos: la intransmisibilidad de la condición de socios, la personalización de la organización, la descentralización de la administración a través del *principio de autorganicismo* al no haber separación entra la propiedad y gestión, siendo la sociedad organizadas por los propios socios y la comunicación patrimonial.[237] Los formas sociales principales de sociedades personalistas son la sociedad colectiva y la comanditaria simple.

Frente a las sociedades personalistas, las sociedades de capital son aquellas de estructura compleja o corporativa, con unos órganos de administración cuyo número y competencias vienen regulados de forma expresa por la Ley. En las sociedades de capital el órgano de administración se rige por el principio de *heteroorganicismo* lo que excluye de la condición de socio el derecho a administrar, y en el que hay un patrimonio perfectamente acotado y desligado del de los socios, lo que determina que éstos no tengan que responder de las deudas sociales; y en el que importa más que las cualidades personales de los socios, la aportación que realizan al capital social de forma que se

[235] GARCÍA-CRUCES, J.A.: *Derecho de Sociedades Mercantiles..., op. cit.*, p. 33.
[236] GALLEGO SÁNCHEZ, E. y FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: *Derecho…, op. cit.,* p. 343.
[237] PAZ-ARES, C.: "Las sociedades …" en MENÉNDEZ. A. y ROJO, A.: *Lecciones …, op. cit.,* p. 350.

excluye en las sociedades de capital la figura del socio industrial. En la configuración de las sociedades de capital o de estructura se caracterizan por la autonomía de la organización respecto de las condiciones y vicisitudes personales de sus miembros y tiene los siguientes cuatro rasgos básicos: la movilidad de la condición de socio, la estabilidad de la organización, la centralización de la administración con la separación entre la propiedad y la gestión y finalmente el aislamiento patrimonial o responsabilidad limitada de los socios[238]. Las principales modalidades de las sociedades de capital, tal y como establece el art. 1 LSC son las SA, las SRL y las sociedades comanditarias por acciones.[239]

Esta doble clasificación en sociedades personalistas y sociedades de capital sirve a su vez para analizar el régimen de responsabilidad de sus socios por las deudas sociales tal y como a continuación examinaremos: *responsabilidad de los socios por las deudas sociales en las sociedades personalistas:* en las sociedades colectivas, todos sus socios responden de las deudas sociales de forma personal, es decir con su propio patrimonio, subsidiario respecto del patrimonio de la sociedad, de forma ilimitada al aplicarles el principio de la responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 CC, y de forma solidaria entre los propios socios, teniendo a su vez todos los socios el derecho a intervenir en la gestión, dirección y administración de la sociedad. Mientras que, en las sociedades comanditarias simples, en las que hay dos tipos de socios, los colectivos y los comanditarios. Los primeros participan en la gestión social y responden de la forma antes dicha, es decir de manera personal o ilimitada o solidaria, si bien subsidiaria, es decir después de hacer excusión del patrimonio de la sociedad (arts. 127 y 237 Cco) mientras que los socios comanditarios no participan en la gestión social ni pueden incluir su nombre en la denominación social, quedando limitada su responsabilidad a la aportación que realizan.

En cuanto a la r*esponsabilidad de los socios por las deudas sociales en las sociedades de capital:* (SA, SRL y Sociedad comanditaria por acciones) los socios no responden de las deudas sociales. Las diferencias principales entre las SRL y SA están en que las SRL su capital social se encuentra dividido en participaciones sociales, y en las SA el capital social está dividido por acciones, integrados en ambos casos por las aportaciones de todos los socios, sin que en ni en uno ni en otro caso los socios respondan personalmente de las deudas sociales tal y como se ha dicho anteriormente. En las SRL las participaciones sociales no son, a diferencia de las acciones de la SA, libremente transmisibles, sino que

[238] PAZ-ARES, C.: *Ibídem.*
[239] GALLEGO SÁNCHEZ, E. y FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: *Derecho…, op. cit.,* p. 344.

se encuentra restringida con la finalidad de mantener los caracteres personales de los socios que integran la sociedad. Como afirma GARCIA-CRUCES, la SRL es una sociedad capitalista cuyos elementos personales tienen una mayor relevancia que en la SA, y que puede aún incrementarse a través de los pactos sociales[240]. Tanto en las SA como en las SRL los socios por su condición de socio no tienen derecho a intervenir en la gestión y administración social[241]. Como excepción a la naturaleza jurídica plurilateral que tienen las sociedades mercantiles, tal y como hemos visto anteriormente, y que se refrenda en el derecho positivo (arts. 1165 CC y 116 Cco.), las SA y las SRL, pueden tener un carácter unipersonal, ya sea porque se hayan constituido por un socio único, persona física o jurídica, ya sea cuando habiéndose constituido por dos o más socios, todas las participaciones o acciones hayan pasado a ser propiedad de un único socio cualquiera que sea la naturaleza jurídica de éste (art. 12 LSC). En España la modalidad societaria mayoritaria numéricamente entre las sociedades de capital es la SRL, al incorporar los principios de autonomía de la voluntad y de simplificación[242]. Y lo mismo pasa en los países de la UE, en los que se puede observar también una gran difusión de las SRL[243]. Finalmente, en las sociedades comanditarias por acciones su capital social se encuentra dividido en acciones y se integra por las aportaciones de todos los socios, uno de los cuales, al menos responderá personalmente de las deudas sociales como socio colectivo. De forma que, aunque existe la misma dualidad de socios que en la sociedad comanditaria simple, sin embargo, la posición de los socios comanditarios se formaliza

[240] GARCÍA-CRUCES, J.A.: *Derecho de Sociedades Mercantiles..., op. cit.,* p. 35.
[241] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I…, op. cit.,* p. 311.
[242] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: *Principios..., op. cit.,* p. 175: *"*La significación de los tipos sociales puede apreciarse en la estadística del Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España sobre el número de sociedades constituidas anualmente. Conforme a ella, al final del año 2021 se habían constituido en España 100.803 SRL y 404 SA. Dentro de la rúbrica "Otras formas sociales", según resulta de la estadística señalada, se constituyeron 928, cifra en la que hemos de comprender las siguientes: 60 sociedades colectivas; 11 sociedades comanditarias; 12 cooperativas; 3 sociedades de garantía recíproca; 2 fondos de inversión, 2 fondos de pensiones; 537 agrupaciones de interés económico (AIE); 1 agrupación europea de interés económico (AEIE); 43 Uniones Temporales de Empresas (UTE); 164 sociedades civiles y 92 de otro tipo*".*
[243] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción …, Volumen I, op. cit.,* p. 809: "4. En España la figura numéricamente preponderante es la sociedad limitada, porque ha incorporado en mayor medida los principios de autonomía de la voluntad y de simplificación, que en otras legislaciones se han incorporado también a la "Pequeña Sociedad Anónima" (Alemania: Ley de 10 e agosto de 1994), la "Sociedad Anónima simplificada" (Francia: Ley 94-1 de 3 de enero de 1994) o la "Close Corporation" (en las Leyes de muchos de los Estados Unidos) y la "Limited Co. en el Reino Unido. ... 5. En España no se observa esta recuperación del uso de la sociedad por acciones por falta de interés en acceder al mercado de valores, el limitado número de sociedades reguladas y el mayor coste y rigidez de la sociedad anónima, que subsiste en la LSC, aun después de las últimas reformas*"*.

en acciones siendo de aplicación las reglas de las SA, acentuándose la posición de la transmisibilidad de la posición de los socios.

II. 1. 5. Sociedades mercantiles especiales

Además de las sociedades antes mencionadas, tanto de capital como personalistas, existen en el derecho español, una serie de sociedades mercantiles especiales que por su importancia el legislador ha considerado la necesidad de que tengan su propia normativa, y que son susceptibles de incluirse dentro del concepto penal de sociedad a efectos del artículo 297 CP, por lo que su estudio resulta indispensable: y ello porque pueden ser sujetos pasivos de los delitos societarios y por otra en su seno se pueden producir los delitos societarios. Estos tipos especiales de sociedades, más complejos y sofisticados que las que consideramos más generales, son utilizadas por el legislador para organizar determinadas actividades económicas que por su particularidad requieren de esa regulación especial societarios, y que como hemos apuntado, constituyen una modalidad o subtipo de las básicas y mayoritarias, que son las sociedades de capital[244].

II. 1. 5. 1. Las sociedades laborales

Regulas por la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas, las sociedades laborales son aquellas SA o SRL en las que la mayoría del capital social es propiedad de trabajadores que presten en ella servicios retribuidos en forma personal y directa en virtud de una relación laboral por tiempo indefinido[245]. La nueva Ley que sustituye a la Ley 4/1997, de 24 de marzo de Sociedades Laborales, responde a la necesidad de fomentar el desarrollo de iniciativas económicas y sociales en el marco de la economía social dando cumplimiento al mandato constitucional del art. 129 CE[246]. En tal sentido las Sociedades Laborales deben cumplir los requisitos legalmente previstos y en especial que al menos la mayoría del capital social sea propiedad de trabajadores que presten en ellas servicios retribuidos de forma personal y directa, en virtud de una relación laboral por tiempo indefinido. Con base en estas condiciones no podemos afirmar que las sociedades laborales tengan base mutualista, pero lo que sí que queda claro es que forman parte de las entidades que constituyen la economía social, junto con las cooperativas y con las mutuas y mutualidades de previsión social[247]. La constitución de las Sociedades

[244] PAZ-ARES, C.: "Las sociedades …" en MENÉNDEZ. A. y ROJO, A.: *Lecciones …, op. cit.,* p. 349.
[245] GALLEGO SÁNCHEZ, E. y FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: *Derecho…, op. cit.,* p. 573.
[246] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I…, op. cit.,* p. 679.
[247] GALLEGO SÁNCHEZ, E. y FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: *Derecho…, op. cit.,* p. 573.

Laborales se aparta del de las SA y SRL, ya que no sólo deben constar en escritura pública e inscribirse en el RM sino que deben ser calificadas administrativamente como sociedades laborales, correspondiendo al Ministerio de Empleo y Seguridad Social o, en su caso, a los órganos competentes de las CCAA que hayan recibido los correspondientes traspasos de funciones y servicios en materia de calificación y registro de sociedades laborales, el otorgamiento de la calificación de «Sociedad Laboral», así como el control del cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley y, en su caso, la facultad de resolver sobre la descalificación[248].

II. 1. 5. 2. Las sociedades profesionales

Reguladas por la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, el legislador ha querido dar respuesta a la cada vez más importante organización colectiva del ejercicio de profesiones liberales en España, a través de grandes despachos o estudios de profesionales liberales. Se definen las sociedades profesionales como aquellas que tienen por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional, entendiendo por ésta, aquélla para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional, exigiéndose dos requisitos cumulativos para la constitución de estas sociedades profesionales la titulación y la colegiación[249]. Las sociedades profesionales, en sentido estricto, son aquellas que teniendo vida propia externa, realizan un ejercicio en común de una actividad profesional, siendo los actos propios de la misma ejecutados directamente bajo la razón o denominación social y atribuidos a la sociedad los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional, como titular de la relación jurídica establecida con el cliente. Las sociedades profesionales, no deben confundirse con aquellas otras sociedades instrumentales o de medios para dotarse de infraestructura para el ejercicio de la profesión o incluso para dotarse de ganancia o que actúa de intermediación de servicios

[248] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I..., op. cit.,* p. 679: Esa calificación otorgada por una autoridad competente tendrá plena eficacia en todo el territorio nacional, sin necesidad de que la sociedad realice ningún trámite adicional o cumpla nuevos requisitos. Y debido a esa doble dependencia, tanto de la autoridad laboral como de su inscripción en el RM, el legislador ha previsto el que deberán llevarse a cabo actuaciones de armonización, colaboración e información entre el Registro del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, el RM y los Registros de las CCAA. En particular, el Registro del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, sin menoscabo de las competencias de las CCAA, integrará en una base de datos común la información que obre en los distintos registros de las CCAA que sea necesaria para el ejercicio de las competencias atribuidas en materia de supervisión y control a las autoridades competentes.

[249] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I..., op. cit.,* p. 684.

profesionales[250]. Las sociedades profesionales únicamente pueden tener por objeto el ejercicio en común de actividades profesionales, desarrollándolas bien directamente, bien a través de la participación en otras sociedades profesionales y pudiendo ejercer varias actividades profesionales, siempre que su desempeño no se haya declarado incompatible por norma de rango legal[251]. Deberán constituirse en escritura pública e inscribirse en el RM, adquiriendo en ese momento la personalidad jurídica[252], debiéndose inscribir igualmente en el Registro de Sociedades Profesionales del Colegio Profesional que corresponda a su domicilio, y pueden constituirse con arreglo a cualquiera de las formas societarias previstas en las leyes (civil, mercantil, incluyendo las sociedades de capital), cumplimentando los requisitos establecidos en la Ley 2/2007 por la que se rigen y, supletoriamente, por las normas correspondientes a la forma social adoptada. En la denominación social deberá figurar, junto a la indicación de la forma social de que se trate, la expresión «profesional». La sociedad profesional puede tener una denominación objetiva o subjetiva, y en este último caso se formará con el nombre de todos, de varios o de alguno de los socios profesionales. De las deudas sociales responderá la sociedad con todo su patrimonio. La responsabilidad de los socios se determinará de conformidad con las reglas de la forma social adoptada, según sea la forma elegida la de sociedad personalista o capitalista. No obstante, se establece una regla especial en relación a las deudas sociales que se deriven de los actos profesionales propiamente dichos, ya que respecto de éstos responderán solidariamente la sociedad y los profesionales, socios o no, que hayan actuado, siéndoles de aplicación las reglas generales sobre la responsabilidad contractual o extracontractual que correspondan[253].

---

[250] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: Idem, p. 683.

[251] La actividad profesional constitutivas de su objeto social se realizará a través de personas colegiadas en el Colegio Profesional correspondiente para el ejercicio de las mismas, de forma que sólo podrán ser socios profesionales las personas físicas que reúnan los requisitos exigidos para el ejercicio de la actividad profesional que constituye el objeto social y que la ejerzan en el seno de la misma y las sociedades profesionales debidamente inscritas en los respectivos Colegios Profesionales que, constituidas con arreglo a lo dispuesto en la Ley, participen en otra sociedad profesional. No podrán ser socios profesionales las personas en las que concurra causa de incompatibilidad para el ejercicio de la profesión o profesiones que constituyan el objeto social, ni aquellas que se encuentren inhabilitadas para dicho ejercicio en virtud de resolución judicial o corporativa.

[252] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I…, op. cit.,* p. 686: *"Se procede a la modificación del Código de comercio en orden a declarar inscribibles las sociedades civiles profesionales (art. 16 Cco.)"*.

[253] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Ibídem*: Como mínimo, la mayoría del capital y de los derechos de voto, o la mayoría del patrimonio social y del número de socios en las sociedades no capitalistas, habrán de pertenecer a socios profesionales quiénes a su vez ocuparán al menos la mitad más uno de los miembros de los órganos de administración, salvo que el órgano de administración fuere unipersonal, o existan consejeros delegados, en cuyo caso dichas funciones habrán de ser desempeñadas

II. 1. 5. 3. Las sociedades anónimas deportivas

La Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte exigió a los clubes deportivos profesionales cuyos equipos participasen en competiciones oficiales de ámbito estatal y con pérdidas en los cuatro ejercicios anteriores, la obligación de constituirse en SAD. La SAD es una sociedad que se aparta notablemente del régimen de la SA ordinaria, siendo especialmente relevante el tema del control del capital social y la necesidad de evitar el *"adulterar el desarrollo de la competición",* estableciendo medidas como son el limitar el ostentar unos derechos de voto de más del 5%, el no poder un socio tener más del 5% del capital social de otra SAD, o en la prohibición de que una SAD puede participar en el capital social de otra SAD[254]. El capital social debe estar dividido en acciones nominativas y estar íntegramente desembolsado sin resultar admisible las aportaciones no dinerarias, según establece el RD 1.251/1999, de 16 de julio debiendo semestralmente comunicar al Consejo Superior de Deportes la composición del accionariado de la SAD. La finalidad última de esta medida se encuentra en la necesidad de tipificar las formas de ejercicio del poder de votos en las SAD cualquiera que sea la forma escogida para ello: propiedad de las acciones, sindicatos de voto, empleo de sociedades del grupo, personas interpuestas. La adquisición del 25% del capital social de una SAD necesitará de la autorización del Consejo Superior de Deportes, ya que sino la transmisión será nula[255].

II. 2. Las sociedades mercantiles de base mutualista: las cooperativas y las mutuas

Junto con las sociedades de capital y a las personalistas, aparecen en el derecho español las sociedades mercantiles de base mutualista, dos de las cuales son expresamente mencionadas en el art. 297 CP, dentro del concepto penal de sociedad a los efectos de los delitos societarios, que no son otras que las cooperativas y las mutuas. Junto con éstas debemos igualmente analizar por su base mutualista las SGR. En todas ellas se dan las tres siguientes características comunes: el tener carácter mutualístico o de ayuda recíproca, el regirse por el principio de *puerta abierta* en relación con el alta y baja de sus

necesariamente por un socio profesional. En todo caso, las decisiones de los órganos de administración colegiados requerirán del voto favorable de la mayoría de los socios profesionales, con independencia del número de miembros concurrentes. Los socios profesionales únicamente podrán otorgar su representación a otros socios profesionales para actuar en el seno de los órganos sociales.

[254] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Idem,* p. 681.

[255] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, *Idem,* p. 682: Estas facultades atribuidas al Consejo Superior de Deportes conlleva que éste pueda suspender la designación de administradores y el ejercicio del derecho de voto en una SAD.

socios, lo que determina que son sociedades de capital variable y finalmente el *autoorganicismo* respecto de sus órganos de sus gobierno o gestión. Por lo que su estudio se hace necesario en el presente Capítulo en cuanto que unas y otras pueden ser sujetos pasivos de los delitos societarios y marco en el que puedan cometerse los delitos societarios. Las sociedades mercantiles de base mutualista son aquellas en el que su fin principal no es la obtención de un lucro directo que sea repartible entre sus socios, que como hemos visto, el ánimo de lucro, constituye la causa principal de las sociedades mercantiles; sino que su causa se encuentra en desarrollar una actividad económica al servicio de sus socios, satisfaciendo las necesidades que son comunes a ellos, sin que por ello dejen de tener la consideración de sociedades mercantiles, tal y como reconoce la doctrina[256]. Como afirma VICENT CHULIÁ las empresas mutualísticas constituyen el núcleo fundamental de la Economía Social, siendo las cooperativas el núcleo central de estas empresas. Su objeto es la producción de bienes o servicios para sus propios socios estando constituidas por la agrupación voluntaria de una pluralidad de personas, al menos dos, y sin finalidad de obtener beneficios sociales repartibles, sino de desarrollar una actividad económica al servicio de las necesidades de sus socios y que encuentran su fundamento constitucional en el derecho español en el art. 129.2 CE que establece que los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en las empresas y fomentarán, mediante la legislación adecuada, las sociedades cooperativas[257].

II. 2. 1. Las cooperativas

Las sociedades cooperativas constituyen verdaderas sociedades mercantiles incardinadas en el ámbito de la economía social, y su mercantilidad está determinado por su forma, su actividad que es empresarial, dominada por el principio de economicidad, e integrada en las reglas del mercado y en sus esquemas de competitividad, así como su sumisión al estatuto del empresario en lo que se refiere a sus obligaciones contables[258]. No obstante voces autorizadas como VICENT CHULIÁ consideran que las cooperativas no son "sociedades mercantiles"[259]. En mi opinión, no podemos compartir esta posición ya que

[256] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I…, op. cit.,* p. 695.
[257] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho Mercantil*. *Volumen II*, 24ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 1910.
[258] GALLEGO SÁNCHEZ, E. y FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: *Derecho…, op. cit.,* p. 564.
[259] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción …, Volumen II*, *op. cit.*, p. 1911: "3. Un Amplio sector doctrinal mercantilista afirma, con escaso fundamento legal, que las cooperativas son "sociedades mercantiles", lo que, además de apoyarse en argumentos poco técnicos, supone, sobre todo, hacer borrón y cuenta nueva de la delimitación de la competencia legislativa entre el Estado y Comunidades Autónomas, en materia de

ignora la importancia que han adquirido las mismas en ámbitos tan diversos como las cooperativas de crédito (Grupo Cooperativo Cajamar), cooperativas de consumo (Consum, S. Coop. V.), Grupo Cooperativo Mondragón con un entramado societarios muy importante con empresas como Eroski y Fagor, Laboral Kutxa. En todas ellas junto el principio básico de servir a las necesidades de sus socios, sin lugar a dudas se encuentra la finalidad lucrativa cuyo último fin es la capitalización de las sociedades cooperativas a través de sus fondos de reserva voluntarios y obligatorias, como para devolver parte del beneficio a sus socios a través del retorno cooperativo, a las que debe añadirse la importancia de obtener resultados positivos para realizar las dotaciones obligatorias al fondo de formación y promoción cooperativo como medio para llevar a cabo su obra social en su entorno cooperativo.

En desarrollo del art. 129.2 CE se aprobó la actual Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas que en su art. 1 las define *como aquella sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático, conforme a los principios formulados por la alianza cooperativa internacional, pudiendo realizar cualquier actividad económica lícita, y en su denominación social incluirá necesariamente las palabras «Sociedad Cooperativa» o su abreviatura «S. Coop.». pudiendo revestir la forma de cooperativa de primero y segundo grado*[260]. De la definición legal se infiere la identificación de las cooperativas a las sociedades mercantiles, en cuanto que reconoce que se constituyen para desarrollar "actividad empresarial" que se realizará a favor de los socios, y sin perjuicio que se pueda realizar también con terceros no socios. Y en el que destacan los siguientes principios de la alianza cooperativa internacional: el de libre adhesión y baja de los socios ("*puertas*

cooperativas y de otras entidades de la Economía Social, ignorando la espesa legislación vigente y la doctrina del Tribunal Constitucional".

.

[260] La Alianza Cooperativa Internacional, define a la cooperativa como ″una asociación autónoma de personas que se han unido de forma voluntaria para satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales en común mediante una empresa de propiedad conjunta y de gestión democrática″.
En la Declaración sobre la Identidad Cooperativa de dicha Alianza, se indica que las cooperativas están basadas en los valores de la autoayuda, la autorresponsabilidad, la democracia, la igualdad, la equidad y la solidaridad. Siguiendo la tradición de sus fundadores, los socios cooperativos hacen suyos los valores éticos de la honestidad, la transparencia, la responsabilidad y la vocación sociales. Dichos valores de las cooperativas se ponen en práctica mediante los siguientes principios de adhesión voluntaria y abierta; gestión democrática por parte de los socios; participación económica de los socios; autonomía e independencia; educación, formación e información; cooperación entre cooperativas; y de interés por la comunidad.

abiertas") lo que conlleva que tengan capital variable dividido en aportaciones obligatorias y voluntarias, pudiendo aumentarse o disminuir sin necesidad de modificación estatutaria, siempre que se respete el límite mínimo fijado en estatutos; el principio de igualdad de derechos entre los socios, ejerciendo sus derechos sociales por cabezas ("*principio democrático*"); el no pago de dividendos sino el retorno cooperativo como vía para distribuir el excedente del ejercicio, no bajo criterios capitalistas sino en atención a la utilización de los servicios cooperativizados ("*educación cooperativa", "fomento del cooperativismo" y "de las relaciones Intercooperativas"*)[261]. Por tanto, en mi opinión con las sociedades cooperativas estamos ante las más democráticas y participativas de todas las sociedades mercantiles y que gozan de un gran predicamento tanto en EE. UU. como en los países del norte de Europa, y dentro de España, en Euskadi y en la Comunitat Valenciana.

Resulta fundamental en el estudio del régimen jurídico de las Cooperativas examinar su ámbito de actuación, ya que, dependiendo del mismo, se aplicará a cada cooperativa, o bien la ley estatal de cooperativas o las leyes autonómicas de cooperativas, al ser una materia en la que las CCAA tienen competencias delegadas de acuerdo con la CE[262]. Por

[261] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I..., op. cit.,* p. 697.

[262] Leyes Cooperativas de CCAA (Fuente Ministerio de Trabajo y Economía Social: *https://www.mites.gob.es/es/sec_trabajo/autonomos/noticias-legislacion/leg-autonomica/index.htm*):
Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi (B.O.P.V. de 19 de julio y Ley 1/2000, de 29 de junio, de modificación de la Ley de Cooperativas de Euskadi (B.O.P.V. de 1 de agosto).
Ley Foral 12/1996, de 2 de julio, de Cooperativas de Navarra (B.O. de Navarra de 19 de julio y B.O.E. de 10 de octubre de 1996).
Decreto Legislativo 2/2015, de 15 de mayo, del Consell, por el que aprueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas de la Comunitat Valenciana. Publicada en el DOGV» núm. 7529, de 20 de mayo de 2015
Ley 2/1998, de 26 de marzo, de Sociedades de Cooperativas de Extremadura (D.O.E. de 2 de mayo y B.O.E. de 29 de mayo de 1998).
Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia (D.O. Galicia de 30 de diciembre y B.O.E. de 25 de marzo de 1999).
Ley 6/1998, de 13 de mayo, de regulación del funcionamiento de las Secciones de Crédito de las Cooperativas de Cataluña (DO. Generalitat de Cataluña de 21 de mayo de 1998 y B.O.E. de 17 de junio de 1998).
Ley 9/1998, de 22 de diciembre, de Cooperativas de Aragón (B.O.A. de 31 de diciembre y B.O.E. de 27 de enero de 1999).
Ley 2/1999, de 31 de marzo, de Sociedades Cooperativas Andaluzas (B.O.J.A. de 20 de abril y B.O.E. de 5 de mayo de 1999).
Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid (B.O.C.M. de 14 de abril y B.O.E. de 2 de junio de 1999).
Ley 4/2001, de 2 de julio, de Cooperativas de La Rioja (B.O.A de La Rioja de 10 de julio y B.O.E. de 19 de julio de 2001).
Ley 5/2001, de 10 de mayo, de Crédito Cooperativo (Extremadura). (D.O.E. de 7 de junio de 2001).
Ley 4/2002, de 11 de abril, de Cooperativas de la Comunidad de Castilla y León (B.O. de Castilla y León de 26 de abril de 2002 y BOE de 15 de mayo de 2002).
Ley 18/2002, de 5 de julio, de Cooperativas de la Comunidad Autónoma de Cataluña (D.O.G.C. de 17 de julio y B.O.E. de 27 de julio de 2002).

tanto, nos encontramos en materia de cooperativas en una distribución de competencias entre el Estado y las CCAA, en el marco constitucional del Título VIII de la CE "*De la organización territorial del Estado*" y en concreto en su art. 149.3 de la CE, en tanto que las materias no atribuidas expresamente al Estado por la CE podrán corresponder a las CCAA, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las CCAA en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas, siendo el derecho estatal, en todo caso, supletorio del derecho de las CCAA[263]. De acuerdo con esta distribución de competencias en materia de cooperativas, la LCoop. se aplica a las sociedades cooperativas que desarrollen su actividad cooperativizada en el territorio de varias CCAA, excepto cuando en una de ellas se desarrolle con carácter principal y a las sociedades cooperativas que realicen principalmente su actividad cooperativizada en las ciudades de Ceuta y Melilla.

Como sociedad mercantil que es, la cooperativa se tiene que constituir mediante escritura pública, que debe inscribirse en el Registro de Sociedades Cooperativas, estatal o autonómico previsto en la Ley, adquiriendo desde ese momento personalidad jurídica, teniendo su domicilio social dentro del territorio español, en el lugar donde realice principalmente su actividad o centralice su gestión administrativa y dirección. Las cooperativas pueden realizar actividades y servicios cooperativizados con terceros no socios sólo cuando lo prevean sus estatutos, en las condiciones y con las limitaciones que establece la legislación de cooperativas, así como otras Leyes de carácter sectorial que les sean de aplicación o cuando les sea autorizados excepcionalmente por los órganos supervisores de estas. Las cooperativas de primer grado están integradas, al menos, por tres socios y las de segundo grado deben estar constituidas por, al menos, dos cooperativas, y los socios pueden ser ordinarios (usuario), socios de trabajo, cuya actividad consiste en la prestación de su trabajo personal en la cooperativa y socios colaboradores que realizan una aportación económica inicial sin que le sean exigibles nuevas aportaciones al capital. Estos último por tanto se tratan de socios que sin poder

Ley 20/2002, de 14 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha (DOCM 146, de 25 de noviembre).
Ley 3/2002, de 16 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/199, de 31 de marzo, de Sociedades Cooperativas Andaluzas. Publicada en el B.O.E. nº 10 de 11/01/2003.
Ley 1/2003, de 20 de marzo, de cooperativas de Baleares. Publicada en el BOIB 42, de 29/03/2003 y en el BOE 91, de 16/04/2003.

[263] La STC 44/1984, de 27 de marzo en el conflicto positivo de competencia nº 231/1981: FD 2º y 3º.

desarrollar o participar en la actividad cooperativizada, pueden contribuir a su consecución[264].

La legislación de cooperativas, ya sea la estatal o autonómica, en atención a la propia naturaleza de la cooperativa, establece una serie obligaciones a sus socios, entre las que están la de participar en las actividades cooperativizadas, guardar secreto sobre los asuntos de la cooperativa cuya difusión pudiera perjudicar los intereses sociales, aceptar los cargos para los que fueran elegidos, cumplir con las obligaciones económicas que le correspondan y no competir por su cuenta con la cooperativa salvo autorización del Consejo Rector, pero la responsabilidad del socio por las dudas sociales queda limitada a las aportaciones al capital que hubiera suscrito[265]. Y entre los derechos de los socios están el de participar en la asamblea general, en todas aquellas actividades de la cooperativa sin discriminación alguna, el de percibir el retorno cooperativo si así se prevé en los estatutos sociales, el de percibir intereses por las aportaciones al capital social, el obtener formación profesional adecuada, el de ejercer el derecho de información y finalmente el de abandonar voluntariamente la cooperativa (principio de puerta abierta) con la única limitación consistente en respetar el plazo establecido en los estatutos, que nunca podrá ser superior a un año, salvo previsión en contra de los estatutos en los que nunca se podrá establecer un plazo para la baja voluntaria superior a los cinco años[266]. Las distintas leyes de cooperativas se encargan de regular las clases o modalidades de cooperativas[267].

A su vez, los órganos de la cooperativa se dividen en obligatorios, siendo la asamblea general y el consejo rector, y facultativos que con los interventores y el comité de recursos. Procede que examinemos la asamblea general y el consejo rector, en cuanto va a ser órganos en los que podrán cometerse los delitos societarios. La asamblea general es el órgano supremo que conforma la voluntad de la cooperativa imponiendo sus acuerdos a todos sus socios, siendo su estructura y funcionamiento análogo a la de la junta general de las sociedades de capital[268], pudiendo ser las mismas ordinarias y extraordinarias, siendo las primeras las convocadas durante los seis meses siguientes a la fecha de cierre

[264] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I..., op. cit.,* p. 702.
[265] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: Idem, p. 701.
[266] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: Idem, p. 702.
[267] Son modalidades de cooperativas las siguientes: cooperativas de trabajo asociado; cooperativas de consumidores y usuarios; cooperativas de viviendas; cooperativas agroalimentarias; cooperativas de explotación comunitaria de la tierra; cooperativas de servicios; cooperativas del mar; cooperativas de transportistas; cooperativas de seguros; cooperativas sanitarias; cooperativas de enseñanza y cooperativas de crédito (estas últimas las hemos estudiado al ver el régimen de las entidades de crédito).
[268] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I..., op. cit.,* p. 703.

del ejercicio para examinar la gestión social y aprobar si procede las cuentas anuales y siendo extraordinarias las restantes distintas de las ordinarias. Además, las asambleas general a su vez pueden ser de socios o de delegados, estos últimos elegidos mediante el sistema de juntas preparatorias, que resulta muy útil para aquellas cooperativas con un gran número de socios o en las que su ámbito de actuación es en un territorio muy amplio, como son las cooperativas de crédito o las de consumo en los que reunir a sus socios en un único acta resulta extremadamente dificultoso, facilitando así su asistencia mediante delegados a los que han elegido en las juntas preparatorias celebradas en todo el territorio de actuación de la cooperativa.

El consejo rector es el órgano colegiado de gobierno de la cooperativa, al que le corresponde la alta gestión, la supervisión de los directivos y la representación de la cooperativa. El número de consejeros no podrá ser inferior a tres (norma análoga al número mínimo para constituir un consejo de administración en las sociedades de capital), debiendo elegirse necesariamente a un presidente, un vicepresidente y un secretario, éste último necesariamente es miembro del consejo rector, a distinción de las sociedades de capital en las que el secretario puede ser o no miembro del consejo de administración[269]. Los miembros del consejo rector son nombrados por la asamblea general mediante votación secreta y por el mayor número de votos, con excepción para las cooperativas de ámbito estatal del consejero laboral, siendo éste último nombrado en aquellas cooperativas que cuenten en su plantilla con más de cincuenta trabajadores con contrato indefinido, por el comité de empresa de la cooperativa entre sus miembros, o si hubiera varios Comités de Empresa, por la asamblea de trabajadores fijos, siendo su mandato y régimen legal igual al de los restantes consejeros.

II. 2. 2. Las mutuas

La Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras regula dos figuras de carácter mutualista y naturaleza necesariamente mercantil: las mutuas de seguros y las mutualidades de previsión social. Una y otra tienen en común el hecho de ser entidades aseguradoras sin ánimo de lucro. Y se basan en el principio de ayuda mutua o mutualidad, dando la cobertura de seguro a sus socios, quiénes a su vez contribuyen a su financiación. Los socios ostentan la doble condición de socios y asegurados, lo que conllevaba una doble

[269] Tratándose de cooperativas con menos de diez socios, se puede sustituir el consejo rector por la figura del administrador único.

relación jurídica con aquellas. Ambas Entidades tienen una estructura orgánica análoga a las cooperativas, compartiendo con éstas, la sujeción al principio democrático en el derecho de voto y el respecto al principio de igualdad de derechos y obligaciones de sus socios. Las mutuas de seguros como las mutualidades de previsión social sólo pueden ser a prima fija, de forma que la cobertura de sus socios de los riesgos asegurados se realiza mediante el pago de una prima fija al comienzo del periodo de riesgo[270].

II. 2. 2. 1. Las mutuas de seguro

Son sociedades mercantiles sin ánimo de lucro, que tienen por objeto la cobertura a los socios, sean personas físicas o jurídicas, de los riesgos asegurados mediante una prima fija pagadera al comienzo del período del riesgo y pudiendo actuar en cualquier ramo del seguro, así como el ceder riesgos en reaseguro, debiéndose inscribir en el RM y en el Registro dependiente de la DGSFP como requisito previo administrativo para operar en el sector del seguro[271]. Deben estar constituidas por un mínimo de cincuenta socios mutualistas, que deberán tener la doble condición de socio y de asegurado, en el que la mutua es la entidad aseguradora, y se basa en el principio de organización democrática con igualdad de derechos y obligaciones para todos los mutualistas, disponiendo cada uno de un voto con base en el principio de "*una persona un voto*"[272]. En los casos de disolución de la mutua y en los de transformación, fusión y escisión en que la entidad resultante de la transformación o fusión, o beneficiaria de la escisión sea una SA, así como en los de cesión global de activo y pasivo, los mutualistas actuales y los que lo hubiesen sido en los cinco últimos años, o con anterioridad si así lo prevén los estatutos, percibirán, al menos, la mitad del valor del patrimonio de la mutua.

II. 2. 2. 2. Las mutualidades de previsión social

Son entidades aseguradoras que ejercen una modalidad aseguradora de carácter voluntario complementaria al sistema de Seguridad Social obligatoria, mediante aportaciones de los mutualistas, personas físicas o jurídicas, o de otras entidades o personas protectoras. Como entidad aseguradora deben inscribirse necesariamente en el RM y en el Registro de la DGSFP. Cuando en una mutualidad de previsión social todos sus mutualistas sean empleados, sus socios protectores o promotores sean las empresas, instituciones o empresarios individuales en las cuales presten sus servicios y las

[270] GALLEGO SÁNCHEZ, E. y FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: *Derecho…, op. cit.,* pp. 574-575.
[271] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I…, op. cit.,* p. 707.
[272] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Idem,* p. 708.

prestaciones que se otorguen sean únicamente consecuencia de acuerdos de previsión entre éstas y aquellos, se entenderá que la mutualidad actúa como instrumento de previsión social empresarial. Las mutualidades de previsión social deben cumplir los mismos requisitos que se establecen para las mutuas de seguros y la condición de socio mutualista será inseparable de la de tomador del seguro o de asegurado, siempre que este último sea el pagador final de la prima. La incorporación de los mutualistas será en todo caso voluntaria, estableciéndose igualdad de obligaciones y derechos para todos los mutualistas quiénes no responderán de las deudas de la mutualidad salvo disposición contraria en los estatutos sociales. Su incorporación podrá ser realizada directamente por la propia mutualidad de previsión social o bien a través de la actividad de mediación en seguros.

II. 3. Las entidades financieras o de crédito

II. 3. 1. Las entidades de crédito

El art. 1 de la LOSSEC establece en su artículo 1 la definición legal de entidades de crédito. Así las define como aquellas las empresas autorizadas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia teniendo tal consideración: a) Los bancos. b) Las cajas de ahorros. c) Las cooperativas de crédito. d) El ICO. Adicionalmente se consideran también a las sociedades financieras de cartera y sociedades financieras mixtas de cartera. A diferencia de lo que se preveía en la normativa anterior, en el concepto de entidad de crédito no se incluye las entidades de dinero electrónico que se regulan por la Ley 21/2011, de 26 de julio, ni los establecimientos financieros que, si bien pueden conocer créditos a sus clientes, no están autorizados para captar fondos reembolsables del público[273]. De esta forma, queda reservada a las entidades de crédito que hayan obtenido la preceptiva autorización y se hallen inscritas en el correspondiente registro, la captación de fondos reembolsables del público, cualquiera que sea su destino, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas. Las entidades de crédito deben inscribirse en el RM y en el Registro administrativo de Entidades de crédito del BdE. Utilizarán denominaciones genéricas propias, que serán distintas para cada modalidad de entidad de crédito, de conformidad con lo que se prevea reglamentariamente o en una ley específica, prohibiéndose a toda persona, física o jurídica, no autorizada ni registrada

[273] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil. Volumen II,* 29ª ed., Madrid, Tecnos, 2022, pp. 252-253.

como entidad de crédito el ejercicio de las actividades legalmente reservadas a las entidades de crédito y la utilización de las denominaciones propias de las mismas o cualesquiera otras que puedan inducir a confusión con ellas. Las entidades de crédito extranjeras pueden usar en España sus denominaciones de origen siempre que no susciten dudas sobre su identidad, de forma que, si existe peligro de confusión, el BdE podrá exigir que se añada alguna mención aclaratoria.

Los bancos, son las principales entidades de crédito en España, y tienen naturaleza de SA, estando dividido su capital en acciones nominativas, regulándose, por consiguiente, además de por la normativa específica de las Entidades de Crédito, por la LSC. Son por consiguiente sociedades de naturaleza jurídico-privada. Con carácter previo a su constitución, habrán de haberse obtenido la preceptiva autorización administrativa del BCE a propuesta del BdE, previo informe favorable del Servicio Ejecutivo de la Comisión de prevención del blanqueo de capitales e infracciones monetarias, la CNMV y la DGSFP. Su órgano de administración es el consejo de administración compuestos por vocales de reconocida honorabilidad, competencia profesional y con capacidad para ejercer un buen gobierno de la entidad que debe tener la idoneidad del BCE. En cuanto al capital social, al ser entidades supervisadas se establece un control respecto de la adquisición de participaciones significativas, entendiendo por éstas aquellas que sean igual a un 10% o múltiplos de esta cifra[274].

Las Cajas de Ahorro tienen naturaleza fundacional[275] y su capital se encuentra dividido en participaciones. Como consecuencia de la crisis bancaria que se inició en agosto de 2007 con la crisis mundial de Lehman Brothers, han desaparecido prácticamente la totalidad de Cajas de Ahorros del sistema financiero español convirtiéndose la gran mayoría en bancos[276]. La naturaleza fundacional conlleva la obligación de realizar una finalidad benéfico-social contando para ello con una obra social. Realizan la misma actividad crediticia que los bancos y están sometidas por consiguiente al mismo régimen

[274] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: Idem, p. 255.

[275] El Estatuto para las Cajas Generales de Ahorro Popular de 1933 califica a las mismas como instituciones benéfico-sociales.

[276] En los últimos años, el número de cajas de ahorro en España se ha reducido drásticamente. Concretamente de las 45 cajas de ahorro que había a finales de 2009 solamente han sobrevivido dos, que son las siguientes: Caixa Ontinyent, originaria de Valencia y Caixa Pollença, proveniente de Mallorca. En la actualidad, el resto de las entidades que en algún momento fueron cajas de ahorro se han convertido en nuevos bancos, en algunas ocasiones por cuenta propia o, en otros, fusionándose entre ellos. Desde julio de 2021, quedan 6 entidades bancarias: ABANCA, CaixaBank, CajaSur Banco, Ibercaja, Kutxabank y Unicaja Banco, que tienen su origen en el proceso de bancarización de las cajas de ahorros. De ellas, CaixaBank y Unicaja Banco cotizan en bolsa.

jurídico. Sus órganos de gobierno son la Asamblea General, el consejo de administración y la comisión de control, ejerciendo las CCAA a través de sus órganos de supervisión ejercen un control sobre las mismas[277].

Las Cooperativas de Crédito son entidades de crédito que se regulan por la Ley 13/1989, de 26 de mayo de cooperativas de crédito y por su Reglamento aprobado mediante Real Decreto 84/1993, de 22 de enero. Su objeto social es servir a las necesidades financieras de sus socios y de terceros mediante el ejercicio de actividades propias de las Entidades de Crédito. Son entidades jurídico-privadas, y tienen doble naturaleza, la de entidades de Crédito y la de cooperativas, y por consiguiente además de por su normativa específica de las entidades de crédito, se regulan por la legislación de cooperativas, estatal o autonómica en atención al ámbito de actuación de la cooperativa de crédito[278]. Las Cooperativas de Crédito, al igual que el resto de las entidades de Crédito podrán realizar toda clase de operaciones activas, pasivas y de servicios propias de las Entidades de Crédito. En cualquier caso, el conjunto de las operaciones activas con terceros de una Cooperativa de Crédito no podrá alcanzar el 50% de los recursos totales de la Entidad. Las Cooperativas de Crédito pueden ser de tres tipos, Cajas Rurales, que son las que desarrollan su actividad principalmente en el medio rural, Cajas profesionales y Cajas Laborales. Las Cooperativas de Crédito disponen de dos fondos obligatorios, el Fondo de Reserva Obligatorio (FRO) al que se destina por la Asamblea General al menos un 20% del excedente disponible del ejercicio y el Fondo de Educación y Promoción o Fondo de Formación y Promoción Cooperativo (FEP o FFPC), al que se destinan al menos un 10% del excedente disponible, quedando el resto a disposición de la Asamblea General para su distribución, sin perjuicio que ambos porcentajes puedan ser elevados de conformidad con los estatutos de cada Cooperativa de Crédito.

II. 3. 2. Las sociedades de garantía recíproca

Sin tener la consideración de entidades de crédito, sin embargo, son entidades financieras las sociedades de garantía recíproca[279], que se regulan por la Ley 1/1994, de

[277] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen II…, op. cit.,* p. 256.
[278] FONT DE MORA SAINZ, P. y CONDE RODRÍGUEZ, C.: "Las cooperativas de crédito y la Constitución Española", *CIRIEC- España, revista de economía pública, social y cooperativa*, núm. 47, 2003, pp. 105 y ss.
[279] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I…, op. cit., p.* 712: Las SGR tienen la consideración de entidades financieras y, al menos, las cuatro quintas partes de sus socios estarán integradas por PYMES, pudiendo los socios ser, o bien partícipes que son aquellos a cuyo favor se pueden prestas garantías por la SGR, o socios protectores que no tienen derecho a obtener las garantías de la

11 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de las SGR y desarrollada reglamentariamente por el RD 2.345/1996, de 8 de noviembre. Su naturaleza jurídica es la propia de las sociedades mercantiles de base mutualista, rigiéndose por los mencionados principios de ayuda mutua entre los socios, capital variable y puerta abierta o libre salida de sus socios[280]. El objeto social de las SGR consiste en el otorgamiento de garantías financieras personales a sus socios, o bien por medio de aval o por cualquier otro medio admitido en derecho distinto del seguro de caución, para que aquellos puedan realizar las operaciones dentro del giro o tráfico de las empresas de que sean titulares, y con el objeto exclusivo de favorecer la actividad de dichos socios. Adicionalmente, podrán prestar servicios de asistencia y asesoramiento financiero a sus socios y, una vez cubiertas las reservas y provisiones legalmente obligatorias para ellas, pueden participar en sociedades o asociaciones cuyo objeto sea actividades dirigidas a pequeñas y medianas empresas, pero en ningún caso podrán otorgar créditos a sus socios[281].

II. 3. 3. Las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva.

Las SGIIC, son entidades financieras, que se encuentran reguladas por la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de SGIIC, pueden tener la modalidad de SA o SRL, y se deben inscribir en el RM. Su objeto social consiste en la gestión de las inversiones, el control y la gestión de riesgos, la administración, representación y gestión de las suscripciones y reembolsos de los fondos y las sociedades de inversión. La denominación Las SGIIC podrán ser autorizadas para realizar las siguientes actividades: a) Gestión discrecional e individualizada de carteras de inversiones, incluidas las pertenecientes a fondos de pensiones, en virtud de un mandato otorgado por los inversores o persona legalmente autorizada, siempre que tales carteras incluyan uno o varios de los instrumentos previstos en el artículo 2 del texto refundido de la LMV. b) Administración, representación, gestión y comercialización de entidades de capital riesgo, de Entidades

sociedad, pudiendo ser éstos con o sin finalidad lucrativa estando entre los últimos las Administraciones Públicas (Estado, CCAA o Entidades locales), organismos autónomos de éstas, empresas nacionales y sociedades mercantiles en cuyo capital participen cualquiera de éstos mayoritariamente.

[280] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I..., op. cit.,* p. 710.

[281] Las SGR tienen capital variable, lo que significa que pueden aumentar o disminuir el mismo sin necesidad de que conste en escritura pública y modificando sus estatutos sociales, dividido en participaciones sociales, y sin que los socios deban responder personalmente de las deudas sociales. En cuanto a su fundación se rige por normas análogas a las previstas en la LSC para las SA, con la especialidad de que al tener carácter de entidad financiera deberá obtener con carácter previo al inicio de su actividad, la autorización del Ministerio de Economía y Competitividad e inscribirse tanto en el RM como en el Registro especial dependiente del BdE. Igualmente, las SGR dispondrán de un fondo de provisiones técnicas destinado a reforzar la solvencia de la sociedad.

de Inversión Colectiva Cerradas, de FCRE, FESE y FILPE, y otros vehículos de inversión colectiva regulados por la normativa de la UE en los términos establecidos por la Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de SGIIC.

También podrán ser autorizadas, además, para realizar las siguientes actividades complementarias, siempre que están autorizadas para la gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión: a) Asesoramiento sobre inversiones en uno o varios de los instrumentos previstos en el artículo 2 del texto refundido de la LMV. b) Custodia y administración de las participaciones de los fondos de inversión y, en su caso, de las acciones de las sociedades de inversión de los FCRE, FESE y FILPE y otros vehículos de inversión colectiva regulados por la normativa de la UE y c) La recepción y transmisión de órdenes de clientes en relación con uno o varios instrumentos financieros. d) Las sociedades gestoras podrán comercializar acciones o participaciones de IIC. Esta actividad adicional podrá realizarse directamente o mediante agentes o apoderados, así como mediante entidades autorizadas para la prestación de servicios de inversión.

Estas entidades son susceptibles de ser sujetos de los delitos societarios, y en especial del delito del art. 294 CP en cuanto que se encuentran bajo la supervisión de la CNMV. Así ninguna persona o entidad podrá, sin haber obtenido la preceptiva autorización y sin hallarse inscrita en los registros de la CNMV desarrollar las actividades legalmente reservadas a las SGIIC, ni utilizar su denominación bajo la correspondiente sanción administrativa consistente en multas coercitivas por importe de hasta 300.000 euros, que podrán ser reiteradas con ocasión de posteriores requerimientos, siendo competente para la formulación de los requerimientos y para la imposición de las multas la CNMV, que también podrá hacer advertencias públicas respecto de la existencia de esta conducta. Los requerimientos se formularán previa audiencia de la persona o entidad interesada y las multas se impondrán con arreglo al procedimiento previsto en esta ley, todo ello sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso de orden penal, que puedan ser exigibles.

II. 4. Las fundaciones

Las fundaciones están expresamente mencionadas por el art. 297 CP, por lo que no cabe dudas que pueden ser sujetos pasivos de los delitos societarios, y marco en el que se

puedan cometer las conductas delictivas societarias[282]. Pero es necesario que la fundación participe en el mercado para que pueda ser sujeto pasivo de los delitos societarios, tal y como tiene dicho la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1879/2001 de 18 de octubre, "ya que justificada que ha sido la no participación en el mercado de la Fundación (art. 297 CP) falta el elemento sustancial o presupuesto necesario, para que pueda cometerse cualquier delito societario"[283].

El derecho de constituir Fundaciones se regula en el art. 34 de la CE, precepto que ha sido desarrollado a nivel estatal por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones y por el Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal, si bien las CCAA han asumido competencia legislativa en materia de fundaciones. Las fundaciones se definen como aquellas organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de alguno de los fines de interés general previstos en el art. 3.1 LF, rigiéndose por la voluntad del fundador, por sus estatutos y, la legislación de fundaciones. Las fundaciones pueden realizar actividades empresariales constituyéndose en ese momento en empresario, o bien directamente, siempre que su objeto esté relacionado con los fines fundacionales, o sean complementaras o accesorias de las mismas, o bien mediante sociedades mercantiles, siempre que los socios de éstas no respondan personalmente de las deudas sociales (art.

[282] En este sentido STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 245/2007 de 16 marzo, RJ 2007\3268 sobre la posible comisión de un delito del art. 293 CP consistente en la negación de información a los patronos de una Fundación. FD Sexto: "Es decir, con independencia de que se comparta o no el criterio de la sentencia de instancia acerca de la no inclusión de la Fundación entre las entidades que equipara el art. 297 CP a las sociedades aludidas por el art. 293 CP , y de la existencia o no de la correspondiente condición de socio en el ahora recurrente, del factum no resulta que se viera impedido respecto del ejercicio del derecho de información que como Patrono le correspondía para el debido cumplimiento de sus funciones (art. 12 y ss.)".

[283] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1879/2001 de 18 de octubre, RJ\2001\9606. En este mismo sentido siguiendo la Sentencia anteriormente citada se manifiesta la SAP de Madrid (Sección 23ª) núm. 122/2005 de 5 de diciembre, JUR\2006\56980. FD 2º que niega que una Fundación que no tiene una participación en el mercado pueda quedar dentro del concepto de sociedad del art. 297 del CP. Y en el mismo sentido RIVES SEVA, A.P.: "Los delitos societarios. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España", 2014. Consultado el 24 de septiembre de 2024 a través de https://derechopenalonline.com/los-delitos-societarios-analisis-de-la-jurisprudencia-del-tribunal-supremo-de-espana/: "En la jurisprudencia la STS 1879/2001, de 18 de octubre, confirmó la absolución decretada por la Audiencia porque la Fundación no se constituyó ni su actividad jamás se desarrolló con vistas a proyectarse en el mercado (artículo 297), por lo que justificada que ha sido la no participación en el mercado de la Fundación falta el elemento sustancial o presupuesto necesario para que pueda cometerse cualquier delito societario. De igual modo la STS 245/2007, de 16 de marzo, que se remite a la fundamentación del fallo absolutorio de la Audiencia basado en desconocerse cuál era el objeto de la fundación y si ésta actuaba en el mercado; "hecho que debió ser probado por las acusaciones al ser claramente un requisito del tipo, ya que los delitos societarios están pensados para entidades con ánimo de lucro en los que se discuten los intereses económicos de sus socios, y se protegen de las malas prácticas de los administradores o gestores del capital".

24.3. LF). En ambos casos deberá ajustar su contabilidad a las disposiciones del Cco., ya que, de no tener esos fines empresariales, se adaptarán al modelo de contabilidad previsto para las entidades no lucrativas[284]. Como hemos adelantado, las fundaciones tendrán carácter estatal o la autonómica en atención al ámbito de actuación con la que se constituya la fundación, de forma que quedarán sujetas a la LF aquellas fundaciones que desarrollen su actividad en todo el territorio del Estado español o principalmente en el territorio de más de una CCAA, y a las leyes de fundaciones de las CCAA aquellas que realicen su actividad exclusivamente en el ámbito de una CCAA. En este doble marco competencial, actualmente han legislado en materia de fundaciones trece de las diecisiete CCAA: Andalucía, Aragón, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cataluña, Madrid, Navarra, Comunitat Valenciana, Galicia, Islas Baleares y la Rioja[285]. Las fundaciones que desarrollen principalmente su actividad dentro del territorio nacional deberán estar domiciliadas en España, teniendo su domicilio estatutario en el lugar donde se encuentre la sede de su patronato, o bien en el lugar en que desarrollen principalmente sus actividades y se podrán constituir por personas físicas y personas jurídicas, pudiendo ser públicas o privadas.

Su personalidad jurídica se adquiere con la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones, sea estatal dependiente del Ministerio de Justicia, regulado por el Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, por el

[284] GALLEGO SÁNCHEZ, E. y FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: *Derecho…, op. cit.,* p. 59.

[285] Leyes autonómicas de fundaciones:

- *Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía*.
- *Ley 4/2014, de 26 de junio, de Fundaciones Bancarias de Aragón.*
- *Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones Canarias*.
- *Ley 6/2020, de 15 de julio, de Fundaciones de Cantabria*.
- *Ley 9/2019, de 13 de diciembre, de Mecenazgo Cultural de Castilla-La Mancha.*
- *Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León*.
- *Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del protectorado de las fundaciones y de verificación de la actividad. de las asociaciones declaradas de utilidad pública de Cataluña.*
- *Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid*.
- *Ley Foral 13/2021, de 30 de junio, de Fundaciones de Navarra*.
- *Ley Foral 2/2014, de 17 de febrero, por la que se regulan los órganos rectores de determinadas fundaciones de Navarra.*
- *Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana*.
- *Ley 20/2018, de 25 de julio, del mecenazgo cultural, científico y deportivo no profesional en la Comunitat Valenciana.*
- *Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de fundaciones de interés gallego*.
- *Ley 3/2015, de 23 de marzo, por la que se regula el consumo cultural y el mecenazgo cultural, científico y de desarrollo tecnológico, y se establecen medidas tributarias de las Islas Baleares.*
- *Ley 1 Ley 9/2016, de 2 de junio, de Fundaciones del País Vasco /2007, de 12 de febrero, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja*.

que se aprueba el Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal, o autonómico, según el ámbito de actuación de la fundación. Sólo aquellas que se encuentren debidamente inscritas podrán utilizar la denominación de "Fundación", que deberá aparecer necesariamente junto con la denominación de la fundación, en la que no podrán incluirse términos o expresiones que resulten contrarios a las leyes o que puedan vulnerar los derechos fundamentales de las personas. Una de las especialidades en la constitución es que podrá constituirse por actos "*inter vivos*" mediante escritura pública o "*mortis causa*", que se realizará testamentariamente, cumpliéndose en el testamento. El patrimonio de la fundación está formado por todos los bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valoración económica que integren la dotación fundacional, así como por aquellos que adquiera la fundación con posterioridad a su constitución, se afecten o no a la dotación. La dotación fundacional, que podrá consistir en bienes y derechos de cualquier clase, ha de ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales, presumiéndose suficiente la dotación cuyo valor económico alcance los 30.000 euros, de forma que si la dotación fuera de inferior valor, el fundador deberá justificar su adecuación y suficiencia a los fines fundacionales mediante la presentación del primer programa de actuación, junto con un estudio económico que acredite su viabilidad utilizando exclusivamente dichos recursos. Forma parte también de la dotación los bienes y derechos de contenido patrimonial que durante la existencia de la fundación se aporten en tal concepto por el fundador o por terceras personas, o que se afecten por el Patronato, con carácter permanente, a los fines fundacionales. La fundación deberá figurar como titular de todos los bienes y derechos integrantes de su patrimonio, que deberán constar en su inventario anual, necesitando para la enajenación, onerosa o gratuita, así como el gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación, o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, la previa autorización del Protectorado, que se concederá si existe justa causa debidamente acreditada. Las fundaciones tienen su propia norma fiscal que regula su régimen fiscal, la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo y normas especiales en materia contable, reguladas por el Real Decreto 1491/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y el modelo de plan de actuación de las entidades sin fines lucrativos.

El órgano de gobierno y representación de las fundaciones es el Patronato al que corresponde cumplir los fines fundacionales y administrar con diligencia los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, manteniendo el rendimiento y utilidad de estos y adoptando los acuerdos por la mayoría de sus miembros en los términos estatutariamente previstos. Mientras que el órgano al que corresponde velar por el por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones es el Protectorado, órgano administrativo que podrá ser estatal en cuyo caso será ejercido por la Administración General del Estado o autonómico dependiente de cada una de las CCAA, ejerciendo sus funciones sobre las fundaciones estatales o autonómicas según los casos, con las funciones que aparecen descritas en el art. 35.1 LF y en concreto el velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales, de acuerdo con la voluntad del fundador, y teniendo en cuenta la consecución del interés general y verificar si los recursos económicos de la fundación han sido aplicados a los fines fundacionales pudiendo solicitar del Patronato la información que a tal efecto resulte necesaria, previo informe pericial realizado en las condiciones que reglamentariamente se determine. Cuando el Protectorado encuentre indicios racionales de ilicitud penal en la actividad de una fundación, dictará resolución motivada, dando traslado de toda la documentación al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente, comunicando esta circunstancia a la fundación interesada.

II. 5. Las asociaciones

Junto con las sociedades, sean civiles y mercantiles, el art. 35 CC establece que son también personas jurídicas las asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley. El derecho de asociación está reconocido por el art. 22 de la CE como un derecho fundamental de todos los españoles, habiendo sido desarrollado este artículo por la LODA, y por las leyes autonómicas de asociaciones, que se aplican con preferencia a la primera, sobre aquellas asociaciones de ámbito autonómico y salvo los preceptos declarados orgánicos por la LODA[286], a las que quedan sometidas todas las asociaciones que no tengan fin de lucro y que no estén sometidas a un régimen asociativo específico y tiene un doble vertiente, el derecho de asociación activo y negativo[287]. A diferencia de las

[286] GALLEGO SÁNCHEZ, E. y FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: *Derecho…, op. cit.,* p. 58.

[287] *Derecho de asociación activo*: Todas las personas, físicas o jurídicas, tienen derecho a asociarse libremente para la consecución de fines lícitos y comprende la libertad de asociarse o crear asociaciones, sin necesidad de autorización previa, siendo su organización interna y funcionamiento democrático, con pleno respeto al pluralismo y sin que puedan perseguir fines o utilicen medios tipificados como delito a las

fundaciones que sí se mencionan en el art. 297 CP, las asociaciones no se mencionan expresamente, si bien en cuanto las asociaciones tienen personalidad jurídica propia y para el cumplimiento de sus fines participa de modo permanente en el mercado, en mi opinión, son susceptibles de ser consideradas sujetos pasivos de los delitos societarios[288]. En tal sentido las asociaciones deportivas que no se transformaron en SA, la copropiedad de buques, la asociación entre factor y principal y los supuestos de los partidos políticos o sindicatos, sí deben quedar incluidos dentro del concepto penal de sociedad del art. 297 CP a los efectos de los delitos societarios.

En cuanto a su constitución se realiza mediante acuerdo de tres o más personas físicas o jurídicas legalmente constituidas, que se comprometen a poner en común conocimientos, medios y actividades para conseguir unas finalidades lícitas, comunes, de interés general o particular. Tienen domicilio en España, las asociaciones que desarrollen actividades principalmente dentro de su territorio, sin perjuicio de ello, las asociaciones extranjeras podrán ejercer actividades en España, de forma estable o duradera, siempre que dispongan de una delegación en territorio español. En el acuerdo de constitución, que incluirá la aprobación de los estatutos, habrá de formalizarse mediante acta fundacional, en documento público o privado, adquiriendo en ese momento la asociación su personalidad jurídica y la plena capacidad de obrar, sin perjuicio de la obligación tal y como exigen el art. 22 CE, de su inscripción en el Registro Nacional o Autonómico de Asociaciones, tanto el acta fundacional como los estatutos de la asociación y los actos propios de ésta como son los miembros de la junta directiva, poderes, denominación, domicilio etc. Siendo los mismos requisitos para la constitución de federaciones, confederaciones y uniones de asociaciones. Pero la inscripción no es constitutiva, ya que lo es a los solos efectos de publicidad en garantía, tanto para los terceros que con ellas se relacionan, como para sus propios miembros, de forma que sin perjuicio de la responsabilidad de la propia asociación, los promotores de asociaciones no inscritas responden personal y solidariamente, de las obligaciones contraídas con terceros, respondiendo los asociados solidariamente por las obligaciones contraídas por cualquiera de ellos frente a terceros, siempre que hubieran manifestado actuar en nombre de la

que declara expresamente como ilegales, prohibiendo las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar en cuyo caso serán disueltas o suspendidas en sus actividad en virtud de resolución judicial motivada en los términos previstos en el art. 22 de la CE. *Derecho de asociación negativo:* Ninguna persona física o jurídica, puede ser obligada a constituir una asociación, a integrarse en ella o a permanecer en su seno, ni a declarar su pertenencia a una asociación legalmente constituida.

[288] RÍOS CORBACHO, J.M.: "Delitos …", en ACALE SÁNCHEZ, M. (Coordinación): *Lecciones..., op. cit.*, p. 139.

asociación. Las asociaciones pueden realizar actividades empresariales y obtener ganancias, siempre que las destinen a los fines de la asociación (art. 13.2. LODA), sin que en ningún caso puedan inscribirse en el RM con base en el principio de "*numerus clausus*" en relación con los sujetos inscribibles (art. 16 Cco.), pero cuando desarrolle actividades empresariales su contabilidad deberá sujetarse a la contabilidad que para los empresarios prevé el Cco[289].

II. 6. La cláusula final del art. 297 del C.P.: *Cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado*

Con la cláusula final del art. 297 del CP "*o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado*", el legislador reconoce que la enumeración de sociedades que aparece en el citado precepto es ejemplificativa o un *númerus apertus* y que pueden existir en consecuencia otras entidades con personalidad jurídica que, junto con las mencionadas en el mismo, también deben quedar incluidas a efectos penales en el art. 297 del CP. Para ello deberemos acudir a una labor interpretativa, para determinar si una entidad debe o no quedar incluida en el concepto penal de sociedad, y por tanto ser susceptible de ser sujeto pasivo de los delitos societarios contenido en los tipos de los arts. 290 a 294 CP y marco en el que se puedan cometer los mismos. Dos son los requisitos que en esta cláusula aparecen y debemos analizar desde el punto de vista práctico para ver si una Entidad debe quedar incluida dentro del concepto penal de sociedad a los efectos del capítulo de los delitos societarios. Por una parte, el de "entidad que participa de modo permanente en el mercado" y de otra parte "otras entidades de análoga naturaleza". Este carácter de participación permanente en el mercado resulta esencial para dar unidad a la regulación de los delitos societarios, configurar el bien jurídico protegido y a su vez justifica la inclusión en el Título XIII de la denominación de orden socioeconómico junto con de delitos contra el patrimonio[290].

[289] GALLEGO SÁNCHEZ, E. y FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: *Derecho…, op. cit.,* p. 59.
[290] MESTRE DELGADO, E. "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico: XVIII. Los delitos societarios" en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.): *Delitos. La parte especial del Derecho penal,* 5ª ed., Madrid, Dykinson, 2020, p. 548.

II. 6. 1. Concepto de *Entidad que participa de modo permanente en el mercado*

Este concepto proviene del art. 1 de la LCD, y da lugar a generar dudas sobre si también pueden cometerse delitos societarios en aquellas sociedades que en sus estatutos tienen previsto una duración determinada. A lo que en mi opinión debe responderse de forma positiva. El concepto "de participar de modo permanente en el mercado*"* se refiere más bien a tener una estructura sólida que hace posible la comisión de alguno de los tipos penales previstos en los arts. 290 a 294 CP[291]. De esta forma, evitando una interpretación excesivamente reduccionista de sociedad, lo determinante para considerar que una sociedad mercantil o civil o una entidad de naturaleza jurídica del tipo que sea puede estar incluido dentro del concepto penal de sociedad del art. 297 del CP, se encuentra el requisito de que tengan una participación en el mercado. Adicionalmente, resulta evidente que el art. 297 del CP no lo podemos considerar una ley penal en blanco, que deba complementarse con las normas del Derecho de sociedades, sino que como afirma DEL ROSAL BLASCO, en el artículo 297 CP se contienen todos los elementos necesarios para su interpretación. De esta forma, utilizando las técnicas de remisión normativa, serán susceptibles de ser sujetos pasivos de los delitos societarios todas aquellas asociaciones o sociedades, civiles o mercantiles que escondan un objeto social *de participación de modo permanente en el mercado*[292]. El concepto de participación de modo permanente en el mercado debe entenderse de forma teleológica para evitar que queden desprotegidos intereses que jurídicamente deben quedar amparados, de forma que en la medida que resulta imposible que la protección de los bienes jurídicos amparados por los delitos societarios dependa exclusivamente de la permanencia de la participación de las sociedades en el mercado este elemento debe interpretarse de manera extremadamente cuidadosa[293]. De esta forma podrán quedar excluidas sociedades mercantiles que no participan de modo permanente en el mercado, e incluidas sociedades civiles, asociaciones que sí lo hagan[294].

Con la participación en el mercado por las entidades de análoga naturaleza parece querer el legislador referirse a que realicen una actividad mercantil, del tipo que sea,

[291] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos ..., op. cit.,* p. 41.
[292] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* p. 74.
[293] BACIGALUPO, E. (dir.): *Curso de Derecho ..., op cit*. p. 419.
[294] BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho…, op. cit.*, p. 587.

tengan o no una búsqueda de una finalidad lucrativa[295]. Además, esa actividad mercantil debe ser permanente si bien esa permanencia puede ser de forma indefinida o por tiempo limitado, tal y como hemos avanzado. Pero resulta evidente, que deben estos entes tener una estructura societaria estable y definida susceptible de poner en juego intereses como los tutelados[296]. El concepto de permanencia por tanto no debe interpretarse de forma literal o estricta, como cualidad aplicable a aquellas sociedades que están constituidas con un carácter temporalmente indefinido, sino que pueden estar constituidas por un plazo temporal más o menos dilatado[297]. En mi opinión, la "participación de modo permanente en el mercado*"* y la realización de una actividad mercantil, constituye el elemento decisorio para determinar si una entidad con personalidad jurídica propia, del tipo que sea, y patrimonio común, se incluya o no dentro del concepto penal de sociedad a efectos de los delitos societarios. De forma que con este concepto no hay obstáculo para que se puedan incluir en el concepto penal de sociedad del art. 297 del CP a las uniones temporales de empresas o a las "sociedades ocasionales" que se constituyen para la realización de actividades concretas y determinadas, aunque no faltan autores que las excluyen, sin justificación suficiente[298].

De los dos elementos que analizábamos en las sociedades mercantiles, mercantilidad y ánimo de lucro, con esta cláusula, debemos acudir al carácter objetivamente mercantil de la Entidad (actividad comercial o industrial) pero no a la finalidad lucrativa de tal participación, para que sus miembros tengan la protección penal, requiriéndose para ello la existencia de una relación contractual entre sus componentes, una finalidad común, un patrimonio diferenciado del de sus miembros y una personalidad jurídica propia, a lo que habrá que añadir una participación estable o como establece la norma "permanente" en el mercado[299].Así podrán existir sociedades mercantiles que no actúan en el mercado que

[295] FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII. …" en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios …, op. cit.*, p. 1142: "La participación en el mercado se entiende como exigencia de que la entidad desarrolle una actividad mercantil, sin que sea necesario que lo haga con ánimo de lucro". Y de la misma autora FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., pp. 1935-1936.
[296] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 2ª Edición, p. 41. Y de esta misma autora FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, p.1223.
[297] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* p. 74.
[298] GALLEGO SOLER, J.I.: "Delitos …" en CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Derecho…, op. cit.,* p. 340.
[299] LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. en DE LA MATA BARRANCO, N.J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. y NIETO MARTÍN, A.: *Derecho …, op. cit.,* p. 489.

quedaría fuera del concepto penal de sociedad del art. 297 del CP y aquellas otras sociedades civiles y asociaciones y fundaciones que al tener objeto mercantil, sí se encuentran dentro del concepto penal de sociedad por actuar en el mercado[300]. Por tanto, el hecho determinante para ver si una persona jurídica, del tipo que sea, pueda considerarse a efectos penales sociedad y ser sujeto pasivo de un delito societario, se encuentra en el hecho de que tenga *una actividad permanente en el mercado*,

Resulta en todo caso evidente, que quedan fuera del ámbito del art. 297 del CP por no participar de modo permanente en el mercado, es decir mediante el intercambio de bienes y servicios a través de la correspondiente contraprestación, tanto las comunidades de propietarios como las sociedades civiles con objeto civil, aunque tengan personalidad jurídica propia. Para que una asociación o una sociedad civil esté incluida dentro del concepto penal de sociedad del art. 297 CP, será necesario que la entidad para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado[301]. Resulta evidente que este requisito no se produce cuando se trata de sociedades civiles con objetos civiles que no participan en el mercado (no existe el requisito de mercantilidad) como son las comunidades de propietarios, comunidades de dominio, cotos de caza[302]. Lo

GALLEGO SOLER, J.I.: "Delitos …" en CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Derecho…, op. cit.,* p. 339: En términos análogos se manifiesta este autor para quien el legislador ha optado por un concepto amplio de sociedad, siendo lo fundamental que la corporación tenga una finalidad de participación permanente en el mercado, lo cual no puede equipararse con el hecho de que una sociedad se constituya por tiempo determinado, de forma que la participación permanente se equipara a "la concurrencia de la realización de actos de comercio de modo habitual.
En el mismo sentido GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit.,* p. 241.

[300] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... p.* 37: *"*Frente a esta postura conviene puntualizar que la participación permanente en el mercado se predica exclusivamente de las entidades que no están expresamente enumeradas, esto es, de las entidades de análoga naturaleza a las mencionadas, de forma que una sociedad anónima o una fundación siempre formarán parte del ámbito subjetivo de aplicación de los delitos societarios, aunque no tengan objeto mercantil ni participen de modo permanente en el mercado, pues están expresamente citadas".

[301] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios..., op. cit.* p. 29.

[302] Auto de AP de Zamora núm. 53/2001 de 9 de abril, JUR\2001\171829: RJ 4º: **"…**Por todo ello, si bien es cierto que cualquier colectividad, agrupación de personas o asociación, que formen una unidad económica, con o sin naturaleza 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 incluida dentro del concepto penal de sociedad, no es menos cierto que examinadas la naturaleza de la asociación objeto de estudio estimamos que no reúne los requisitos necesarios para estimarla incluida dentro del concepto penal de sociedad, pues dicha asociación, que carece de ánimo de lucro y no tiene fines comerciales o industriales, no se constituyó con el fin de incorporarse al tráfico económico, ni de hecho participa activamente en el tráfico económico, desde el momento que no mantiene relaciones económicas externas, bien produciendo bienes o servicios a terceros, bien comercializando dichos bienes o servicios, sino que estamos en presencia de una agrupación de personas que se asocian para actividades deportivas (la caza) en terrenos propiedad de los propios asociados, aportando cuotas anuales para sufragar los gastos de mantenimiento y conservación del coto de caza, sin proyección exterior, aunque

determinante para que una sociedad civil pueda ser sujeto pasivo de los delitos societarios o que, en su ámbito, se produzca un delito societario, es que participe en el mercado realizando actos de comercio de forma habitual[303].

II. 6. 2. Concepto de *Otras entidades de análoga naturaleza*

Y en cuanto al segundo de los requisitos *otras entidades de análoga naturaleza*, debe entenderse como la exigencia de que la entidad goce de personalidad jurídica propia, lo que conlleva a que se excluyan del ámbito de los delitos societarios, los entes carentes de personalidad jurídica, en los términos previstos en los arts. 35 y 36 CC[304]. Este concepto parece hacer referencia no sólo a las sociedades mercantiles, como inicialmente podría parecer por su ubicación en el precepto penal, ya que va a continuación de la referencia a las mismas, sino a todas aquellas que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado, tal y como ha dicho MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, tanto por razones gramaticales como por razones teleológicas y político-criminales[305]. En consecuencia, quedarán excluidos de ser sujetos pasivos de los delitos societarios, por carecer de personalidad jurídica, los comerciantes o los empresarios individuales, las sociedades de gananciales dentro del régimen económico matrimonial y las agrupaciones deportivas sin ánimo de lucro[306]. Y en cuanto al concepto de "*mercado*", si bien el término no se encuentra adjetivado en el art. 297 del CP, sin embargo, nada se opone a que, con

---

se admitan socios previa aportación de una cuota especial…De manera tal, que acreditado que la asociación objeto de estudio no realiza actividades comerciales, industriales y no se proyecta fuera de las relaciones entre los propios socios, es obvio que ningún interés tiene el Estado y los consumidores sobre el funcionamiento de la sociedad, sino que en todo caso los únicos intereses afectados son los patrimoniales de la sociedad y de los socios".

[303] GALLEGO SOLER, J.I.: "Delitos …" en CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Derecho…, op. cit.,* p. 340. En el mismo sentido FARALDO CABANA, P.: "Rasgos comunes a todos los delitos societarios. Los artículos 296 y 297 del Código penal de 1995", en AREÁN LALÍN, M. (coord.) y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (coord.): *El nuevo código penal y los delitos societarios,* A Coruña, Fundación Caixa Galicia, 1998, p. 65: "Con la mención de las sociedades mercantiles el legislador ha querido excluir del ámbito de protección de la norma las sociedades civiles no dedicadas a la realización de actividades mercantiles".

[304] DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y POLO VEREDA, J.: *Problemas …, op. cit.*, p. 43: "Por tanto, a nuestro juicio, la personalidad jurídica debe ser la circunstancia que convierte en análogas a todas las sociedades típicas".

[305] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial ..., op. cit.,* p. 486.

[306] Auto de AP de Madrid (Sección 2ª) núm. 854/2012 de 17 de diciembre, JUR\2013\25066: *RJ 5º:"…* no puede considerarse la existencia del delito de los artículos 290 y 293 del Código Penal, puesto que no nos encontramos, como exige dicho tipo, ante una sociedad, sino ante una agrupación deportiva sin ánimo de lucro, con arreglo al propio contenido de sus Estatutos, pero no ante lo que el art 297 del Código Penal entiende por sociedad a los efectos del Capítulo XIII del CP: "una cooperativa, una Caja de Ahorros, una mutua, una entidad financiera de crédito, una fundación, una sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza", sin que a este respecto quepan interpretaciones extensivas como la que pretende la parte recurrente*".* En el mismo sentido MAGRO SERVET, V.: *Delitos socioeconómicos*, 3ª ed., Madrid, Lefebvre, 2016, p. 102.

una interpretación amplia del mismo, sea equivalente a tener alguna actividad mercantil, lo que determinará la inclusión por tanto de las comunidades de bienes en el concepto penal de sociedad, desde el momento que mantienen relaciones jurídicas con terceros[307]. Lo que sí es pacífico es la utilización del vocablo "*entidades*" lo que engloba por tanto no sólo a las sociedades, sino también a las asociaciones dotadas de personalidad jurídica propia y sujetas a las distintas leyes de asociaciones[308]. Por tanto, en este sentido, deberán incluirse en el concepto penal de sociedad del art. 297 CP, las asociaciones deportivas que no se transformaron en SA, la copropiedad de buques prevista en el art. 589 del Cco, las asociaciones entre factor y principal (art. 288 Cco.) y los supuestos de partidos políticos o sindicatos[309].

III. Supuestos dudosos de entidades a los efectos del concepto de sociedad del art. 297 CP

La definición de sociedad del art. 297 CP, puede generar dudas en relación con determinadas entidades, ya que en las mismas pueden existir ámbitos de dominio con bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal y que se corresponden con la descripción de algunos de los elementos objetivos del sujeto pasivo[310]. Como ya hemos adelantado, en la definición penal de sociedad, deja fuera determinados tipos de entes que, si bien carecen de naturaleza corporativa y de personalidad jurídica pero que sin embargo sí que pueden actuar de modo permanente continua en el mercado, generando núcleos de relaciones y de intereses similares a los de las sociedades mercantiles en el tráfico mercantil y económico. Así existen una serie de entidades que sin estar mencionadas expresamente en el art. 297 CP sin embargo podrán incluirse a los efectos del concepto penal de sociedad. En estos supuestos dudosos, la clave no se encuentra en si el colectivo tiene personalidad jurídica o si es una sociedad mercantil o civil, sino en el hecho de que la asociación o colectividad del tipo que sea, para cumplir sus fines participa de forma permanente en el mercado es decir debemos acudir al requisito de la mercantilidad[311]. En

[307] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial ...op. cit.*, p. 489.
[308] Ley Orgánica 1/2002 de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.
[309] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial ..., op. cit.*, p. 488.
[310] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios..., op. cit.,* p. 26.
[311] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* p. 76*:"*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

consecuencia, el dato fundamental y verdadero elemento definitorio a efectos penales, es que la entidad participe de modo permanente en el mercado para el cumplimiento de sus fines. De forma que, siendo cierto, que el precepto está pensado fundamentalmente para las sociedades mercantiles, sin embargo, ello no es óbice para que determinadas entidades, queden bajo el concepto de penal de sociedad del art. 297 del CP si en su objeto social se encuentra la participación permanente en el mercado[312].

III. 1. Las comunidades de bienes

Las comunidades de bienes en cuanto que carecen de personalidad jurídica propia distinta de sus componentes, no es posible diferenciar un patrimonio diferenciado societario. Ello determina que las comunidades de bienes no puedan ser sujeto pasivo de los delitos societarios o marco en el que los mismos se puedan cometer. Tal y como ha puesto de manifiesto el Auto de AP de Huelva (Sección 3ª) núm. 178/2010 de 30 de septiembre, JUR\2013\155644: *RJ 3º:*

> "en ningún caso puede extenderse la expresión "(...) entidad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza " (297 CP), a una entidad jurídica, como la comunidad de bienes, que tiene una naturaleza radicalmente distinta por no tener personalidad jurídica propia distinta de sus componentes, ni por tanto ofrecer un bien jurídico ajeno al patrimonio de sus componentes que, en cuanto patrimonio individual viene suficientemente protegido en los delitos patrimoniales tradicionales*"*[313].

En sentido contrario GARCÍA CRUCES, entiende que las comunidades de bienes independientemente de su calificación como civil o mercantil de la actividad que desarrolla, debe considerarse incluida en la relación de entidades que recoge el art. 297[314]. A mi juicio, por no tener personalidad jurídica distinta de los comuneros, y un patrimonio separado de los mismos, las comunidades de bienes no deben quedar incluidas en el

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, participen el mismo de forma activa, generando núcleos de relaciones y de intereses similares a las de la estructuras societarias formalizadas, debe de quedar incluido dentro del concepto penal de sociedad. Por ello, las comunidades de bienes, las cuentas en participación o las uniones temporales de empresas deben incluirse en el concepto penal de sociedad del art. 297*". En el mismo sentido y del mismo autor* DEL ROSAL BLASCO, B.*:* "Delitos …" en DEL ROSAL BLASCO, B. (coordinador) Y OTROS: *Derecho …, op. cit.*, p. 263.

[312] VALLE MUÑIZ, J.M., QUINTERO OLIVARES G. y MORALES PRATS, F.: "De los delitos …" en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios …, op. cit.,* p. 1022: "El derecho penal procede así de nuevo a mostrar su necesaria autonomía con respecto a otras ramas del ordenamiento jurídico. En este sentido debe ser entendido e interpreto el precepto. Esto es, no estamos ante una ley penal en blanco que requiera su complemento en la normativa societaria*"*.

[313] Auto de AP de Huelva (Sección 3ª) núm. 178/2010 de 30 de septiembre, JUR\2013\155644: *RJ 3º.*

[314] GARCÍA-CRUCES, J.A.: "El concepto…", *op. cit.* Y en el mismo sentido RÍOS CORBACHO, J.M.: "Delitos …", en ACALE SÁNCHEZ, M. (Coordinación): *Lecciones..., op. cit.*, pp. 138-139.

concepto penal de sociedad del art. 297 CP, ni ser sujeto pasivo de los delitos societarios ni en consecuencia en su seno no podrán cometerse estos delitos de forma que los delitos que en las mismas se cometan serán perseguibles mediante los tipos penales de los delitos patrimoniales, pero no de los delitos societarios.

III. 2. Las comunidades de propietarios

Las comunidades de propietarios, en cuanto que tampoco tienen personalidad jurídica propia, tampoco son susceptibles de ser consideradas sujeto pasivo de los delitos societario ni marco en el que los mismos se desarrollen, tal y como ha puesto de manifiesto la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 655/2014 de 15 de octubre, RJ\2014\5079: FD 3º:

> "... Obviamente ninguna comunidad de propietarios o usuarios --como es el caso-- tiene por misión participar de modo permanente en el mercado, como se dice expresamente en el art. 297 CP. En el art. 297 del Código penal da una definición legal de qué ha de entenderse por sociedad a los efectos del delito de administración desleal, y se nos dice en dicho art. que por sociedad debe entenderse: "....Toda Cooperativa, Caja de Ahorros, Mutua, entidad financiera 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...".Es obvio que una comunidad de propietarios --o de usuarios de un aparcamiento, como es el caso-- no se encuentra incluida en dicha definición legal"[315].

Y siguiendo la doctrina anterior, el Auto de AP de Madrid (Sección 23ª) núm. 53/2013 de 7 de noviembre, JUR\2013\70969: RJ 2º: establece*:*

> "Nos fijaremos en uno primero que se refiere a la legitimación, y que esta Sala comparte con el Juzgado de Instrucción cuando afirma que una comunidad de propietarios, que no tiene personalidad jurídica, no pude ser sujeto pasivo de un delito societario pues el artículo 297 del Código Penal al definir qué se entiende por sociedad a los fines del Capítulo dedicado a los delitos societarios, fija y determina con exactitud quienes tienen esa legitimación, y desde luego no se encuentra la comunidad de propietarios"[316].

---

[315] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 655/2014 de 15 de octubre, RJ\2014\5079: FD 3º.

[316]Auto de AP de Madrid (Sección 23ª) núm. 53/2013 de 7 de noviembre, JUR\2013\70969: RJ 2º.
Y en el mismo sentido y refiriéndose a un delito de administración desleal del anterior art. 295 CP, el Auto de AP de Murcia (Sección 5ª) núm. 261/2009 de 30 de noviembre, JUR\2010\43514: *RJ 2º:"*El origen del dinero y el propio sujeto pasivo del presunto delito, la comunidad de propietarios, impide que pueda hablarse en modo alguno de administración desleal, pues el artículo 295 CP se integra dentro de los llamados delitos societarios y las sociedades a las que se refiere dicho tipo están descritas en el artículo 297 CP, tratándose en todo caso de sociedades mercantiles y no incluyéndose las comunidades de propietarios que, por otro lado, ni siquiera tienen personalidad jurídica. Por ello es imposible entender la posible

III. 3. Las juntas de compensación

Las Juntas de compensación en cuanto que le falta el requisito de participar permanentemente en el mercado, no se puede considerar sociedad a efectos del art. 297 CP. En este sentido el Auto de AP de La Rioja (Sección 1ª) núm. 186/2005 de 23 de septiembre, JUR\2005\223791: RJ 3º: establece:

> *"* En el artículo 297 del Código Penal se contiene una definición auténtica de lo que se entiende por sociedad a los efectos de tales artículos, y aun cuando se valore o interprete extensivamente el término sociedad o entidad de análoga naturaleza, no puede subsumirse el supuesto enjuiciado dentro del precepto de referencia, ya que, en todo caso, faltaría el fin de participación de modo permanente en el mercado, es decir, la concurrencia de la realización de actos de comercio de modo habitual, como nota imprescindible, para entender que la sociedad o entidad reúne las notas imprescindibles exigidas en el repetido artículo 297, de modo que aun cuando en el precepto se hable de cualquier otra entidad de análoga naturaleza, resulta necesario e imprescindible que se cumpla la condición de que para el cumplimiento de los fines participe de modo permanente en el mercado……el concepto y naturaleza de la Junta de Compensación y los fines de la misma, en relación con la exposición planteada en la demanda, no puede apreciarse en el presente supuesto que concurra el fin que se exige en el precepto indicado de participación de forma permanente en el mercado para el logro de sus objetivos"[317].

III. 4. Las sociedades civiles

En principio, las sociedades civiles reguladas por el CC quedan fuera del concepto penal de sociedad, por carecer del carácter de mercantilidad. Pero, las dudas se generan en relación con las sociedades civiles por su objeto, pero mercantiles por su forma, previstas en el art. 1670 del CC. En este caso será de aplicación las disposiciones del Cco. para la forma elegida, en cuanto no se opongan a las normas de *ius cogens* del CC, que se aplicarán siempre y cuando tengan carácter imperativo, ya que el precepto se remite a las normas mercantiles siempre que no se opongan a las previstas en el propio CC. Y

---

comisión de un delito de administración desleal al faltar los elementos básicos de dicho tipo tanto en relación al sujeto pasivo (no se puede incluir en el artículo 297 CP) como en el sujeto activo, pues el presidente de una comunidad no es su administrador sino su legal representante".

[317] Auto de AP de La Rioja (Sección 1ª) núm. 186/2005 de 23 de septiembre, JUR\2005\223791: *RJ 3º.*
En el mismo sentido Auto de AP de Córdoba (Sección 3ª) núm. 78/2004 de 1 de junio, JUR\2004\52949: RJ 3º:" …. como sujeto pasivo, el art. 290 impone que lo sea una "sociedad constituida o en formación", previendo al efecto el 297 que, a efectos de los mencionados delitos, se ha de entender por sociedad: las Cooperativas, las Cajas de Ahorros, las Mutuas, las Entidades Financieras o de Crédito, las Fundaciones, las Sociedades Mercantiles, o cualesquiera otras entidades análogas que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado, características todas ellas que no convienen a las denominadas Juntas de Compensación".

quedando excluidas las normas civiles de carácter dispositivo, como consecuencia de la voluntad de los intervinientes que han constituido la sociedad civil bajo un tipo de sociedad mercantil[318]. Así en estas sociedades civiles por su objeto y mercantiles por su forma, se produce la ruptura de la conexión entre la mercantilidad objetiva consistente en el sometimiento del contrato de sociedad a las normas del Cco., y subjetiva en cuanto al requisito de tener la condición de empresario, ya que resulta evidente que las sociedades civiles por su objeto no pueden adquirir la condición de empresario, al no ejercer el comercio o al actividad empresarial propio de ésta, tal y como es definida por el art. 1 Cco. Sólo de esta manera se entiende el último inciso del art. 1670 CC cuando establece que en tal caso les serán aplicables sus disposiciones en cuanto no se opongan a las del presente Código[319]. Al tener la sociedad naturaleza civil, aunque adopten la forma mercantil, no les es de aplicación el estatuto del comerciante, ni están sometidas al deber de contabilidad, y su inscripción en el RM es voluntaria, dando lugar en caso de inscribirse a una sociedad civil con publicidad registral mercantil[320].

En mi opinión las sociedades civiles por su objeto y mercantiles por su forma deben quedar excluidas del concepto penal de sociedad previsto en el art. 297 CP, ya que ni son sociedades mercantiles, ni este precepto menciona a las sociedades civiles, pero sobre todo porque les falta el objeto de la mercantilidad o la actividad económica que van a desarrollar, por lo que no pueden quedar incluidas en el requisito de que para el cumplimiento de sus fines (que en este caso es civil y no mercantil) actúen de forma permanentemente en el mercado[321]. Distintas de las anteriores son las sociedades con forma civil, pero con objeto mercantil, que no son compatibles con el tráfico mercantil, sin perjuicio que su existencia se prevé en el art. 7.1.a) de la LIS[322]. Si bien no faltan autores que consideran que éstas deberán asimilarse a una sociedad mercantil colectiva[323]. Estas sociedades civiles que tengan objeto mercantil sí que deberán quedan incluidas dentro del concepto penal de sociedad previsto en el art. 297 CP por cumplir con el

[318] GARCÍA-CRUCES, J.A.: *Derecho de Sociedades Mercantiles..., op. cit.*, p. 33.
[319] GALLEGO SÁNCHEZ, E. y FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: *Derecho…, op. cit.,* p. 342.
[320] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción …, Volumen I, op. cit.*, p. 806.
[321] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.*, pp. 43-44: Para este autor las sociedades que teniendo objeto civil adopten la forma de SA o de SRL al ser sociedades de capital sí deben incluirse en el concepto de sociedad del art. 297 CP. Distinto serán las sociedades civiles que adopten la forma de sociedad personalista (colectiva o comanditaria simple) ya que en estos casos al estar ausente el requisito de su participación permanente en el mercado deben quedar excluidas a los efectos de la aplicación de los delitos societarios.
[322] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I…, op. cit.,* pp. 311-313.
[323] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción …, Volumen I, op. cit.*, p. 807.

requisito de que para cumplir sus fines actúa de forma permanentemente en el mercado[324]. De forma aclaratoria, la SAP de Madrid (Sección 29ª) núm. 118/2012 de 12 de diciembre, JUR\2013\28808. FD 4º establece:

> "…El art 297 no excluye sin más a las sociedades civiles, aunque también es cierto que no las incluye expresamente en el ámbito de los delitos societarios. El citado precepto no debe interpretarse extensivamente, pero, no obstante, lo anterior, tampoco puede desconocerse que, a los efectos del Capítulo XIII, también tienen la consideración de sociedad cualquier entidad de naturaleza análoga a las sociedades mercantiles que, para el cumplimiento de sus fines, participen de modo permanente en el mercado. Tal analogía, prevista expresamente por el legislador, no puede predicarse sin más en relación con todas las sociedades civiles, pero algunas de ellas sí que pueden quedar comprendidas en esta cláusula final del artículo 297…cuando es mercantil el objeto social de la sociedad civil, los socios incluso pasan a ser responsablemente solidarios, en cumplimiento del art. 120 Cco., pese a haberse refugiado en la forma de una sociedad civil". [325].

III. 5. Las uniones temporales de empresa

Las UTE, reguladas por la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial regional, carecen de personalidad jurídica propia[326] y se definen como el sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro concreto, dentro o fuera de España, pudiendo también desarrollar o ejecutar obra y servicios complementarios y accesorios del objeto principal. Su duración será idéntica a la de la obra, servicio o suministro que constituya su objeto, siendo su duración máxima de 25 años, salvo que se trate de contratos que comprendan la ejecución de obras y explotación de servicios públicos, en cuyo caso, la duración máxima será de 50 años. Como afirman BROSETA y MARTÍNEZ SANZ, se trata de una unión para fortalecer, asegurar o hacer posible una actividad o empresa concreta, siendo muy frecuente en el sector de la

[324] GARCÍA-CRUCES, J.A.: "El concepto…", *op. cit.*
[325] SAP de Madrid (Sección 29ª) núm. 118/2012 de 12 de diciembre, JUR\2013\28808. FD 4º.
[326] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I..., op. cit.,* p. 664: "Resulta muy discutida su naturaleza jurídica, materia enturbiada por la contradicción de la Ley: así, por ejemplo, si bien niega expresamente a la UTE personalidad jurídica (art. 7), y la escritura pública no se inscribe en el RM (sino en uno de carácter administrativo que se lleva en el Ministerio de Hacienda), sin embargo, la UTE funciona en el tráfico bajo una denominación común, por lo que se aproxima a una sociedad (además, externa). Sin embargo, a nuestro juicio la ausencia de personalidad jurídica por expresa voluntad del legislador dificulta su consideración como tal sociedad*"*.

contratación con la Administración Pública, en especial de las obras públicas[327], que se formalizarán en escritura pública, que expresará el nombre, apellidos, razón social de los otorgantes, su nacionalidad y su domicilio; la voluntad de los otorgantes de constituir la Unión y los estatutos o pactos que han de regir el funcionamiento de la UTE. Su domicilio fiscal, situado en territorio nacional que será el propio de la persona física o jurídica que lleve la gerencia común[328]. La falta de personalidad jurídica de las UTE y sobre todo su falta de participación de modo permanente en el mercado, hacen que en mi opinión las UTE deban quedar excluidas del concepto penal de sociedad a los efectos de los delitos societarios. En este mismo sentido la SAP de Valladolid (Sección 4ª) núm. 407/2012 de 27 de septiembre, FD 4º afirma:

> "Lo relevante para entender que no nos hallamos ante un delito societario es la naturaleza de la UTE, ex art. 297 del Código Penal. Este artículo exige, a cooperativas, Cajas de Ahorro, mutuas, entidades financieras de crédito, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que, para el cumplimiento de sus fines, participen de modo permanente en el mercado. La UTE, en todo caso, pertenecería a las "entidades análoga naturaleza", pero esto no es así, porque, conforme a lo dispuesto en la ley 26 de mayo de 1982, reguladora de las Uniones Temporales de Empresa, no están dotadas de personalidad jurídica. Pero no solo eso, sino que, a tales entidades, tiene que, para el cumplimiento de sus fines, participar de modo permanente en el mercado. Esta participación exige que se desarrolle una actividad mercantil, aunque sea sin ánimo de lucro, y con actividad permanente, si tales entidades están dotadas de una estructura societaria estable y definida, susceptible de poner en juego los intereses tutelados, de modo que debe realizar acta de comercio de modo habitual. Se excluyen, por tanto, los entes carentes de personalidad, como la UTE, que no tiene una estructura estable y definida, como una comunidad de bienes, o la sociedad de gananciales. No cabe atribuir a UTE la personalidad y la permanencia en el tiempo que requiere el tipo procesal del art. 295del Código Penal "[329].

[327] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Idem*, pp. 663-664.

[328] Las Empresas miembros de la UTE podrán ser personas físicas o jurídicas residentes en España o en el extranjero de forma que los rendimientos empresariales de las personas naturales que formen parte de una UTE se determinarán en régimen de estimación directa a efectos de su gravamen en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Las Empresas que constituyen la UTE tienen una responsabilidad frente a terceros por los actos y operaciones en beneficio del común, que será en todo caso solidaria e ilimitada para sus miembros. Puede existir o no aportaciones al fondo operativo común por las Empresas que constituyen la UTE, en cuyo caso habrá que determinar la proporción o método para determinar la participación de las distintas Empresas miembros en la distribución de los resultados o, en su caso, en los ingresos o gastos de la Unión, así como los modos de financiar o sufragar las actividades comunes y el criterio temporal de imputación de resultados o, en su caso, de ingresos o gastos.

[329] SAP de Valladolid (Sección 4ª) núm. 407/2012 de 27 de septiembre, JUR\2012\393782: FD 4º.

III. 6. Las Agrupaciones de Interés Económico

Reguladas por la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico, su objeto es facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad de sus socios, sin que tengan ánimo de lucro para sí misma, limitándose su objeto exclusivamente a una actividad económica auxiliar de la que desarrollen sus socios y sin que la AIE pueda poseer directa o indirectamente participaciones en sociedades que sean miembros suyos, ni dirigir o controlar directa o indirectamente las actividades de sus socios o de terceros. Las A.I.E. sólo podrán constituirse por personas físicas o jurídicas que desempeñen actividades empresariales, agrícolas o artesanales, por entidades no lucrativas dedicadas a la investigación y por quienes ejerzan profesiones liberales. La A.I.E. deberá inscribirse en el RM teniendo personalidad jurídica y carácter mercantil constituyendo una verdadera sociedad mercantil, a pesar de carecer de ánimo de lucro[330] y rigiéndose por lo dispuesto por la Ley 12/1991, de 29 de abril, de A.I.E. y, supletoriamente, por las normas de la sociedad colectiva, de forma que los socios de la A.I.E. responderán personal y solidariamente entre sí por las deudas de aquélla, siendo la responsabilidad de los socios subsidiaria de la A.IE. Los administradores responderán solidariamente con la A.I.E. por los actos y contratos que hubieran celebrado en nombre de ella antes de su inscripción. Desde este punto de vista y en cuanto que las A.I.E. tiene una naturaleza análoga a las sociedades mercantiles, para el cumplimiento de sus fines y participa de modo permanente en el mercado, tendrá la consideración penal de sociedad a los efectos de los delitos societarios.

III. 7. Las sociedades internas, ocultas y ficticias

Debemos mencionar dos modalidades de sociedades que tienen carácter excepcional: las "sociedades internas", cuya única manifestación en el derecho mercantil español son las cuentas en participación y las "sociedades ocultas". El art. 239 Cco. regula la sociedad de cuentas en participación, siendo una fórmula asociativa entre empresarios, ya sean individuales o sociales, que da lugar a que uno de ellos (el partícipe) participe en el negocio de otro (gestor), quedando ambos a resultas del éxito o fracaso del último. En las cuentas en participación, existe una voluntad de los socios de no participar en el tráfico jurídico mercantil, excluyendo con ello su relevancia *ad extra* y carecen de personalidad

[330]BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I…, op. cit.,* p. 662: *"*Pese a ciertas vacilaciones doctrinales, se trata, a nuestro juicio, de verdaderas sociedades mercantiles, a pesar de carecer de ánimo de lucro, como lo pone de relieve el hecho de que supletoriamente se aplique el régimen de la sociedad colectiva*"*.

jurídica, siendo mercantiles y sujetas al Cco. siempre que se constituya entre comerciantes, ya que en caso contrario se regirá por las normas de la sociedad civil. Existiendo libertad de forma en la constitución de estas y estableciéndose la más amplia libertad para establecer las condiciones de la relación entre partícipe y gestor. En cuanto a la esfera interna está basado en la obligación de aportación del partícipe, pero sin que se cree un patrimonio común entre el partícipe y el gestor, estando este último obligado a gestionar el negocio con la diligencia de un buen comerciante y a rendir cuentas de su gestión y a liquidar al partícipe en proporción a lo convenido al cierre. Mientras que en la esfera externa no se crea un ente jurídico con personalidad, por lo que no trasciende a las relaciones con tercero[331]. Para DEL ROSAL BLASCO, las cuentas en participación deben quedar incluidas en el concepto penal de sociedad a los efectos del art. 297 CP[332], no obstante, en mi opinión deben quedar excluidas por no tener personalidad jurídica propia ni tampoco tener una finalidad de participar de modo permanente en el mercado, ya que, en caso contrario, la voluntad de las partes habría sido darle publicidad en la esfera externa, creando una sociedad mercantil[333].

Por otra parte, las "sociedades ocultas" son aquellas que no se publicitan en el tráfico mercantil[334], estando previstas en el art. 1669 CC, cuyos pactos se mantienen secretos entre los socios y en los que cada uno de éstos contratan con terceros, al no tener personalidad jurídica y regirse por las normas propias de las comunidades de bienes, y no manifestarse hacia el exterior como verdaderas sociedades, no tienen tampoco cabida dentro del concepto de sociedad del art. 297 del CP[335]. Y la misma conclusión debe predicarse de las "sociedades ficticias*"*, como aquellas que teniendo todos los requisitos formales y estando correctamente constituidas, sin embargo, carecen de patrimonio que las respalde. Y con las "sociedades fachada*"*, como aquellas utilizadas con el objeto de disimular la actuación de un comerciante individual para evitar responder con su propio patrimonio, de forma que se trata de sociedades aparentes sin que realmente lo sean, ya que a diferencia de las ocultas actúan a través de la persona jurídica cuando realmente quién está actuando es una persona física mediante la apariencia de la entidad societaria,

[331] PAZ-ARES, C.: "Las sociedades …" en MENÉNDEZ. A. y ROJO, A.: *Lecciones …, op. cit.,* 358
[332] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* p. 73.
[333] RÍOS CORBACHO, J.M.: "Delitos …", en ACALE SÁNCHEZ, M. (Coordinación): *Lecciones..., op. cit.*, p. 139: "no cabe ubicar en el mismo aspecto a las cuentas en participación ya que no poseen una formulación jurídica con razón social determinada y no parece que puedan ser ubicadas en el ámbito de mercado".
[334] GALLEGO SÁNCHEZ, E. y FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: *Derecho…, op. cit.,* p. 356.
[335] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios..., op. cit.,* p. 35.

y en la que no existen socios reales ni sociedad que pueda verse perjudicada, por lo que en consecuencia no cabe incluir a estas sociedades fachadas dentro del concepto de sociedad del art. 297 CP[336], y estando ante verdaderos supuestos de levantamiento del velo. No obstante, no faltan algunos autores que consideran que sí deben quedar incluidas dentro del concepto de sociedad del art. 297 del CP[337], tesis esta última que no compartimos, ya que el autor será la persona física que se encuentra detrás, y sin que los administradores de hecho o de derecho de la sociedad fachada pueda ser considerada autores de los delitos societarios, sin perjuicio que puedan actuar a título de partícipes o en su caso colaboradores necesarios en la comisión del delito societario.

III. 8. Las sociedades en constitución, formación, de hecho, e irregulares

III. 8. 1. Requisitos para constitución de las sociedades

El Capítulo XIII del Título XIII del Libro II al regular los delitos societarios menciona expresamente en sus arts. 290, 291, 293 y 294 CP a las "sociedades constituidas o en formación*"*. Por tanto, aparece como sujeto pasivo y elemento común de los delitos societarios las sociedades "constituidas" y "en formación". En cuanto a las primeras, la LSC prevé para la válida constitución de una sociedad de capital, es necesario que conste en escritura pública autorizada por notario, o en su caso DUE para las SRL, y que se inscriba en el RM, adquiriendo desde ese momento su plena personalidad jurídica (arts. 19 y 20 LSC). En consecuencia, la constitución de las sociedades de capital tiene un carácter eminentemente formal, tal y como prevé el art. 21 LSC. No obstante, tratándose de sociedades personalistas, el contrato de sociedad mercantil tiene carácter no formal, ya que en esos casos no se sanciona con nulidad la falta de escritura pública (art. 117 Cco)[338]. Para delimitar si una sociedad está constituida o en formación, debemos acudir al examen del cumplimiento de los dos requisitos obligatorios para su constitución: escritura pública e inscripción en el RM; y adquisición de personalidad jurídica. Distinguiéndose dos momentos en la constitución de las sociedades de capital, uno primero en el que se otorga la escritura pública de constitución, en el que los bienes y derechos pasan a titularidad de la sociedad y teniendo el fundador o fundadores un derecho a las futuras acciones o participaciones de la sociedad; y un segundo momento

[336] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos…, op. cit.*, p. 44. En el mismo sentido RÍOS CORBACHO, J.M.: "Delitos …", en ACALE SÁNCHEZ, M. (Coordinación): *Lecciones..., op. cit.*, p. 139.
[337] GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit.,* p. 240.
[338] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción …, Volumen I, op. cit.*, p. 810.

en que se inscribe la sociedad y por tanto nacen las acciones y participaciones[339]. Como hemos dicho, la inscripción en el RM es constitutiva de la plena personalidad jurídica de la sociedad de capital, con las consecuencias que conlleva respecto del nacimiento del patrimonio social separado del de los socios; la emisión de las participaciones o acciones sociales; la creación de los órganos sociales y la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Pero la exigencia de la inscripción de la sociedad en el RM (art. 19.2 LSC), no puede considerarse como esencial para la existencia de la sociedad, sino simplemente un requisito necesario para su regularidad[340]. Por tanto, de cómo se encuentre la sociedad en el periodo anterior a la inscripción de la sociedad mercantil en el RM supondrán que estemos ante una sociedad en constitución, formación o incluso irregular.

III. 8. 2. La sociedad en constitución

La *sociedad en constitución* se regula en los arts. 117 a 120 Cco. y es aquella en la que existiendo la voluntad de los socios de crear la sociedad e iniciados los trámites para ello, sin embargo, todavía no se ha otorgado la escritura pública de constitución, de forma que las operaciones sociales no pueden iniciarse, ni pueden otorgarse contratos en nombre de la sociedad, ya que en ese caso responden sólo quiénes los estipulen y no la sociedad ni sus socios. No existe en ese momento todavía ni administradores ni patrimonio social. En mi opinión, la sociedad en constitución no queda dentro del concepto de penal de sociedad del art. 297 CP y por tanto los delitos que se comentan en la sociedad en constitución podrán ser delitos patrimoniales, pero en ningún caso delitos societarios.

III. 8. 3. La sociedad en formación

La *sociedad en formación* se regula en los arts. 36 a 38 LSC, y se corresponde a la situación de la sociedad, una vez que ya se ha otorgado la escritura pública de constitución ante el notario, y durante el período que transcurre entre el momento inmediatamente posterior al del otorgamiento de la escritura pública de constitución y el momento de inscripción en el RM. y se publica en el BORME (art. 35 LSC). La propia LSC se encarga de regular la responsabilidad que tienen los socios en las sociedades de formación[341]. Así

[339] VICENT CHULIÁ, F: *Idem,* p. 812.
[340] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: *Principios..., op. cit.,* p. 176.
[341] HERCE MAZA, J. I. y BERMÚDEZ MADRIGAL, J.: "Panorama actual de la responsabilidad en el ámbito societario. Configuración general", *Revista Aranzadi Doctrinal,* Año 2016, núm. 8: "En este sentido es de gran relevancia la responsabilidad en la sociedad en formación. Es decir, todos los actos y contratos que los socios fundadores hubieren celebrado en nombre de la sociedad con carácter previo a la inscripción generarán una responsabilidad solidaria, salvo que su eficacia estuviera condicionada a su inscripción y asunción de los mismos por parte de la sociedad, tal y como determina el art. 36 LSC".

se regula de forma detenida la responsabilidad de quiénes hayan actuado celebrando actos y contratos en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el RM (art. 36 LSC); de los propios administradores por los actos y contratos indispensables para la inscripción de la sociedad, así como de los socios quiénes responden personalmente hasta el límite que se hubieran obligados a aportar (art. 37 LSC) [342]. Pero la responsabilidad de unos y otros cesará una vez quede inscrita la sociedad (art. 38 LSC). Con este régimen como apunta GARCÍA DE ENTERRÍA se pretende conciliar el habitual interés de la sociedad en comenzar el ejercicio de las actividades que constituyen su objeto social de forma inmediata, con la necesidad de tutelar a los terceros que de buena fe contratan con la sociedad formación, en tanto se encuentra en proceso de fundación y no está todavía plenamente constituida[343]. La LSC ha recogido la doctrina alemana de la "*sociedad en formación*" o "*presociedad*", que intentó superar el planteamiento histórico prohibitivo del legislador, dirigido a impedir fraudes o abusos, que se remontan al Código de comercio alemán de 1861[344]. Una vez inscrita la sociedad en formación, esta adquiere su personalidad jurídica y se le aplicará el régimen propio de la SA o SRL según el tipo de sociedad de que se trate[345], quedando obligada por los actos y contratos realizados por la sociedad durante el periodo inmediatamente anterior a su inscripción. Para ello será necesario que los acepte en el plazo de tres meses de su inscripción, mediante acuerdo de su junta general o de los administradores, cesando en ese momento la responsabilidad solidaria de socios, administradores y representantes por los actos realizados durante el tiempo que la sociedad ha estado en formación, pero existiendo un obligación para los socios en el caso de que el valor del patrimonio social, sumado al importe de los gastos

[342] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción …, Volumen I, op. cit.*, p. 818: Durante el periodo en que la sociedad está en formación, responden solidariamente de los actos quiénes hubieren celebrado los mismos, sean socios o no, salvo que hubieran condicionado su eficacia a la inscripción de la sociedad y a su posterior asunción de los mismos por la sociedad, existiendo una serie de excepciones a este principio tal y como prevé el art. 37 de la LSC como son los actos y contratos indispensables para la inscripción de la sociedad en cuyo caso responde la sociedad *ex lege*, se inscriba o no la sociedad; y aquellos otros celebrados por mandatarios o por los propios administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura de constitución, ya que salvo que la escritura o los estatutos sociales dispongan otra cosa, si la fecha de comienzo de las operaciones coincide con el otorgamiento de la escritura fundacional, se entenderá que los administradores están facultados para el pleno desarrollo del objeto social y para realizar toda clase de actos y contratos. En todo caso los socios responderán personalmente hasta el límite de lo que se hubieran obligado a aportar.

[343] GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y IGLESIAS PRADA J.L.: "La constitución de las sociedades de capital" en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ, A.: *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen I*, 20ª ed., Pamplona, Civitas Thomson Reuters, 2022, p. 396.

[344] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción …, Volumen I, op. cit.*, p. 816: *"*La única diferencia que subsiste para la doctrina alemana entre la sociedad en formación y la sociedad devenida irregular es que en la primera la responsabilidad ilimitada de los socios es interna o subsidiaria a la de patrimonio social y en la segunda es directa o solidaria con la sociedad*"*.

[345] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: *Principios..., op. cit.*, p. 176.

indispensables para la inscripción de la sociedad, fuese inferior a la cifra del capital, ya que en ese caso los socios estarán obligados a cubrir la diferencia aportándolo a la sociedad, con el fin de garantizar que en el momento de la inscripción el capital de la sociedad cuente con una adecuada cobertura patrimonial[346].

Resulta evidente que la sociedad en formación sí debe quedar incluido dentro del concepto de sociedad del art. 297 del CP, es decir las sociedades que se encuentran en el periodo de constitución entre el momento del otorgamiento de la escritura pública notarial de fundación como acto de naturaleza jurídico-privada y el momento de su inscripción en el RM como acto de naturaleza jurídico-pública[347]. De esta forma, las sociedades en formación constituyen un elemento común de los delitos societarios, mencionadas expresamente en los arts. 290, 291, 293 y 294 CP. El hecho que no se mencione a las sociedades en formación en el art. 292 CP no significa que este tipo no le sea aplicable también a las sociedades en formación, sin duda justificación que se encuentra en la íntima relación que tiene el tipo del art. 292 CP con el 291 CP entre los que existe identidad de bien jurídico protegido, objeto, sujetos y penas. Como acertadamente apunta FERNÁNDEZ TERUELO, La inclusión de las sociedades en formación en los delitos societarios obedece al deseo del legislador de abarcar todas las fases de la vida de la sociedad, y que en esta fase inicial de constitución ya se puede cometer alguno de los delitos societarios previstos en el CP. No obstante, algunas de las conductas penales, por su propia naturaleza, difícilmente se puede cometer en las sociedades en formación, *v.gr.* las del art. 290 CP respecto de la falsedad de cuentas anuales, por ser necesario que haya transcurrido al menos un ejercicio para su aprobación, o la de obstrucción a la actuación de los órganos inspectores o supervisores prevista en el art. 294 CP, ya que difícilmente se producirán las actuaciones de inspección sobre sociedades en formación cuya vida en el tráfico jurídico mercantil hasta ese momento ha sido muy corta[348]. Como supuestos de responsabilidad de los fundadores durante el tiempo que la sociedad se encuentra en formación, y aparece sin duda el no hacer constar en la escritura de constitución de la sociedad la verdadera realidad de las aportaciones realizadas por los socios o la incorrecta

[346] GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y IGLESIAS PRADA J.L.: "La constitución …" en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ, A.: *Lecciones …, op. cit.,* p. 397.

[347] PÉREZ VALERO, I: *El delito..., op. cit., p.* 269: "De la sociedad en formación, lo que interesa al penalista es cuál sea el tipo de sociedad mercantil que la misma corrobora, para conocer cuál es el régimen de comunicaciones sociales por el que deba responder la misma".

[348] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.,* pp. 41-42. En el mismo sentido EIRANOVA ENCINAS, E.: *La responsabilidad…, op. cit.*, pp. 111-114: "Creemos que el legislador con la expresión "sociedad en formación" pretende abarcar todo el *íter temporal* desde el nacimiento de la sociedad hasta su desaparición, sin ninguna pretensión técnica en el término que usa".

valoración de las aportaciones dinerarias realizadas por los mismos, pudiendo existir aquí un posible concurso de delitos con el de administración desleal del art. 252 CP, aplicando el art. 290.1 o 290.2 según exista perjuicio económico o no; la inadecuada inversión de fondos destinados al pago de gastos de constitución, y la inexactitud de las declaraciones realizas en la escritura de constitución siempre que exista dolo en ello[349].

III. 8. 4. La sociedad de hecho

Faltando los requisitos de constitución, y mientras que no sea declarada judicialmente la nulidad de la sociedad, mediante el ejercicio de la acción de nulidad, estaremos ante una "sociedad de hecho*".* Esta se define como una sociedad nula que actúa en el tráfico jurídico como si no lo fuera. Será necesario que subsista la causa de nulidad ya que, si hubiera desaparecido ésta, la sociedad al dejar de ser nula y por tanto no tendrá a partir de ese momento la consideración de sociedad de hecho[350]. En cuanto a las sociedades de hecho, no deben quedar incluidas dentro del concepto de sociedades en formación, ya que si bien tienen los requisitos de constitución del art. 119 del Cco., sin embargo, incurren en un vicio de nulidad al existir un defecto sobre un elemento esencial del contrato de sociedad, y por tanto estamos ante una sociedad formada en la que existe un vicio de nulidad que tiene un carácter insubsanable. Ese vicio de nulidad es lo que determina que las sociedades de hecho queden excluidas del art. 297 del CP al ser una sociedad inexistente y por tanto no tener ni de forma analógica la consideración de una sociedad de derecho[351].

III. 9. La sociedad irregular

La "sociedad irregular*"*, es aquella en las que los socios de forma expresa o tácita manifiestan su voluntad de no inscribirla en el RM[352]. Así los socios inician la actividad económica de la sociedad sin que se inscriba la misma en el RM. La sociedad irregular adquirirá tal carácter si se prueba o verifica la voluntad clara y manifiesta de los socios de desarrollar el objeto social sin inscribir la sociedad o si transcurre el plazo de un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción en el RM. Existe en las sociedades irregulares una disociación entre publicidad registral (que no existe) y publicidad de hecho (que sí existe) de forma que el legislador da preminencia a

[349] EIRANOVA ENCINAS, E.: *Idem.,* pp. 114 y ss.
[350] GALLEGO SÁNCHEZ, E. y FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: *Derecho…, op. cit.,* pp. 350-351.
[351] GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit.,* p. 242.
[352] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: *Principios..., op. cit.,* pp. 176-177.

ésta última sobre la primera con la finalidad de tutelar los intereses de los terceros[353]. El problema en las sociedades irregulares se encuentra en determinar si tienen personalidad jurídica o no, al no estar inscritas en el RM siendo como es un requisito constitutivo en las sociedades de capital tal y como hemos visto. En mi opinión, deberá reconocérseles personalidad jurídica ya que la publicidad no tiene virtualidad para atribuir personalidad jurídica a ninguna sociedad incluidas las mercantiles ya que la personalidad jurídica dependerá de la voluntad de los socios manifestada en el contrato societario, y sin duda y más importante, como manera de evitar la declaración de nulidad de los contratos que celebre con terceros, a los que debe proteger el principio de buena fe tal y como se deduce del juego de los arts. 116 y 118 Cco.[354]. Y hay que distinguir entre la situación de las sociedades irregulares personalistas o de capital.

Tratándose de "sociedades irregulares personalistas", la inscripción en el RM es meramente declarativa según establece el art. 119 del Cco., existiendo la sociedad conforme a su tipo, aunque no se hubiera inscrito[355]. El régimen jurídico aplicable a las relaciones internas entre los socios se regulará por los pactos que en el contrato hubieran alcanzado los socios (art. 117 Cco.) de forma los socios quedan obligados a poner en común lo que se hubieran comprometido y a cumplir las condiciones y las obligaciones asumidas y entre ellas la de elevar a escritura pública y a inscribirla en el RM.[356] Mientras que en las relaciones con terceros aplica a las "sociedades irregulares personalistas*"* el art. 120 Cco. En tal sentido los encargados de la gestión social serán solidariamente responsables para con los terceros con quienes hubieran contratado en nombre de la sociedad. Este precepto debe entenderse en el sentido de que les será de aplicación en cuanto a la responsabilidad por las deudas sociales lo dispuesto en sede de sociedad colectiva[357]. Así tratándose de comunidades de bienes que desarrollan actividades empresariales, la jurisprudencia viene calificando a este supuesto de hecho como "sociedades personalistas irregulares" aplicándoles el régimen de las sociedades

[353] GALLEGO SÁNCHEZ, E. y FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: *Derecho…, op. cit.,* p. 353.
[354] PAZ-ARES, C. en MENÉNDEZ. A. y ROJO, A.: *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen I ..., op. cit.,* p. 353.
[355] GALLEGO SÁNCHEZ, E. y FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: *Derecho…, op. cit.,* p. 354: *"*De forma que se trata de sociedades que, por desarrollar una actividad mercantil, son empresarios, y están así sometidos al estatuto de estos, estén inscritas o no, y sean colectivas o comanditarias simples*"*.
[356] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen II…, op. cit.,* p. 319.
[357] GARCÍA-CRUCES, J.A.: *Derecho de Sociedades Mercantiles..., op. cit.,* p. 52

colectivas previsto en el art. 127 del Cco[358]. De igual manera serán válidos los contratos que haya estipulado la *sociedad irregular personalista* con terceros, permitiendo a los gestores exigir el cumplimiento de las obligaciones voluntariamente asumidas por aquéllos y a los terceros exigir a la sociedad y a los gestores el cumplimiento de las obligaciones sociales[359].

Y tratándose de la *sociedad irregular de capital*, la LSC realiza un pronunciamiento expreso respecto de la irregularidad societaria en sus arts. 39 y 40 LSC. La escritura pública en estos casos no es un mero título para inscribir en el RM, como ocurre en las sociedades personalistas, sino que como hemos visto anteriormente es un elemento esencial del carácter constitutivo del negocio fundacional y constituye un requisito de forma *ad solemnitatem.* Pero esta falta del requisito de inscripción no impide que la sociedad de capital no tenga personalidad jurídica y la Ley establece la plena validez de los actos y contratos que puedan celebrar con claro propósito de tutelar a los terceros que contratan con la sociedad de capital no inscrita confiando en la apariencia de irregular derivada de su actuación en el tráfico jurídico mercantil[360]. Lo que lleva a la LSC a establecer que los contratos estipulados en nombre de la *sociedad irregular de capital* son válidos y exigibles, y en tal sentido, si la sociedad ha iniciado su actividad y continúa así después del citado año, a la sociedad se aplicarán las normas de la sociedad colectiva, o en su caso las de la sociedad civil, según que el objeto social sea calificado como mercantil o civil, lo que supone un mayor grado de responsabilidad de los socios por las deudas sociales, de forma que responden de las deudas sociales con todo su patrimonio, personal e ilimitadamente, de forma solidaria entre sí y de forma subsidiaria respecto del

[358] STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 662/2020 de 10 de diciembre, RJ\2020\4881: FD 2º:"6.- Este carácter de sociedad mercantil irregular y la remisión de su régimen jurídico al propio de las sociedades colectivas en sus relaciones externas, ya fue acogida por la sentencia de 20 de febrero de 1988 con cita expresa de la de 21 de junio de 1983: "ya esta Sala en Sentencia de 21 de junio de 1983 admitió la existencia de sociedad irregular mercantil concertada en documento privado y aun de forma verbal, siempre que su objeto sea mercantil, remitiendo como legislación aplicable a tal tipo de sociedades a las colectivas, con aplicación de la normativa específica del Código de Comercio, tal como establece también la Resolución de la DGRN de 28 de junio 1985 (RJ 1985, 3501)…" 8.- Una vez reconducido el régimen jurídico aplicable en estos casos al propio de las sociedades colectivas, como modalidad de sociedad mercantil personalista, resultan de aplicación las previsiones del art. 127 Ccom, conforme al cual "todos los socios que formen la compañía colectiva, sean o no gestores de la misma, estarán obligados personal y solidariamente, con todos sus bienes, a las resultas de las operaciones que se hagan a nombre y por cuenta de la compañía, bajo la firma de ésta y por persona autorizada para usarla".
En el mismo sentido la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 469/2020 de 16 de septiembre, RJ\2020\3294.

[359] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil. Volumen II ... op. cit.* p. 320 BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I…, op. cit.*

[360] GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y IGLESIAS PRADA J.L.: "La constitución …" en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ, A.: *Lecciones …, op. cit.,* p. 397.

patrimonio social[361]. Lo anterior no significa que las sociedades irregulares de capital, ya sean SA o SRL, se transformen de forma automática en una sociedad colectiva o en una sociedad civil, sino que queda sometido *ex lege* a las normas de aquellas sociedades, lo que explica que pueda inscribirse posteriormente sin más trámite, como acto de gestión y no como una segunda transformación.[362] Y como establece el art. 40 LSC en caso de que la sociedad de capital devengue irregular, cualquier socio pueda solicitar la disolución de la sociedad ante el juez de lo mercantil del lugar del domicilio social de la sociedad y exigir, previa liquidación del patrimonio social, la cuota correspondiente, que se satisfará, siempre que sea posible, con la restitución de sus aportaciones.

Existe un sector doctrinal que excluye del concepto penal de sociedad del art. 297 CP a las sociedades irregulares. Y lo fundamentan en que la legislación mercantil distingue claramente entre las sociedades constituidas o en formación y las sociedades irregulares y que el CP menciona explícitamente la sociedad en formación y silencia en cambio, la sociedad irregular[363]. No obstante, no me convence esta posición, ya que las sociedades irregulares, son por definición sociedades mercantiles que actúan en el tráfico jurídico. Así deberemos distinguir dos posibles situaciones. La primera será si las sociedades irregulares tienen un objeto civil, en cuyo caso se aplicarán las normas de la sociedad civil y en consecuencia no se incluirán dentro de sociedad a efectos del art. 297 del CP. Y la segunda, será el caso que la sociedad irregular tenga un objeto social mercantil, en cuyo caso estamos ante una verdadera sociedad mercantil (a las que sí menciona el art. 297 CP) y en consecuencia procede aplicar a las mismas las normas de la sociedad colectiva, supone que tienen personalidad jurídica propia, y en consecuencia sí debe entenderse comprendida dentro del concepto de sociedad del art. 297 del CP[364]. Acertadamente afirma MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, que la sociedad irregular deberá ser incluida en el concepto jurídico-penal de sociedad del ar. 297 del CP, "y que esta conclusión se basa en una exegesis que resulta perfectamente permitida tanta desde la

[361] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción …, Volumen I, op. cit.*, p. 822.
[362] GALLEGO SÁNCHEZ, E. y FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: *Derecho…, op. cit.,* p. 355.
[363] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial ..., op. cit.*, p. 490: *"*Las opiniones se hayan divididas. Un sector doctrinal (G. DE ENTERRÍA; SUAREZ PE y con dudas, VALLE, PE) se ha manifestado a favor de una interpretación restrictiva de la noción de sociedad en formación, acorde con su significado jurídico-mercantil, a saber, como comprensivo del período del proceso fundacional o de constitución de la sociedad, desde la constitución de la sociedad en escritura pública hasta la inscripción en el RM*".*
[364] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios...op. cit.*, p. 34. De esta misma autora FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, p.1226. Y FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., pp. 1936-1937.

perspectiva de la interpretación gramatical y la que a todas luces resulta preferible desde el prisma teleológico", lo que lleva a incluir a la sociedad irregular dentro del concepto de sociedad en formación, ya que no sólo el CP no prohíbe la inclusión de la sociedad irregular, sino también porque la sociedad irregular es, en oposición a la sociedad constituida, una sociedad en formación[365].

En mi opinión, incluyendo a las sociedades irregulares con objeto mercantil, y por tanto que participan de modo permanente en el mercado, dentro del concepto penal de sociedad del art. 297 del CP, se está evitando una laguna de punibilidad respecto de aquellos que amparándose en que la sociedad no está debidamente constituida puedan cometer alguno de los delitos societarios previstos en los arts. 290 a 294 del CP eludiendo su responsabilidad por los comportamientos realizados[366]. Parece que resulta más que evidente que las conductas delictivas que puedan cometerse en las sociedades irregulares deben quedar abarcadas por el concepto penal de sociedad del art. 297 CP, ya que estas sociedades siempre que ejerzan una actividad mercantil son sin duda sociedades mercantil, y por tanto estarán bajo este concepto, que sí menciona expresamente el art. 297 CP[367].

III. 10. Las sociedades en disolución o liquidación

En las *sociedades en disolución*, es decir, aquellas en las que existe un acuerdo de disolución y se encuentran en proceso de liquidación, existen una serie de actos, tanto formales como son los de nombramiento de liquidadores, publicación de su nombramiento en el BORME, como aquellos otros de realización de los balances de disolución y liquidación. La sociedad durante dicho periodo tiene existencia propia y en consecuencia puede ser objeto de que en su seno de cometan delitos societarios[368]. En

[365] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial ..., op. cit.,* p. 491. En este mismo sentido MAGRO SERVET, V.: *Delitos …, op. cit.,* p. 102. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M: *Los Delitos …, op. cit.,* p. 54. Y BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho…, op. cit.*, p. 587.

[366] GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit.,* p. 241.

[367] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.*, p. 43.
En el mismo sentido GARCÍA-CRUCES, J.A.: "El concepto…", *op. cit.*: "La sociedad irregular es aquélla que ha cerrado su proceso fundacional mostrando una voluntad rebelde respecto de las exigencias legales, la cual se ha concretado en la falta de inscripción registral, circunstancia esta que no impide que tal entidad actúe en el tráfico manifestándose a los terceros mediante la publicidad de hecho. Por lo tanto, desde este punto de vista parece que habrá que concluir subsumiendo esta sociedad en la cláusula de cierre del art. 297".

[368] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios..., op. cit.,* p. 34.

consecuencia, entiendo que las sociedades disolución o liquidación sí que tienen la consideración de sociedades penales a los efectos del art. 297 CP[369].

[369] CUGAT MAURI, M., en CÓRDOBA RODA, J. (dir.) y GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *Comentarios…*, *op. cit.*, p. 1086: "En segundo lugar, las Sociedades en liquidación a las que no se menciona expresamente en los correspondientes tipos deben considerarse incluidas, pues no dejan de ser Sociedades constituidas que conservan su personalidad jurídica (art. 264 LSA), en cuyo seno *pueden cometerse los presentes delitos*".

CAPÍTULO III: CONDUCTAS Y OBJETO MATERIAL DE LOS DELITOS SOCIETARIOS

I. Introducción

El examen de las conductas y el objeto material de los delitos societarios y la determinación de sus elementos comunes, necesariamente nos remite al estudio de las normas extrapenales. Para ello debemos acudir a las técnicas de remisión normativa que de forma expresa realizan los propios tipos penales societarios. En especial, para la integración de los tipos penales societarios habrá que acudir a la legislación mercantil, y en concreto la normativa aplicable a las sociedades de capital (SA y SRL), por ser éstas las principales sociedades en el tráfico jurídico mercantil español, que tiene sus principales fuentes en la LSC, el Cco. y el RRM. Y ello sin perjuicio de hacer extensible su contenido de forma analógica al resto de modalidades societarias y de personas jurídicas previstas en el art. 297 CP, así como a la normativa administrativa de entidades sujetas a inspección o supervisión administrativa tal y como prevé el art. 294 CP. Adicionalmente, estas remisiones normativas en el ámbito de los delitos societarios, deberán interpretarse siempre de conformidad con el principio de intervención mínima y de *ultima ratio* de aplicación del derecho penal, de forma que sólo acudamos a éste, en aquellos supuestos conflictivos societarios más graves, o cuando no puedan solventarse los problemas entre socios o éstos con la sociedad de acuerdo con la normativa jurídico-privada. Por consiguiente, resultará necesario delimitar si los delitos societarios constituyen leyes penales en blanco de conformidad con la doctrina del TC, o si estamos ante remisiones normativas a leyes extrapenales que deberán cumplir con los requisitos que establece el TC para que las remisiones normativas en materia penal superen el control de constitucionalidad.

Y para delimitar el objeto de los delitos societarios, previamente se hace necesario analizar la conducta propia de cada uno de estos delitos, ya que será ésta la que determinará el objeto de cada uno de ellos. En el delito del art. 290 CP, siendo la conducta la de falsear las cuentas anuales y documentos con relevancia jurídica y económica para la entidad, esto nos llevará a examinar las cuentas anuales desde la perspectiva de la normativa contable de la UE y del derecho español. Y en cuanto que en los arts. 291 y 292 CP la conducta se encuentra en la adopción de acuerdos sociales, ya sean acuerdos abusivos en perjuicio de la minoría o lesivos adoptados por medios fraudulento, deberemos examinar desde la perspectiva mercantil los acuerdos sociales como objeto de

estos delitos, tanto los adoptados por la junta general como en el consejo de administración. Y siendo la conducta del art. 293 CP el negar o impedir el ejercicio de derechos políticos y económicos societarios cuando no esté amparado por las leyes, determina que es sea el delito societario en el que más claramente debemos acudir a la normativa extrapenal para analizar el alcance de los tres derechos que se mencionan en el tipo. Y finalmente, en relación con el delito del art. 294 CP, la conducta consistente en negar o impedir el ejercicio de las funciones por los órganos inspectores o supervisores de las entidades sujetas a supervisión, nos lleva directamente para determinar su objeto a la normativa administrativa sectorial aplicable a las entidades supervisadas. El presente Capítulo terminará con el estudio individualizado del resultado material de los delitos societarios y su imputación objetiva, con especial mención al perjuicio económico en atención a la naturaleza jurídica básicamente patrimonial que tienen los delitos societarios.

II. Los delitos societarios y las técnicas de remisión normativa

II. 1. Las leyes penales en blanco y las técnicas de remisión normativa

Las técnicas de remisión normativas en el Derecho penal constituyen referencias que incorporan los tipos penales y que, de forma explícita o implícita, requieren acudir a otras normas para completar su significado, constituyendo una alternativa técnica a la descripción fija y exhaustiva de los tipos penales, y especialmente en los aspectos que configuran la conducta[370]. Dentro de las técnicas de remisión normativa, se encuentra como la más frecuente utilizadas por el legislador, las leyes penales en blanco (en terminología de BINDING), cuya legitimidad está a su vez íntimamente unida al principio de legalidad como manifestación de la reserva de ley en materia penal. En tal sentido, ORTS BERENGUER y GONZALEZ CUSSAC definen las leyes en blanco:

[370] DOVAL PAÍS, A.: "Remisiones normativas (Leyes penales en blanco)" en BOIX REIG, J. (dir.) y LLORIA GARCÍA P. (coord.): Diccionario de Derecho Penal Económico, 2ª ed. Madrid, Iustel, 2017, pp. 957-958: "Se trata de un instrumento de técnica legislativa indicado para satisfacer necesidades de regulación de determinadas materias (vinculadas a la protección de bienes jurídicos muy formalizados, por lo general, relativos a sectores caracterizados por la intervención administrativa), como de previsión de ilícitos penales que se refirieren a ciertas activades que son muy inestables (las que están sometidas a frecuentes cambios; a menudo, imposibles de prever en el momento de la formulación de la ley penal). En estos últimos casos, las remisiones aportan a la ley penal una mayor adaptabilidad a nuevas necesidades, transformaciones y cambios, porque mientas las nuevas circunstancias pueden ser perfectamente atendidas por la normativa extrapenal, la ley penal se mantiene intacta (pese a haber cambiado, sin embargo, su alcance). A todo ello se ha de añadir, por último, la implicación del texto legislativo que el uso de las remisiones normativas siempre comporta".

> "… como aquellas que contienen la consecuencia, pero no todo el presupuesto, que ha de completarse por medio de otras normas, mientras que en sentido estricto serán aquellas, cuyo presupuesto se encuentra en una o varias normas contenidas en una o más disposición de rango inferior a la ley"[371].

Siendo la finalidad de las leyes penales en blanco, evitar la redacción de preceptos excesivamente amplios, que en la mayoría de los casos tienen una vigencia temporal corta, en atención a las propias materias a las que son objeto de remisión, muchas de ellas, propias de un derecho altamente cambiante, como es el derecho administrativo, derecho laboral y de la SS, derecho tributario, y en menor medida el derecho mercantil, así como al devenir de las necesidades y evolución en cada momento de la sociedad[372].

En consonancia con el concepto anterior de ley penal en blanco, caben dos posibles acepciones al mismo, uno *estricto*, en virtud del cual la ley penal remitirá a normas de rango inferior a la ley, ya sean reglamentos o disposiciones administrativas distintos de las disposiciones generales. Y por otra parte otra acepción más *amplia*, en virtud de la cual la norma extrapenal debe tener el rango de ley, aunque resulta cierto que, dentro de las distintas categorías de leyes, a las normas penales está reservada la de ley orgánica, de forma que la remisión a las normas con rango de ley ordinaria conllevará la misma problemática que la mencionada a disposiciones administrativas de rango inferior a la ley[373]. Lo que es evidente, es que las leyes penales en blanco entrañan un serio peligro para el principio de legalidad y de reserva de ley en materia sancionadora, ya que la concreción del presupuesto se realizará por disposiciones no sólo de rango inferior al de ley orgánica sino al propio de ley ordinaria[374]. Las remisiones normativas penales pueden ser igualmente *totales o parciales,* siendo las primeras aquellas en la que existe una absoluta ausencia de concreción en el tipo penal, limitándose la norma penal a establecer la sanción y remitiendo el resto de la determinación de la esfera punible a una instancia

[371] ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: Compendio de Derecho Penal. Parte General. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 9ª Edición, p. 109.
[372] MIR PUIG, S.: *Derecho*…, op. cit., p. 72: En términos análogos se manifiesta MIR PUIG que define las leyes penales en blanco como aquellas que se refieren a ciertos preceptos penales principales, que excepcionalmente, no expresan completamente los elementos específicos del supuesto de hecho de la norma secundaria, sino que remiten a otro u otros preceptos o autoridades para que completen la determinación de aquellos elementos.
[373] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 6ª Edición, pp. 314-316: Esta distinción sirve a su vez para poder diferenciar entre leyes penales en blanco "propias" e "impropias", dentro de las primeras estarían las remisiones a las leyes orgánicas y a las leyes ordinarias.
[374] ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: Compendio de Derecho Penal. Parte General. ..., op. *cit., p.* 110.

diferente, que si fuera a norma de rango inferior a la ley genera verdaderos problemas de vulneración del principio de reserva de ley en materia sancionadora. E igualmente pueden ser *expresa*s *y concluyentes o tácitas*, cuando la norma penal fija con claridad la remisión a otra norma extrapenal para la determinación de los elementos de la descripción típica, siendo concluyente o tácita cuando la remisión no resulta explícita, sino que se realiza a través de la introducción de un elemento de contenido valorativo-jurídico en el tipo.

Es importante resaltar que las leyes penales en blanco y aquellas otras que contengan remisiones extrapenales, una vez integradas con sus leyes o normas complementarias, deben tratarse como leyes enteramente penales en su conjunto, de forma que las leyes extrapenales a las que remite la ley penal deben considerarse materia penal y merecen el mismo tratamiento que los demás elementos integrantes de la ley penal, ya que forman parte del conjunto de presupuestos de los que depende la pena[375]. Pero las leyes penales en blanco no es la única técnica de remisión normativa, ya que el legislador utiliza también como técnicas de remisión normativa como son *los elementos normativos jurídicos* y las *cláusulas de autorización*[376]. Las leyes penales en blanco se diferencian de los *elementos normativos jurídicos*, en que en las primeras existe una remisión a la normativa extrapenal, siendo en ésta donde se determina el elemento típico, mientas que en los elementos normativas jurídicos del tipo, sólo hay una remisión "interpretativa" a la normativa extrapenal para fijar el contenido del elemento típico que se contiene en la propia ley penal. Sin embargo, ambos conceptos parecen coincidentes, siempre que los elementos normativos jurídicos remitan a auténticas proposiciones prescriptivas extrapenales con la única condición de que los elementos no impliquen una valoración definitiva sobre la antijuridicidad penal global del hecho[377].

Y en cuanto a las *cláusulas de autorización* éstas suponen remisiones que realizan las normas penales a actos administrativos. Por lo que estamos en la remisión a dichas normas administrativas ante un elemento normativo jurídico del tipo, que hacen que éste sea parcialmente en blanco convirtiendo el hecho en atípico, salvo que la autorización sea nula de pleno derecho[378]. Estas cláusulas de autorización, tal y como afirma MARTÍNEZ-

[375] DOVAL PAÍS, A.: "Remisiones…" en BOIX REIG, J. (dir.) y LLORIA GARCÍA P. (coord.): *Diccionario…, op. cit*., p. 961.
[376] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General. ..., *op. cit., p*. 312.
[377] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Idem*, pp. 320-321.
[378] SILVA SÁNCHEZ, J-Mª: *Derecho penal de la Empresa,* 2ª ed. Montevideo-Buenos Aires, Bdef, 2016, pp. 59-60: "Las leyes penales en blanco del Derecho penal económico pueden remitir a normas

BUJÁN PÉREZ, si bien son admitidas por la doctrina penal sin embargo cabe su posible inconstitucionalidad al ser la remisión a actos administrativos que no a normas, aunque fueran de rango inferior a la ley, como son los reglamentos, generando por consiguiente claras situaciones de desigualdad y de inseguridad jurídica y que incluso pueden generar dudas ya que esa actuación administrativa no garantiza en modo alguno la aplicación del principio de lesividad del bien jurídico protegido como justificación de la aplicación de la norma penal[379]. Especial importancia tienen las remisiones normativas en el ámbito del Derecho penal económico, lo que le lleva a TERRADILLOS BASOCO a decir, que ante el riesgo que el ordenamiento jurídico español corra el riesgo de sufrir la indeterminación en el ámbito sancionador por leyes excesivamente abiertas a demasiados elementos de integración extrapenal o actos administrativos concretos al no poder prescindir de técnicas de integración normativa en relación al modelo económico legal e institucional, tanto la doctrina como la jurisprudencia ha puesto de manifiesto la admisión de la remisión a reglamentos que es compatible con el principio de legalidad siempre que el legislador tome la decisión incriminatoria básica y la remisión del precepto penal a la norma de complemento sea expresa y esté justificada en atención al bien jurídico protegido. Es decir que la norma penal se reserve el núcleo esencial de lo prohibido[380].

II. 2. La doctrina del TC sobre las remisiones normativas en el Derecho penal

El Tribunal Constitucional se ha manifestado en reiterada jurisprudencia sobre la legitimidad de las remisiones de los tipos penales a normas extrapenales, así como sobre el alcance de las leyes penales en blanco, en cuanto que pueden constituir una excepción tanto al principio de reserva de ley en materia sancionadora previsto en el art. 25.1 CE, como al principio de seguridad jurídica regulado en el art. 9.3 CE. El TC considera que para que la remisión de las leyes penales a leyes extrapenales sea constitucional requerirá del cumplimiento de tres requisitos: en primer lugar, que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en atención al bien jurídico protegido por la norma penal. En segundo lugar, que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición.

administrativas (accesoriedad de acto). Especialmente problemáticos resultan los casos de accesoriedad de acto, ya que se trata de una accesoriedad directa de acto (por remisión de la propia ley penal a un acto administrativo) o de accesoriedad indirecta de acto (por remisión de la ley penal a normas administrativas que, a su vez, remiten a otras normas que, finalmente, acaban remiendo a actos administrativos en virtud de las correspondientes remisiones en cadena)".

[379] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C: Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General. ..., *op. cit.*, pp. 324-327.

[380] TERRADILLOS BASOCO, J. M.: "Sistema penal y empresa", en TERRADILLOS BASOCO, J. M. (coord.) y ACALE SÁNCHEZ, M. (coord.): *Nuevas tendencias en derecho penal económico.* Cádiz, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2008, pp. 13 a 37.

Y en tercer lugar que sea satisfecha la exigencia de certeza o, lo que en expresión constitucional ya normalizada es lo mismo a que

> «la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada»[381].

De conformidad con los requisitos anteriormente expuesto, el TC tiene dicho en doctrina reiterada, que para fijar la constitucionalidad o no de la remisión normativas realizada por la ley penal a la normativa extrapenal resulta necesario que los tipos penales cumplan las siguientes condiciones: en primer lugar, que el mandato del art. 25.1. de la CE requiere que la cobertura de la potestad sancionadora por la administración venga en norma de rango legal en la que queden suficientemente determinados los elementos de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer. Así el art. 25.1 CE prohíbe la remisión al reglamento que haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley (STC 83/1984, de 24 de julio (RTC 1984, 83), pero no impide la colaboración reglamentaria en la normativa sancionadora[382].

---

[381] STC (Pleno) núm. 101/2012 de 8 mayo RTC\2012\101: FJ 3: "…No obstante, como también está dicho en esa misma doctrina constitucional, la reserva de Ley en materia penal no impide la existencia de las denominadas «Leyes penales en blanco», esto es, como sucede en el presente caso, según luego se insistirá, normas penales incompletas que no describen agotadoramente la correspondiente conducta o su consecuencia jurídico-penal, sino que se remiten para su integración a otras normas distintas, que pueden ser incluso de carácter reglamentario. Ahora bien, para que esa remisión a normas extrapenales sea admisible constitucionalmente debe cumplir en todo caso los siguientes requisitos: a) que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; b) que la Ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición; y c), sea satisfecha la exigencia de certeza o, lo que en expresión constitucional ya normalizada es lo mismo: que «la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada» (STC 127/1990, de 5 de julio [RTC 1990, 127] , F. 3) …".
En el mismo sentido la STC (Pleno) núm. 34/2005 de 17 febrero RTC\2005\34: FJ 3.

[382] STC (Pleno) núm. 13/2021 de 28 enero RTC\2021\13: FJ 9º: "… Estas sentencias, por entender que no se vulneraba la vertiente formal del principio de legalidad sancionadora ex art. 25.1 CE, desestimaron sendas cuestiones de inconstitucionalidad contra el art. 9 del Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana; el art. 91 b) 1 de la Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre energía nuclear, y los apartados 2 y 10 del art. 16 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del impuesto sobre sociedades). Los motivos de la desestimación en estos casos fueron que el precepto legal cuestionado acotaba de un modo muy preciso el ámbito de actividad dentro del que se tenía que producir la conducta infractora y que ese sector material estaba afectado por las notas de diversidad y complejidad que convertían en insuprimible la colaboración reglamentaria. No se trata de una doctrina constitucional vacilante sino de un entendimiento constante del alcance de la reserva de ley en materia sancionadora impuesta por el art. 25.1 CE cuya aplicación arroja uno u otro resultado, según las circunstancias de la norma legal que en cada uno de los procesos constitucionales referidos era objeto de consideración …".

En segundo lugar, la reserva de ley prevista en el art. 25.1 CE, requiere de una garantía material y formal. La *garantía material* supone que el legislador no puede establecer formulaciones abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que su efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador. Y por otra parte existe un deber por el legislador de configurar las leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones, de forma que la norma sancionadora permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa. Mientras que la *garantía formal* exige que la ley penal deba contener la determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica y al reglamento solo puede corresponder, en su caso, el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos por la ley. De este modo, se vulnerará el art. 25.1 CE cuando la remisión de la ley al reglamento se hace sin una previa determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica. En tal sentido, la norma penal puede contener remisiones a normas reglamentarias, siempre que en aquella queden suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica, en el sentido que solo sean infracciones las acciones u omisiones subsumibles en la norma con rango de ley y se fije igualmente la naturaleza y límites de las sanciones a imponer[383].

Y finalmente el principio de legalidad penal garantiza "el estricto sometimiento del Juez a la Ley penal", vedando todo margen de arbitrio o de discrecionalidad: los jueces, en la integración de un tipo penal, no tienen la capacidad de elegir en un momento dado lo que es más conveniente para la defensa del bien jurídico protegido, so pretexto de una eventual impunidad de la conducta realizada, debiendo limitarse su intervención a constatar de forma cognitiva la concurrencia o no de la situación prevista por la norma remitida, para posteriormente proceder a ponderarla desde la estricta óptica penal, de acuerdo a los parámetros constitucionales[384].

[383] STC (Pleno) núm. 160/2019 de 12 diciembre RTC\2019\160: FJ 2: En el mismo sentido SSTC, 13/2013, de 28 de enero (RTC 2013, 13), FJ 2; 34/2013, de 14 de febrero (RTC 2013, 34), FJ 19; 218/2013, de 19 de diciembre (RTC 2013, 218), FJ 4, y 199/2014, de 15 de diciembre (RTC 2014, 199), FJ 3.

[384] STC núm. 57/2010 de 4 octubre RTC\2010\57: FJ. 4: "... pues el principio de legalidad penal garantiza «el estricto sometimiento del Juez a la Ley penal, vedando todo margen de arbitrio o de discrecionalidad» (SSTC 133/1987, de 21 de julio [RTC 1987, 133], F. 5; y 283/2006, de 9 de octubre [RTC 2006, 283], F. 6; y también ATC 68/1996, de 25 de marzo [RTC 1996, 68 AUTO], F. 6). En efecto, el Juez penal, en la integración de un tipo penal en blanco como es el delito de defraudación contra la Hacienda Pública, no

II. 3. El principio de intervención mínima en los delitos societarios

Íntimamente unido a las técnicas de remisión normativa en el ámbito del Derecho penal, se encuentra el principio de intervención mínima, cuando existen medios para solucionar los conflictos jurídicos sin necesidad de acudir al Derecho penal. Así por la mayoría de la doctrina, LASCURAÍN SÁNCHEZ como principal exponente, se ha criticado la regulación en el CP de los delitos societarios, por entender que existe una falta del principio de proporcionalidad de la intervención del derecho penal, tanto por la insuficiente lesividad de las conductas tipificadas, como por la falta de necesidad del recurso a la pena al existir otros mecanismos de protección que otorga el ordenamiento jurídico en su conjunto, como son los mecanismos preventivos que establece el derecho mercantil y en concreto el derecho de sociedades, ante las correspondientes lesiones de los derechos de la sociedad y sus socios, a través de la acción social de responsabilidad regulado en los arts. 236 y ss. LSC[385]. Para el citado autor, la orientación del objeto de tutela exclusivamente hacia un bien jurídico de naturaleza individual, como es el patrimonio, no justifica en todo caso la intervención del Derecho penal, en cuanto a su lesividad concreta, lo que ha llevado a la crítica de la expansión del Derecho penal a las figuras delictivas como las contenidas en los arts. 291 y 292 del CP[386].

---

tiene la capacidad de elegir en un momento dado lo que es más conveniente para la defensa del bien jurídico protegido, so pretexto de una eventual impunidad de la conducta realizada, debiendo limitarse su intervención a constatar (cognoscitivamente, que no electivamente) la concurrencia o no de la situación prevista por la norma remitida para posteriormente proceder a ponderarla desde la estricta óptica penal, de acuerdo a los parámetros constitucionales. Hay que insistir en que cuando estamos frente a decisiones judiciales restrictivas de la libertad, esta afectación del valor libertad exige que la decisión adoptada, «no sólo represente la aplicación no arbitraria de las normas adecuadas al caso, sino también que su adopción sea presidida, más allá de por la mera exteriorización de la concurrencia o no de los requisitos legales de ella, por la ponderación, de conformidad con los fines constitucionalmente fijados a las penas privativas de libertad, de los bienes y derechos en conflicto» (por todas, STC 222/2007, de 8 de octubre [RTC 2007, 222] , F. 4).

[385] LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. en DE LA MATA BARRANCO, N.J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. y NIETO MARTÍN, A.: *Derecho …, op. cit.,* p. 491. En el mismo sentido FERRÉ OLIVÉ, J. C.: "Sujetos responsables en los delitos societarios", *Revista Penal*, núm. 1, 1998, pp. 21-30*: "*La excesiva criminalización de comportamientos atenta claramente contra el principio de intervención mínima…. En definitiva, la decisión legislativa de integrar algunas de estas conductas en el texto del Código Penal ha supuesto una importante afección a las exigencias del principio de lesividad".

[386] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General. ..., *op. cit.,* p. 265. En el mismo sentido GRAMÁTICA BOSCH, G.: *Los acuerdos …, op. cit.,* p. 188 que en relación al tipo del art. 291 CP entiende que lo más conveniente es adoptar una interpretación restrictiva del delito de acuerdos abusivos limitándolo a los ataques más graves de abuso de derecho patrimonial de los socios minoritarios y en aquellos casos en los que el prevalimiento de la situación mayoritaria sea realmente relevante. Y en el mismo sentido respecto del art. 291 CP, CUGAT MAURI, M., en CÓRDOBA RODA, J. (dir.) y GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *Comentarios…, op. cit.,* p. 1099.

Y en cuanto a las manifestaciones de inhibición del Derecho penal, *vid.* TERRADILLOS BASOCO, J. M.: *Estudios sobre Derecho penal de la empresa.* Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, p. 16: "Entorno a los delitos societarios se registran, quizás las mayores discrepancias doctrinales a la hora de valorar la

En mi opinión, no podemos compartir una posición tan tajante como la expuesta. Y estando conforme en que efectivamente debe aplicarse el principio de intervención mínima en el derecho penal en general y en el de los delitos societarios en particular, no obstante, eso no significa que los delitos societarios no cumplan una función muy importante en el Derecho penal económico. Para ello resultará necesario que exista una conexión real entre el bien jurídico del delito societario de que se trate y el funcionamiento del conjunto del sistema económico, y es entonces cuando el Derecho penal actuará en aquellos supuestos en los que los conflictos tengan una trascendencia fundamental para el sistema económico en su conjunto, relegando para las restantes esferas del Derecho privado o el Derecho administrativo económico y sancionador las lesiones de los bienes jurídicos protegidos que no tengan tal relevancia[387]. Tal y como ha puesto de manifiesto PAVÓN HERRADÓN:

> "En el caso de los delitos societarios, sólo deberían ser contemplados por el Derecho penal los hechos que afectaran a la propia vida de la sociedad o a los intereses de los socios o terceros cuya protección no pudiera llevar a cabo a través del Derecho mercantil y civil, por no ser suficientes las medidas previstas en esos Ordenamientos, teniendo en cuenta, en todo caso, que la regulación de este tipo de infracciones se entiende a modo de "ultima ratio" frente a los hechos más gravemente lesivos….Dado que los delitos societarios contemplan hechos previstos por normas extrapenales, la distinción entre ilícito penal y el correspondiente a otro orden jurisdiccional, debe tener su fundamento

extensión del empeño criminalizador del legislador de 1995. Así, un sector critica lo que reputa expansión punitiva innecesaria que se traduce en penalizar conductas ya subsumibles en tipos tradicionales o neutralizable por parte de las leyes mercantiles. Se ha criticado, igualmente la desmesura de ciertos preceptos, como el artículo 291, en el que se echa de menos una vinculación objetiva al principio de lesividad…En el caso del art. 292, se ha objeto que alguna de las conductas que castiga, como el abuso de firma en blanco o la atribución indebida de voto, no resultan en sí mismas, dada la fluidez de la vida económica de las grandes sociedades anónimas, perjudiciales…También se ha criticado la ambición criminalizadora del artículo 293, ya que castiga conductas que pueden obtener reparación por medio de mecanismos mercantiles, lo que hubiera aconsejado la abstención penal en buena parte de casos".

[387] En la reciente e importante STC (Pleno) núm. 25/2022 de 23 febrero. RTC 2022\25, en el caso de la declaración de independencia de Cataluña, el TC mantiene en el FJ 7, que desde la perspectiva constitucional sólo cabe calificar la norma penal como innecesaria cuando el legislador estima que para alcanzar fines de protección análogos es suficiente un medio alternativo menos restrictivo de derechos. En tal sentido dice el TC que la pena, debe ser necesaria y proporcionada, considerando que el legislador para ver si existe un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir y un sacrificio innecesario o desproporcionado debe indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma, son suficientemente relevantes (STC 55/1996, fundamento jurídico 7°; en el mismo sentido, STC 111/1993, fundamento jurídico 9°). Además, el legislador debe indagar si la medida es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto. Y finalmente, si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena. La norma será desproporcionada "cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa" (STC 161/1997, FD 12º; en el mismo sentido STC 55/1996, FD 9º).

> en la gravedad de los hechos, reservándose al Derecho penal los que impliquen mayor peligro para el bien jurídico protegido….Parece indiscutible a la vista de las reivindicaciones doctrinales, que la inclusión de estos delitos en el Código Penal responde a la idea de otorgar mayor nivel de protección frente a determinados hechos atentatorios tanto de estos intereses particulares en forma directa, como del orden socioeconómico en forma indirecta….la protección de los intereses jurídicos relevantes contra los ataques más graves, será función del Derecho penal y motivará su intervención, siempre que no existan además otros medios de protección menos lesivos que la pena y con la debida eficacia….Y en el caso de los delitos societarios, parece adecuado considerar que sólo será precisa la intervención del Derecho penal en los casos en los que el interés objeto de tutela sea supraindividual, esto es, en el caso de los artículos 290 y 294 de la norma penal sustantiva"[388].

Así dentro de lo que debe considerarse la unidad del ordenamiento jurídico, corresponderá al Derecho penal la exclusiva protección de bienes jurídicos, vinculando a su lesión consecuencias más graves que aquellas con las que cuenta el Estado y al Derecho mercantil o al Derecho administrativo sancionador, en los que como es evidente, también se protege a los bienes jurídicos, pero una protección que deba considerarse de menor intensidad en atención al principio de proporcionalidad, de forma que será el legislador el que deberá valorar el merecimiento de la pena que se deriva de la importancia del bien jurídico afectado y de la reprobabilidad de las modalidades de la acción[389].Y habrá que acudir a criterios hermenéuticos que limiten la aplicación del derecho penal en el ámbito de los delitos societarios, excluyendo la tipicidad cuando la violación de los bienes jurídicos protegidos sea irrisoria o nula, o cuando existan mecanismos de protección por

[388] PAVÓN HERRADÓN, D.: "Principio de mínima intervención y delitos societarios", en BUSTOS RUBIO M. (dir.) y RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F. (dir.): *El sistema socioeconómico desde el prisma del Derecho penal y la Criminología.* Pamplona, Aranzadi, 2019, pp. 389 a 421. Y en el mismo sentido PAVÓN HERRADÓN, D.: *El delito …, op. cit.*, pp. 44-50. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *Los delitos…, op. cit.,* pp. 23 y ss.: "Sólo limitando selectivamente su intervención a la defensa de los bienes e intereses que se caractericen por su especial relevancia social y que no puedan ser debidamente abordados a través de otros mecanismos jurídicos menos graves y aflictivos cabe justificar el carácter subsidiario y de *ultima ratio* que lógicamente debiera definir a las normas penales…..A pesar de que muchas de las conductas tipificadas se encontraban ya debidamente contempladas en distintas normas societarias o administrativas, el legislador no parece haber valorado en absoluto los delicados problemas de coordinación que ineludiblemente van a suscitase entre la intervención penal y algunos de los instrumentos jurídicos ya disponibles, seguramente menos drásticos pero quizás más eficaces, con las graves disfunciones que de aquí han de resultar".
Y en cuanto al principio de *ultima ratio*, *vid.* TERRADILLOS BASOCO, J. M.: *Estudios…, op. cit.*, pp. 44-45: "El carácter de *ultima ratio*, propio del Derecho penal democrático no puede, tampoco, estar ausente en el Derecho penal económico. Pero es importante tener presente la obligación estatal -que también goza de rango constitucional- de hacer frente a las necesidades preventivas…Por eso resultan criticables las decisiones judiciales que, en la práctica, vienen a negar la responsabilidad penal, mediante el recurso espurio al principio de intervención mínima, cando se han satisfecho las responsabilidades civiles".
[389] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* p. 53.

parte del Derecho mercantil o el Derecho administrativo sancionador para reestablecer el orden jurídico infringido sin necesidad de la intervención del Derecho penal[390]. En conclusión, el principio de intervención mínima nos servirá como directriz de los objetivos que ha perseguido el legislador en la tipificación de los delitos societarios[391]. El conocimiento de las conductas y del objeto material de los delitos societarios supone necesariamente acudir a normas extrapenales y ver el alcance y regulación que en la legislación especialmente mercantil tienen las conductas y por extensión el objeto de cada uno de los tipos penales societarios.

II. 4. Las remisiones normativas expresas en los delitos societarios

En el ámbito de los delitos societarios el legislador utiliza la técnica de remisiones legislativas a otros cuerpos normativos extrapenales, pero ello no significa que estemos antes leyes penales en blanco en sentido estricto, siendo una técnica jurídica común al resto de los delitos socioeconómicos[392]. Ni tampoco que mediante los delitos societarios se estén protegiendo deberes extrapenales[393]. Las remisiones, como no podía ser de otra manera en atención a los sujetos pasivos, se realizan fundamentalmente al ámbito de las normas mercantiles, y en concreto a la LSC, el Cco., al RRM etc. Pero también aparecen a normas de rango inferior a la ley de naturaleza administrativa, fundamentalmente en relación con la negativa o impedimento de las actuaciones inspectoras o supervisoras

[390] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Idem*, pp. 55-56.

[391] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*. ..., *op. cit.*, p. 300.

Vid. en relación con el principio de intervención mínima del derecho penal en el ámbito de los delitos societarios: REBOLLO VARGAS, R.: "Función real y función simbólica de los delitos societarios", *Estudios Penales y Criminológicos, XXVI*, 2006, Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, pp. 213-241.

[392] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Idem*, p. 313.

En cuanto a la técnica de remisión normativa en el ámbito del Derecho penal económico, vid. TERRADILLOS BASOCO, J. M.: *Estudios…*, *op. cit.*, p. 52: "Se trata de una remisión -mediante leyes penales en blanco o mediante el recurso da elementos típicos normativos- necesaria: en el Derecho penal económico- y tanto en fase legislativa como aplicativa- lo primero es determinar el comportamiento eventualmente subsumible en el tipo penal. Esta operación, imprescindible paso previo al juicio de imputación, es de gran complejidad. Requiere el completo dominio del cómo y el cuándo empresarial. Pero, además, está integrada no sólo por elementos fácticos, sino también normativos, en la medida en que el núcleo típico, en multitud de ocasiones, sólo es compresible como infracción de normas extrapenales".

[393] FEIJOO SÁNCHEZ, B.: *Cuestiones…, op. cit.*, pp. 231-232: " No se trata, por tanto, de afirmar simplemente que existen tipos penales que protegen deberes extrapenales, sino de partir de la constatación de que existen en nuestro Derecho positivo tipos penales que protegen bienes jurídicos -individuales o supraindividuales- mediante la legítima estrategia de garantizar el cumplimiento de deberes especiales que tienen su origen en el desempeño de determinados roles jurídico-económicos (consejero ejecutivo de una sociedad que cotiza en bolsa…).

previsto en el art. 294 CP en el que será de aplicación la normativa administrativa amplísima que regula los sectores supervisados por los órganos administrativos[394].

Tres son los preceptos de los delitos societarios en los que aparecen de forma expresa estas remisiones normativas, los arts. 292, 293 y 294 CP, que vamos a ver a continuación, y no con ello queremos decir que tanto el art. 290 como el 291 CP no deben ser también integrados con normas extrapenales. En el art. 292 CP, que tipifica la imposición o aprovechamiento de acuerdos lesivos en perjuicio de la sociedad o de alguno de sus socios, contiene dos remisiones a normas extrapenales: en primer lugar, en cuanto a la adopción de la mayoría ficticia que puede ser además de por abuso de firma en blanco, por: a) "por atribución indebida del derecho de voto a quiénes legalmente carezcan del mismo" y b) "*por negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tengan reconocido por la Ley*". En ambos casos el tipo penal remite a las leyes extrapenales, y en consecuencia, debemos acudir a las normas mercantiles del derecho societario, en atención a la naturaleza jurídica de la sociedad de que se trate (sociedades de capital, sociedades personalistas, sociedades cooperativas, mutuas, sociedades especiales etc.), para determinar esa atribución indebida del derecho de voto a quiénes carezcan del mismo o en sentido inverso negarle de forma ilícita el ejercicio del derecho a quiénes sí que lo tengan reconocido en las normas mercantiles.

El segundo de los preceptos en el que aparece una clara remisión normativa a leyes extrapenales es el art. 293 CP que tipifica la negativa o impedimento del ejercicio de los derechos de socio de información, participación en la gestión o control de la actividad social o suscripción preferente de acciones. Así este precepto establece textualmente el término "sin causa legal". Es decir, el ejercicio de estos derechos que aparece regulados de forma exhaustiva en la normativa reguladora del derecho de sociedades, y en concreto en las sociedades de capital, constituyendo la infracción penal cuando se niegan estos derechos sin dicha causa legal, que no regula el CP, sino que se regula en la normativa específica según la sociedad de la que se trate. No faltan autores que han querido ver en el art. 293 CP una norma penal en blanco[395]. Sin duda resulta acertada la afirmación de

[394] RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: "Delitos…", en AREÁN LALÍN, M. (coord.) y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (coord.): *El nuevo …, op. cit.,* p. 242: "El art. 294 presenta la estructura de una norma penal en blanco. Remite parcialmente a normas extrapenales, en este caso a normas de carácter administrativo".

[395] RODRÍGUEZ-ALMIRÓN, F.J.: "El delito de obstaculización de los derechos de información y participación de los socios", *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 48, 2017: "El carácter de norma penal en blanco, hace que debamos acudir a la legislación mercantil para determinar el alcance de esos derechos que se impiden o deniegan. El artículo 93de la LSC incluye dentro de los derechos de los

FARALDO CABANA, que con la expresión "sin causal legal" estamos ante un verdadero elemento normativo jurídico del tipo, que hace referencia a la legalidad o ilegalidad global que debe tener en cuenta la totalidad del Ordenamiento jurídico, entendiendo que en el tipo penal del art. 293 CP estamos ante una ley en blanco, ya que aunque no existe una remisión explícita a la normativa extrapenal, "este elemento permite llegar a una práctica identificación entre ambos fenómenos"[396].

Y finalmente el tercero de los delitos societarios en el que aparece una remisión normativa expresa a leyes extrapenales es el art. 294 CP, que en relación con el delito de negación o impedimento de la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras se produce en "mercados sujetos a la supervisión administrativa". Tendremos que acudir a las normas administrativas para saber qué sociedades son aquellas que están sujetas a supervisión administrativa. En concreto, el tipo penal del art. 294 CP se aplicará a todas aquellas sociedades reguladas y supervisadas, como son las entidades de crédito (bancos, cajas de ahorros y cooperativas de crédito), las que actúan en el mercado de valores, las aseguradoras y reaseguradoras, las eléctricas, las que actúan en el mercado de las telecomunicaciones etc. Y acudiremos a la normativa reguladora propia de cada una de estas sociedades para saber si las mismas se encuentran dentro del concepto de mercados sujetos a la supervisión administrativa y en consecuencia son susceptibles de quedar incluidas dentro del tipo penal del art. 294 CP.

En mi opinión, los tres preceptos anteriormente mencionados, arts. 292, 293 y 294 CP constituyen claros ejemplos de remisión a normas extrapenales, pero sin que con ello podamos calificarlas de leyes penales en blanco, al cumplir todos ellos con los requisitos fijados por la doctrina del TC en cuanto a la remisión normativa de tipos penales a normas extrapenales. De esta forma vemos que en los tres preceptos el reenvío normativo es expreso y está justificado debido al bien jurídico protegido por los tipos penales societarios. Cada uno de los tipos penales fija la pena y el núcleo esencial de la prohibición. Y finalmente se cumple con la exigencia de certeza de forma que la conducta típica está precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley

socios el derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación; el derecho de asunción preferente en la creación de nuevas participaciones, o el de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones o de obligaciones convertibles en acciones; El derecho de asistir y votar en las juntas generales e impugnar los acuerdos sociales; y por último el derecho de información".

[396] FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, p.1199. Y de la misma autora FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1918.

extrapenal se remite y de esta forma queda salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento general de la actuación penalmente conminada.

III. Las conductas de los delitos societarios

III. 1. La conducta típica del delito de falsedad de las cuentas anuales y documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad (art. 290 CP)

III. 1. 1. La conducta típica del art. 290 CP

Tal y como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia, la conducta típica del art. 290 CP se encuentra en el verbo "*falsear*", de forma cualquier conducta consistente en falsear o bien de las cuentas anuales o bien de los documentos que deben reflejar la situación jurídica y económica de la entidad quedarán incluido en este tipo penal[397]. Tal y como afirma FARALDO CABANA el delito se comete cuando se realiza cualquier de las modalidades típicas previstas en el art. 390 CP para las falsedades (Consulta 15/1997, de 16 de diciembre de la Fiscalía General del Estado, sobre el alcance de la conducta falsaria en el delito societario del art. 290 del CP)[398]. Debiéndose entenderse por falsear la

[397] STS (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1217/2004 de 2 noviembre. RJ 2004\8091: FD. Sexto: "… Y en cuanto a la conducta típica «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 sociedad. De esta forma entendida la falsedad se puede concretar tanto a través de conductas positivas 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 entidad. 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 hechos, y por otra, que el Administrador tiene el deber jurídico de cumplir con su cometido con la diligencia de un ordinario empresario y de su representante leal (art. 127.1 LSA y 61 LSRL) lo cual, implícitamente, y en términos generales, le obliga a ser veraz con la información que suministra sobre la sociedad, dicho que, en concreto en relación con las cuentas anuales es mucho más explícito (art. 172.2 LSA). Esa determinación legal es fuente de la posición de la garante que, conforme a lo previsto en el art. 11 CP permita la equiparación de la omisión con la conducta positiva." Y en el mismo sentido STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 655/2010 de 13 julio RJ\2010\7340: FD Tercero.

[398] FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, p.1162. Y de la misma autora, FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII. …" en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios …, op. cit.,* p. 1138, p. 1121. Y también FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1902: "…admitiéndose mayoritariamente que el delito se comete realizando cualquiera de las modalidades típicas recogidas en el art. 390 para las falsedades".

En el mismo sentido STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 352/2024 de 30 abril, JUR\2024\141081. FD Tercero: "En segundo lugar, que las cuentas o los otros documentos a los que se refiere el precepto han sido falseadas, es decir, alteradas o modificadas en relación a lo que debería ser su contenido correcto, o, dicho de otra forma, que su contenido no es el que debería ser, ocultando así la verdadera situación económica o jurídica de la entidad (STS nº 655/2010), siendo posible que el falseamiento se produzca por cualquiera de las vías previstas en el artículo 390 CP. La falsedad se comete ocultando datos verdaderos, que deberían figurar en el documento, o introduciendo datos falsos. No se comete cuando se incorporan juicios de valor,

conducta definida por el art. 390.1. CP, que consiste por tanto en alterar un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial[399]. El tipo del art 290 CP estamos ante una falsedad ideológica, en la que se falta a la verdad mediante la constatación en los documentos sociales de datos que no se corresponden con la realidad[400]. No obstante no faltan autores como MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ que entienden que el art. 290 CP no guarda tanta similitud con la falsedad en documento mercantil, ya que técnicamente no es un delito de falsedad documental, y por tanto no debe integrarse el art. 290 CP con los arts. 390 y ss. del CP, sino que el 290 CP aparece más próximo al delito de estafa en el que los documentos elaborados por los administradores es la prueba del engaño a través del cual se pretende dar una imagen errónea de la situación jurídica o económica de la empresa[401]. En palabras de este autor, con el art. 290 CP se ha rellenado una laguna legal, ya que a diferencia de las falsedades materiales en documento mercantil previstas en el art. 392 en relación con el art. 390.1. y 2 CP en los que se requiere una alteración o simulación del documento, en el art. 290 CP basta con la existencia de simples manipulaciones contables que reflejen una imagen errónea de la situación jurídica o económica de la empresa[402].

---

de los que no puede afirmarse la falsedad, sino el acierto o el error. Es posible, sin embargo, construir un juicio de valor erróneo sobre la base de la ocultación de un dato verdadero o la introducción de un dato falso. Existirá entonces falseamiento de las cuentas, apoyado en la falsedad de un dato fáctico y expresada mediante un juicio de valor".

[399] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios...*, op. *cit.*, pp. 135-136. En el mismo sentido MORENO CHAMORRO, I.: *Delitos…, op. cit.,* pp. 30-37: "La acción típica de este delito consiste precisamente en falsear determinados documentos sociales; es decir, la falta de verdad o autenticidad de esos documentos es un componente ineludible de los tipos descritos en el mencionado artículo y quienes cometen este delito son, sin duda, falsificadores de documentos". Y en el mismo sentido FRANCÉS LECUMBERRI, P.: *El delito …, op. cit.,* p. 203: "La conducta típica del delito de falsedad en documentos sociales es la de falsear". Y en el mismo sentido GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: "Delitos societarios", *Manuales de formación continuada,* Año 2001, núm. 14, dedicado a Derecho penal económico, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 586-587. Y de este mismo autor GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: *Curso de Derecho penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal.* Madrid, Ed. Colex, 2001, p. 190. En sentido contrario PÉREZ VALERO, I: *El delito …, op. cit.,* pp. 385-396, para quién estamos ante un delito defraudatorio y no un delito de falsedad documental, de forma que sólo las falsedades idóneas para causar un perjuicio económico serán típicas".

[400] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.,* pp. 170-171. En el mismo sentido CUGAT MAURI, M., en CÓRDOBA RODA, J. (dir.) y GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *Comentarios…, op. cit.,* p. 1094 "Por lo general, la doctrina entiende que se trata de una falsedad ideológica".

[401] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* pp. 97-98: No parece posible definir el ámbito de la falsedad típica del art. 290 CP sobre la base de los dos primeros supuestos del art. 390 CP, ya que las acciones típicas de este precepto sólo se pueden cometer falsificando un documento auténtico mediante la alteración de sus elementos esenciales o simulando un documento no auténtico y no es esta la conducta que se prevé en el art. 290 CP, que exige que la falsedad sea realizada por los administradores de hecho o derecho y no por extraños a la sociedad que falsean los documentos auténticos.

[402] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial ..., op. cit.,* pp. 506-507. En el mismo sentido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: "Los delitos …", en AREÁN LALÍN, M. (coord.) y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (coord.): *El nuevo …, op. cit.,* p. 206: "Por

El delito, requiere de una conducta activa, de forma que no podrá ser realizado por omisión[403], aunque esa conducta suponga omitir datos en las cuentas anuales o documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad[404]. Es decir la falsedad se podrá cometer principalmente a través de una conducta positiva, pero cabrá también a través de la ocultación u omisión de datos que sean necesarios para reflejar de forma veraz e íntegra la situación jurídica y económica de la empresa, ya que ocultar o suprimir datos supone una manera de faltar a la verdad en la narración de los hechos, y esa posición de garantes que tienen los administradores de hecho o de derecho hace que de conformidad con el art. 11 CP sea equiparable en este caso la omisión con la conducta positiva[405]. Por tanto la falsedad contable de los diversos documentos que forman las cuentas anuales, puede ser realizado por acción, cuando se hace constar beneficios inexistentes en la cuenta de pérdidas y ganancias o se incorporan activos o pasivos que deben aparecer en el balance; por omisión cuando no se tienen en cuenta las perdidas reales o se omiten activos o pasivos en las cuentas y finalmente por *optimismo* cuando se sobrestima el activo si tener en cuenta la depreciación de un activo dudoso sin hacer constar las reservas necesarias para los riesgos asumidos[406]. Serán acciones típicas no

consiguiente, conviene reiterar que la acción típica en el art. 290 puede materializarse, en concreto, a través de diversas modalidades específicas: no sólo en la inclusión de anotaciones ficticias, sino también en la simple omisión de datos en el seno del documento que efectivamente se presenta".

[403] CUGAT MAURI, M., en CÓRDOBA RODA, J. (dir.) y GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *Comentarios…*, *op. cit.*, p. 1094: "Por lo tanto, no queda tipificada la conducta omisiva consiste en la no llevanza de contabilidad, por la que en su caso se puede incurrir en responsabilidad administrativa".

[404] FRANCÉS LECUMBERRI, P.: *El delito …*, *op. cit.,* pp. 222-223. En sentido contrario PAVÓN HERRADÓN, D.: *El delito …, op. cit.*, pp. 184-193 para quién cabe omisión impropia en la conducta omisiva, siempre que consista no mostrar la verdadera situación económica o jurídica de la entidad. Cuando el administrador omite la información para dar la imagen fiel de la sociedad, la conducta omisiva será equiparable a la activa, ya que el efecto de omitir datos será el mismo que el de silenciarlos. En el mismo sentido PÉREZ VALERO, I: *El delito …, op. cit.,* pp. 405-406: "lo que pasa es que no se puede hablar de omisión en sentido propio en el marco del art. 290 del CP, pues el engaño no deriva tanto de lo que se omite, como de lo que se afirma, que es evidentemente, parcial, ya que se han silenciado datos". Y en este mismo sentido FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit.*, pp. 147-148: Para esta autora siendo la conducta del art. 290 CP principalmente activa, ello no impide incluir en la misma la ocultación de datos relevantes, ya que una forma de alterar el contenido del documento será la no constatación o la ocultación de lo que en el mismo debe aparecer, de forma que los supuestos habituales considerados como falsedades omisivas son realmente falsedades activas, reconducibles a la teoría de los actos concluyentes, cobrando relevancia no tanto la mera omisión como la acción concluyente que la conducta supone.
No obstante, para CUGAT MAURI, M., en CÓRDOBA RODA, J. (dir.) y GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *Comentarios…*, *op. cit.*, p. 1094, no queda tipificada la conducta omisiva consistente en la no llevanza de la contabilidad, ya que en su caso dará lugar

[405] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit., p.* 99. En el mismo sentido la mencionada STS (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1217/2004 de 2 noviembre. RJ 2004\8091: FD. Sexto. En el mismo sentido FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado*..., *op. cit*, p.1162.

[406] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, M T.: "Algunas reflexiones acerca de los delitos societarios y las conductas de administración desleal", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* Tomo 49, núm. 2, 1996, pp. 425-473.

sólo las falsedades materiales, sino también las manipulaciones o artificios contables realizado mediante anotaciones u omisiones indebidas de beneficios o de pérdidas. Son los denominados "*artificios contables*" tanto mediante la constatación de datos falsos como de la realización de valoraciones, que supone un aumento o disminución de las partidas contables mediante las anotaciones u omisiones indebidas de beneficios o pérdidas, siendo por tanto típicas la omisión de información relevante que se debía haber proporcionado como la constancia de información que no se corresponde con la realidad[407].

Adicionalmente, se requiere que la conducta falsaria sea *idónea* para causar un perjuicio económico a los sujetos pasivos del delito, es decir no cualquier conducta falsaria tendrá cabida en el art. 290 CP sino solo aquella que alterando la "*veracidad del documento*" sea susceptible de causar el citado perjuicio económico. En tal sentido la acción falsaria del art. 290 CP debe ser apta para hacer pasar por verdadero algo falso, mediante la distorsión de la realidad de forma *idónea* para confundir y producir un error y además debe recaer sobre los elementos esenciales del documento, ya que de esta forma transforma un documento verdadero en falso lo que a su vez le hace capaz de ocasionar trastornos en el tráfico jurídico acarreando un perjuicio económico[408]. Y en el art. 290 CP se incluyen no sólo anotaciones ficticias sino también la omisión de datos en el documento societario, constituyendo en este último caso incluso una acción positiva y sin que nada tenga que ver la omisión impropia[409].

En cuanto al *iter criminis*, y analizando ambos tipos, el básico y el agravado, tal y como dice MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, el momento consumativo es diferente en cada una de las dos modalidades típicas. En el tipo cualificado la consumación requiere la demostración que se ha producido el efectivo perjuicio económico, al ser éste el resultado material del tipo. Mientras que, en el tipo básico, su consumación se sitúa en un momento anterior, correspondiendo al juez, en cada caso concreto, constatar la aptitud de la acción de falsear los documentos para causa un perjuicio económico a los sujetos pasivos. Este juicio, será *ex ante* sobre la aptitud general de la falsedad para producir un peligro para el patrimonio de los sujetos pasivos (peligrosidad de la acción) y será *ex post* sobre la

[407] GALLEGO SOLER, J.I.: "Delitos …" en CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Derecho…, op. cit., p.* 345.
[408] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit., p.* 171.
[409] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.*: Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial ..., op. cit.,* p. 505.

posibilidad del resultado de peligro (peligrosidad del resultado), de forma que el juez deberá verificar si en la situación concreta ha sido posible un contacto entre la acción falsaria y el patrimonio de la sociedad o los socios, y que como consecuencia de ello se ha podido producir un peligro efectivo para el bien jurídico[410].

Resulta evidente que no será necesario para que se produzca la conducta típica, que las cuentas anuales se aprueben por la junta general de la sociedad, sino que bastará que se falseen las mismas o aquellos otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, y su mera entrega a los auditores o a los socios, siendo en todo caso posible la tentativa en ambos tipos, tanto en el tipo agravado como en el básico, a la vista de que la acción del delito del art. 290 CP consiste en la falsead documental. Es decir, la consumación del delito se produce cuando se consignan u omiten dolosamente datos falsos de las cuentas anuales o documentos con relevancia jurídica y económica, siendo irrelevante que sean o no aprobadas posteriormente por la junta general, ya que el delito ya se habrá consumado[411]. Así basta en la modalidad básica que la falsedad documental sea *idónea* para causar un perjuicio o un daño de forma no permitida, y cuando efectivamente se causa el citado daño patrimonial, en ese caso se aplicará el tipo agravado del apartado segundo. Sin que por otra parte la cuantía del perjuicio sea relevante a efectos de la tipificación penal, aunque lo pueda ser para la determinación de la pena. Admitiéndose igualmente el delito continuado en ambas modalidades del art. 290 CP, cuando la conducta falsaria afecte a varios ejercicios económicos[412]. Y por el

[410] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.*: Idem*, pp. 513-514.

[411] En este sentido, STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 133/2024 de 14 febrero, JUR\2024\69666, FD Segundo: "2.- …El tipo delictivo del falseamiento de las cuentas anuales se comete en el momento en que se consignan o se omiten dolosamente datos propios de las mismas, resultando irrelevante que dichas cuentas así falseadas sean o no posteriormente aprobadas o rechazadas por la Junta General, pues en ambos casos el ilícito ya se habría consumado, de suerte que la decisión del órgano soberano de la sociedad cualquiera que fuese, no privaría de antijuridicidad, tipicidad y responsabilidad al hecho previo del incumplimiento. En este sentido, en STS 94/2018, de 23-2, hemos dicho que el delito del artículo 290 se consuma cuando las cuentas, ya elaboradas y, en su caso, auditadas, inician su camino para la presentación a los socios que han de aprobarlas. La actividad de éstos firmando las cuentas se produce, pues, con posterioridad a la consumación del delito, por lo que no es posible calificar su conducta como un supuesto de cooperación necesaria. Los casos en los que se declara probado que quienes intervienen posteriormente a la consumación del delito, comprometieron previamente a los hechos una aportación relevante que, aunque se produzca con posterioridad a la consumación, opera durante la ejecución como un elemento de garantía y seguridad de su éxito, pueden merecer otras consideraciones, que no es preciso examinar aquí, al no haberse declarado probado ese compromiso previo."
En este sentido FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1903.

[412] En cuanto a la admisión del delito continuado en el delito del art. 290 CP tiene dicho la STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 133/2024 de 14 febrero, JUR\2024\69666, FD Segundo: "2.- …Finalmente, la posibilidad de apreciar delito continuado cuando el falseamiento de las cuentas se produce en varios ejercicios ha sido admitido por esta Sala en STS 1256/2004, de 10-12".

contrario la no llevanza de la contabilidad de la sociedad no tendría cabida en este tipo penal, ya que no se produce falsedad alguna de algo que no se lleva[413].

La consumación del delito del art. 290 CP dependerá de su modalidad, la del tipo básico como peligro abstracto, o la del tipo agravado como delito de resultado. En el primero al ser un delito de mera actividad se consuma en el momento de la realización de la conducta típica, si bien las cuentas anuales conllevan un proceso de elaboración, formulación por el consejo, puesta a disposición de los socios junto con la convocatoria, aprobación en la junta general, depósito en el RM y publicación por éste. Tal y como dice NIETO MARTÍN:

> *"…el punto de inflexión determinante para entender realizado el comportamiento típico es la pérdida de control sobre el documento, siendo a partir de este momento cuando puede entenderse que los administradores han puesto en el tráfico jurídico un documento idóneo para adoptar decisiones económicas equivocadas, sobre el que han perdido al menos parcialmente el control".*

En este caso será causa de exclusión de la responsabilidad penal al desistimiento *post-consumativo*, sin que pueda considerarse una mera circunstancia atenuante, resultando innecesario para la consumación del delito que se hayan depositado o no la cuentas en el RM. La *idoneidad* dependerá exclusivamente de que las irregularidades en el documento versen sobre los elementos que son relevantes para la adopción de una decisión con relevancia patrimonial. Y en cuanto a la modalidad del tipo agravado de delito de lesión del párrafo segundo del art. 290 requiere que se produzca un efectivo perjuicio patrimonial y la existencia de una relación de imputación objetiva entre la irregularidad contable y el perjuicio. Además, el art. 290 segundo párrafo se aplicará sólo cuando no resulte posible considerar la existencia de un delito de estafa tal y como vamos a ver al tratar los concursos de normas[414].

En el mismo sentido en cuanto a la admisión del delito continuado en el art. 290 CP cuando existan falsedades de cuentas anuales de distintos ejercicios, *vid.* CUGAT MAURI, M., en CÓRDOBA RODA, J. (dir.) y GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *Comentarios…*, *op. cit.*, p. 1097. Y en el mismo sentido FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1905: Pero no hay delito continuado cuando existan varias falsedades, pero correspondientes al mismo ejercicio (STS 1256/2004, de 10 de diciembre).

[413] GALLEGO SOLER, J.I.: "Delitos …" en CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Derecho…, op. cit.,* pp. 345-346.

[414] NIETO MARTÍN, A. en DE LA MATA BARRANCO, N.J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. y NIETO MARTÍN, A.: *Derecho. ..., op. cit.,* pp. 724-725.

III. 1. 2. La innecesaridad del *ánimo de lucro* en el art. 290 CP

En cuanto al apartado segundo del art. 290 CP, es decir al agravamiento de la pena aplicando la misma en su mitad superior, para el supuesto en el que efectivamente se cause un *perjuicio económico*, corresponde plantearnos si el ánimo de lucro constituye un elemento subjetivo del tipo, sin bien no está expresamente mencionado en el tipo. En consecuencia, habrá que plantearse si el dolo debe abarcar la voluntad de causar ese perjuicio económico que conlleva la falsedad contable y documental y derivado de lo anterior, si existe un ánimo de lucro por los sujetos activos del delito. No caben elementos subjetivos distintos del dolo en el delito del art. 290 CP, y sin que se requiera que la finalidad de la actividad falsaria esté dirigida a causar un perjuicio económico a la sociedad, socios o terceros. En otras palabras, no se exige en el art. 290 CP el ánimo de perjudicar como elemento subjetivo del tipo, sino que únicamente se requiere la *idoneidad* de la conducta para perjudicar, es decir un elemento objetivo que debe ser abarcado por el dolo del autor, pero sin que ello signifique que constituye un elemento subjetivo del injusto distinto del dolo[415]. En consecuencia, no existe un elemento subjetivo consistente en la existencia de ánimo de lucro del autor o que éste obtenga un beneficio[416], si bien lo normal es que esa finalidad sea buscada por el autor, pero no necesariamente tiene porqué ser así, y habrá que estar al caso concreto para su apreciación.

III. 2. La conducta del delito de imposición de acuerdos abusivos (art. 291 CP)

III. 2. 1. La conducta típica del art. 291 CP

La conducta típica del art. 291 CP contiene dos requisitos, la imposición de acuerdos abusivos y el prevalimiento de situación mayoritaria por el que se obtiene la mayoría[417]. El concepto de imposición propio de la conducta típica implica el obligar o forzar a

---

[415] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios...* op. pp. 161-162. De esta misma autora, FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII. …" en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios …, op. cit.,* p. 1124. En el mismo sentido BACIGALUPO, E. (dir.): *Curso de Derecho... op. cit.*, p. 430: En cuanto a la no necesidad de que el dolo del art. 290 CP exija un propósito de enriquecimiento se manifiesta este autor para quién el legislador no ha cometido el error de exigir un propósito de enriquecimiento a diferencia de lo que ocurre con otros delitos societarios como son la imposición de acuerdo abusivos del art. 291 CP o acuerdos lesivos adoptados por medios fraudulentos del art. 292 CP. y MAGRO SERVET, V.: *Delitos …, op. cit.*, p.121: para quién no es preciso que en la comisión del delito del art. 290 CP se pruebe la existencia de un beneficio para el administrado al no constituir un elemento del tipo, siendo lo esencial que la modalidad de falseamiento sea idónea para causar el perjuicio a la sociedad, los socios o terceros, sin que se puede exigir más de lo que consta en el tipo haciendo una interpretación "*contra legem*".

[416] BOIX REIG, B. y ANARTE BORRALLO, E.: *Derecho Penal. Parte Especial... op. cit.*, p. 726.

[417] FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, p.1175. Y de la misma autora FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1909.

aceptar el acuerdo abusivo a los socios disidentes, mediante la utilización de los mecanismos legales de los que disponen los socios o administradores mayoritarios y que les confieren esa situación de prevalencia frente a los socios minoritarios[418]. El concepto de imponer no implica la posterior ejecución del acuerdo, si bien dicha ejecución resulta necesaria para que el tipo del art. 291 CP entre en acción[419]. Y el concepto de prevalimiento significa aprovecharse de la situación de superioridad o de mayoría en la que se encuentra el sujeto activo, los accionistas o los administradores, dependiendo del órgano social de que se trate (junta general u órgano de administración), y debe conllevar necesariamente un abuso de poder del socio mayoritario[420], encaminado a la obtención de ventajas patrimoniales -*ánimo de lucro*- para unos socios y no para otros junto con una especial facilitación para la comisión de los hechos[421]. El ánimo de lucro debe interpretarse en el mismo sentido que los delitos patrimoniales de apoderamiento y defraudación, consistente en la intención de obtener una ventaja patrimonial mediante la incorporación de la cosa ajena al patrimonio[422]. Además, no existirá prevalimiento, si el acuerdo se impone sin mediar un concierto previo expreso o tácito entre quienes contribuirán a formar la mayoría[423]. Con la conducta del art. 291 CP, se está violando el principio de igualdad de tratamiento de los socios, que impide que la sociedad mediante la actuación de sus órganos favorezca o perjudique a determinados socios en perjuicio de los otros, de forma que esa discriminación no puede ser ni positiva ni negativa[424]. El prevalimiento debe ser efectivo y real, constituyendo un aprovechamiento de la situación mayoritaria preexistente y no la simple y formal ostentación de la mayoría en la junta de accionistas o en el órgano de administración[425], lo que puede conllevar, bien una negativa de los derechos inherentes a la condición de socio, o la imposición de condiciones gravosas en perjuicio de la minoría y en beneficio de la mayoría[426].

---

[418] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit., p.* 114. Y CUGAT MAURI, M., en CÓRDOBA RODA, J. (dir.) y GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *Comentarios…*, *op. cit.*, p. 1102: "En síntesis, la esencia de la conducta típica está constituida por el abuso de la mayoría en beneficio propio y exclusivo". Y FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1909.
[419] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit., p.* 221.
[420] BACIGALUPO, E. (dir.): *Curso de Derecho..., op. cit.,* p. 422.
[421] GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit.,* p. 250.
[422] BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho…, op. cit.*, p. 624.
[423] FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, p.1175. Y de la misma autora FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1909.
[424] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios...,* op. *cit., p.* 202.
[425] GRAMÁTICA BOSCH, G.: *Los acuerdos …, op. cit.,* p. 74.
[426] FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1909.

Además, considero que los acuerdos deben estar adoptado por la mayoría, pero sin que tenga porque identificarse esa mayoría con la mayoría absoluta del 51% del capital social o de miembros del órgano de administración. Sino que existirá mayoría, también en los casos de las minorías mayoritarias o las denominadas mayorías simples, que adoptan los acuerdos en perjuicios de las minorías reales (*v. gr*. las sociedades del IBEX-35 en las que tener un porcentaje reducido del capital social ya supone el tener una mayoría y un control real de la sociedad). Y por supuesto, también existirá mayoría en los casos que los acuerdos sean adoptados por el consejo de administración o la junta de accionistas de forma unánime, en el que han estado ausentes los accionistas minoritarios y se ven perjudicados por el acuerdo. Pero no así cuando hayan tomado parte en el mismo votando a favor del acuerdo, ya que en ese caso no se producirá la conducta típica del art. 291 CP. Igualmente el acuerdo podrá ser adoptado por un administrador único o administradores mancomunados, sin que necesariamente tenga que ser en el ámbito de un consejo de administración, siempre que los primeros ostenten o representen la mayoría del capital social y adopten el acuerdo en perjuicio de los socios minoritarios. Además, el concepto de junta de accionistas debe ser interpretado de forma amplia, ya que en caso contrario quedará limitado este delito a las SA y sociedades comanditarias por acciones, excluyendo el resto de las sociedades mercantiles y de sociedades y personas jurídicas a las que se refiere el concepto penal de sociedad del art. 297 CP[427].

Lo anterior supone que deba realizarse una interpretación restrictiva del tipo del art. 291 CP, en cuanto que se deduce de la exigencia del ánimo de lucro, propio o ajeno, y que los acuerdos no reporten beneficio a la sociedad, de forma que cuando no existe ánimo de lucro o el acuerdo beneficia a la sociedad, el hecho deja de ser delictivo[428]. Así si la sociedad obtiene un beneficio con el acuerdo abusivo, legalmente adoptado, la conducta no será típica, aunque se perjudiquen los derechos de los socios minoritarios

[427] En sentido contrario DEL ROSAL BLASCO, B.*:* "Delitos …" en DEL ROSAL BLASCO, B. (coordinador): *Derecho …, op. cit.,* pp. 278-279. En sentido contrario GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: "Delitos…, *op. cit.,* p. 578: "No obstante, un amplio sector de la doctrina hace una interpretación extensiva y *contra legem* del concepto de Junta de accionistas, que permite aplicar el tipo penal, también, a los integrantes de cualquier otra clase de junta o reunión de cualquier clase de sociedad, al tiempo que prescinde de la exigencia legal de que la conducta se realice en perjuicio de otros socios, lo que permite ampliar los autores idóneos a quienes no son socios". En el mismo sentido FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII. …" en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios …, op. cit.,* p. 1124: Esta autora entiende que el art. 291 sólo resulta aplicable a SA y sociedades comanditarias por acciones. Y CUGAT MAURI, M., en CÓRDOBA RODA, J. (dir.) y GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *Comentarios…*, *op. cit.*, p. 1100.

[428] MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial,* 25ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, *p.* 564.

que podrán acudir a la vía civil en defensa de sus derechos[429]. Estamos ante una conducta en la que puede faltar la legitimidad de la intervención penal para sancionar, al poder ser eficazmente combatida con otros medios que dispone el Derecho privado, en concreto la LSC, lo que debe llevar a una interpretación restrictiva de todos los elementos de este tipo penal sobre la base de los principios de intervención mínima y ultimo ratio del Derecho penal[430]. En concreto cabe la protección de los socios, ante la adopción de acuerdos abusivos, según prevé el art. 204.1 LSC, a través de la impugnación de los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o terceros, pudiendo de acuerdo con el art. 207 LSC solicitar la suspensión del acuerdo impugnado. Sólo en aquellos casos en los que no pueda combatirse los acuerdos abusivos por los medios que prevé el Ordenamiento privados o se trate de supuestos con graves perjuicios económicos para los sujetos pasivos, deberá acudirse a la protección penal[431]. No obstante, las finalidades mercantil y la penal de protección de los socios minoritarios frente a los acuerdos adoptados por la mayoría son muy distintas, ya que mientras el art. 204.1 LSC persigue la protección de los intereses sociales frente a la adopción de las mayorías de acuerdos beneficiosos para sus propios intereses particulares, sin embargo, el art. 291 CP protege los intereses patrimoniales de los socios (individualmente considerados) frente a posibles maniobras defraudatorias llevadas a cabo por los accionistas mayoritarios mediante la adopción de acuerdos que se califican como abusivos con ánimo de lucro propio o ajeno[432].

Como supuestos en los que las Audiencias Provinciales han enjuiciado el art. 291 CP y han considerado que no existen acuerdos abusivos susceptibles de ser castigados por este tipo penal podemos mencionar los siguientes: cuando se sustituye al consejo de administración por un administrador único y en el caso de constitución de sociedades filiales que no han causado perjuicio a la sociedad (SAP Madrid 23ª de 25 de enero de 2016, ARP 2016, 553); cuando hay ausencia de identificación del concreto acuerdo ni de

[429] FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, p.1176. Y en el mismo sentido FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1910.
[430] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.*: Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial ..., op. cit.,* p. 522. En el mismo sentido FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios. ..., op. cit.,* pp. 192-194. Y de la misma autora FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1908.
[431] GALLEGO SOLER, J.I.: "Delitos …" en CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Derecho…, op. cit.,* p. 347.
[432] FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, pp.1183-1184.

la mercantil de la que emanó (SAP Alicante 10ª, de 24 de mayo de 2016, ARP 2017, 43); cuando el administrador que conoce que va a ser cesado, emite el mismo día una serie de facturas, por servicios prestados en ejercicios anteriores, pero que correspondían a trabajos efectivamente prestados (SAP Baleares 1ª, de 15 de enero de 2016, PROV 2016, 272111); cuando se realiza una operación acordeón (SAP Madrid 23ª, de 1 de enero de 2009, PROV 2011, 173784); y en los casos de acuerdos de ampliación de capital social, disminuyendo la participación del accionista minoritario (SAP Barcelona 2ª, de 3 de junio de 2009, ARP 2009, 1085). Y en sentido contrario, se ha considerado que existen acuerdos abusivos cuando se adopta un acuerdo social de expulsión de un socio por competencia desleal cuya realidad no fue acreditada, valorándose las acciones para su readquisición en un precio inferior al real de mercado (SAP Valencia 5ª, de 26 de marzo de 2018, PROV 2018, 126816); cuando el consejero delegado cede derechos arrendaticios ocultando a la junta general su precio real (SAP Madrid 5ª, de 16 de noviembre de 2007, ARP 2008, 235), y los acuerdos de junta general que fijan la retribución del administración único en una cantidad que incluye el salario y los beneficios (SAP Madrid 3ª, 23 de diciembre de 2004, ARP 2005, 744) [433].

III. 2. 2. El *ánimo de lucro* como elemento subjetivo del tipo penal del art. 291 CP

El art. 291 CP contiene un elemento subjetivo desde el momento en el que se exige que el sujeto active actúe con "*ánimo de lucro propio o ajeno*". Por tanto, para que la conducta del art. 291 CP sea típica se exige que el acuerdo abusivo responda a un ánimo de lucro propio o ajeno y que se haga en perjuicio de los demás socios "sin que" reporte beneficio alguno a la sociedad[434]. Se exige un comportamiento doloso, que requiere de un especial "*ánimo de lucro propio o ajeno*" tal y como literalmente establece el precepto, de forma que la conducta del delito del art. 291 CP exige que en la adopción de los acuerdos abusivos por parte de los socios que constituyen la mayoría en la Junta de accionistas o los administradores en el órgano de administración, exista un ánimo de lucro propio o ajeno[435]. Tal y como indica DEL ROSAL BLASCO, el *ánimo de lucro*

[433] DELGADO SANCHO, C.D.: "Los delitos societarios: doctrina legal tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015", *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 55, 2019
[434] GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *Los delitos…, op. cit.,* p. 67. En el mismo sentido GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: "Delitos…, *op. cit.*, p. 601.
[435] GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit.,* p. 227 y FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit., p.* 228.

constituye un elemento subjetivo del tipo penal[436]. Estamos ante un delito de enriquecimiento, en el que los sujetos activos que ostentan la situación mayoritaria deben buscar un lucro propio o ajeno mediante el enriquecimiento, provecho o ventaja patrimonial directa como correlato del acto de imposición del acuerdo abusivo, sin que sea necesario que el mismo se produzca de forma efectiva[437]. El concepto de ánimo de lucro del tipo del art. 291 CP, supone un elemento subjetivo del injusto añadido al dolo del autor, de forma que el tipo subjetivo se integra por el dolo y por el ánimo de lucro propio o ajeno, como elemento subjetivo del tipo que trasciende al dolo. Tal y como afirma TERRADILLOS BASOCO, el delito del art. 291 CP constituye un delito de resultado, consistente en la imposición del acuerdo abusivo, al que debe acompañar un elemento subjetivo, consistente en la obtención de lucro de que se perjudica a los demás socios[438].

En cuanto al alcance de lo que se entiende por *ánimo de lucro* no existe unanimidad en la doctrina y en la jurisprudencia, de forma que para un amplio sector de éstas, se considera ánimo de lucro el obtener cualquier tipo de ventaja, beneficio, utilidad o provecho, aunque sea contemplativo de forma que para esta posición el concepto jurídico de lucro, incluirá no sólo los incrementos patrimoniales, sino los beneficios de otra índole, de forma que cabe admitir que el acuerdo abusivo excepcionalmente no tenga carácter patrimonial, sino que afecte al ejercicio de los derechos sociales, poniendo limitaciones a los mismos. Frente a esta concepción se encuentra la que actualmente es mayoritaria, y

---

[436] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* p. 116.
En el mismo sentido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial...op. cit., p.* 536: Para este autor constituye el elemento subjetivo de este delito el "*ánimo de lucro propio o ajeno*", que supone un beneficio cuantificable por parte del sujeto activo *"sin que exista otro elemento subjetivo del injusto adicional, ni de perjudicar, ni de defraudar, ni de clase alguna".*

[437] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit., p.* 226.

[438] TERRADILLOS BASOCO, J. M.: *Derecho penal de la empresa*. Madrid, Trotta, 1995, p. 88. En el mismo sentido VALLE MUÑIZ, J.M., QUINTERO OLIVARES G. y MORALES PRATS, F.: "De los delitos …" en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios …, op. cit.,* p. 993: En el delito del art. 291 CP estamos ante un delito de resultado material. "Y lo anterior adquiere una vital importancia, pues si se opta por configurar la conducta descrita en el artículo 291 CP como un delito de peligro concreto, para cuyo perfeccionamiento típico no es preciso un resultado material del perjuicio económico, se acabará por castigar más gravemente (pena de prisión) las conductas menos graves, siendo así que las más graves por haber producido ya el perjuicio podría quedar castigado sólo con la pena de multa". En el mismo sentido *Vid.* GALLEGO CÓRCOLES, A.: "La impugnación …", *op. cit.:* "Es más, se ha entendido que no sólo la búsqueda de un beneficio propio o ajeno, sino también la existencia de un *animus nocendi* en relación con la generación de un daño patrimonial a los demás socios, han de ser abarcados por el dolo del autor. Y, en la medida en que se sanciona a quienes imponen un acuerdo abusivo *prevaliéndose de una posición mayoritaria* obtenida legalmente, dicha conducta, además de integrar objetivamente la acción típica, es también elemento subjetivo, en tanto que se trata de la imposición de acuerdos con plena consciencia y deliberación de estar para ello aprovechándose de la posición mayoritaria que el autor tiene conferida en el seno del órgano que lo adopta".

en mi opinión la más acertada, que considera el ánimo de lucro desde una concepción económico-objetiva consistente en la obtención de una ventaja patrimonial por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico, limitándose el beneficio obtenido al beneficio directo y excluyendo del concepto de lucro los beneficios indirectos[439]. Como acertadamente indica FARALDO CABANA, el concepto de ánimo de lucro debe definirse en términos muy amplios, aproximándose a la noción que del mismo se tiene en el ámbito del delito de estafa. Existirá ánimo de lucro cuando concurra una intención de obtener para los socios o administradores mayoritarios o para terceros, como consecuencia del acuerdo abusivo, un enriquecimiento patrimonial, aunque ello perjudique a los socios minoritarios. No se requiere que el autor del delito haya buscado con su conducta de adoptar acuerdos abusivos el perjudicar a los socios minoritarios o a terceros, al no constituir ese perjuicio parte del elemento subjetivo del tipo, a diferencia del ánimo de lucro que sí constituye el elemento subjetivo de este tipo penal[440].

III. 3. La conducta del delito de imposición o aprovechamiento de los acuerdos lesivos adoptados por mayoría ficticia (art. 292 CP)

III. 3. 1. La conducta típica del art. 292 CP

El tipo penal del art. 292 CP, a diferencia del art. 291 CP, con el que guarda grandes concomitancias, supone que la mayoría para la adopción del acuerdo lesivo se haya obtenido de forma ilícita o fraudulenta, lo que sin duda permite legitimar la intervención del Derecho penal[441]. De forma que en el art. 292 CP existe un verdadero desvalor de resultado más nítido y extenso que en el art. 291 CP, ya que el acuerdo lesivo lo debe ser

---

[439] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit., p.* 230.
En el mismo sentido DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* p. 117: Este autor considera que el concepto de ánimo de lucro debe de contener, exclusivamente, una referencia patrimonial, ya que la lesión de los derechos sociales está prevista en otros tipos penales.

[440] FARALDO CABANA, P.: *Ibidem, p.* 230: "Y es que la expresión "en perjuicio de los demás socios" no puede considerarse integrante del elemento subjetivo junto con el ánimo de lucro. Se trata, como he adelantado, del resultado de lesión del patrimonio de los demás socios. Su consideración como elemento subjetivo podría conducir a la absolución en todos aquellos casos, que serán mayoría, en los que los sujetos activos, pese a ser conscientes de la lesividad de su conducta, no pretenden perjudicar a nadie sino simplemente enriquecerse ellos mismo o a otros, así como a afirmar que solo cabría el dolo directo en el tipo en cuestión, puesto que quien quiere probar un perjuicio está seguro de producir el resultado". De la misma autora FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII. …" en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios …, op. cit.,* p. 1125: "Con el fin de restringir el ámbito típico se debe exigir la obtención de un beneficio económico por el sujeto activo como elemento diferente del perjuicio causado al sujeto pasivo". Y de la misma autora, FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, pp.1176-1177.

[441] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial ..., op. cit.*, p. 540: *"*Ahora bien, ello no exime, a mi juicio de propugnar una restricción teleológica del tenor literal del precepto descrito en el art. 292, siempre que sea factible, en la medida en que nos situamos en una característica parcela del Derecho penal económico "moderno" o accesorio*"*.

para algún socio o para la sociedad mediante una mayoría ficticia que se consigue mediante procedimientos ilegales o fraudulentos que viene descritos en el tipo: el abuso de firma en blanco; la indebida atribución de voto a quienes carezcan de ello; o negando ilícitamente el derecho de voto a quiénes lo tengan atribuido legalmente[442]. Pero que tenga una mayor legitimación penal este precepto que el art. 291 CP, no significa que no deba interpretarse de forma restrictiva, sobre la base de los principios de intervención mínima y *ultima ratio* del Derecho penal[443]. Como ha dicho la doctrina, una interpretación amplia del mismo supondrá castigar penalmente situaciones que constituyen meras infracciones mercantiles que no penales[444]. La conducta tipifica tiene dos modalidades genéricas, lo que lleva a su configuración de tipo mixto alternativo[445], que son, por una parte, la de *imponer* un acuerdo lesivo y por otra *aprovecharse* del acuerdo para sí o para un tercero, bastando en consecuencia que se produzca cualquiera de las dos modalidades típicas para la comisión del delito[446]. En cuanto a la primera acción, la de *imponer*, el uso del verbo *impusiere no* es distinta de que el tipo penal hubiera utilizado el verbo *adoptar*, más propio de la normativa societaria del Derecho mercantil, ya que las consecuencias serían idénticas en uno u otro caso. En ambos casos se refiere a adoptar el acuerdo por la mayoría, que debe ser ilícita al haberse obtenido por medios fraudulentos, y en la que no cabe computar aquellos votos que puedan ser lícitos con base en la prueba de la resistencia de la decisión, que conllevaría necesariamente a descontar del total de los votos favorables aquellos obtenidos de forma ilícita[447]. Lo que resulta evidente es que entre los medios fraudulentos para la obtención de la mayoría ficticia y la imposición del acuerdo lesivo debe existir una relación de medio a fin[448].

---

[442] LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. en DE LA MATA BARRANCO, N.J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. y NIETO MARTÍN, A.: *Derecho …, op. cit.,* p. 474. En el mismo sentido FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, pp.1194-1195.

[443] CUGAT MAURI, M., en CÓRDOBA RODA, J. (dir.) y GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *Comentarios…, op. cit.*, p. 1104.

[444] GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit.,* p. 252.

[445] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios...*, op. *cit., p.* 232. Y de esta misma autora, FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII. …" en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios …, op. cit.,* p. 1126, y FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, p.1187. Y FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en Cuerda Arnau, M. L. (dir.) y Raga i Vives, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1913. En el mismo sentido RÍOS CORBACHO, J.M.: "Delitos …", en ACALE SÁNCHEZ, M. (Coordinación): *Lecciones..., op. cit.*, pp. 149-150.

[446] GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit., p.* 253.

[447] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.*, pp. 235-236.

[448] FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, p.1187

En cuanto a los otros dos supuestos mencionados en el tipo penal son la *atribución indebida del derecho de voto a quiénes legalmente carezcan del mismo*, de forma que se permite participar en la conformación de la mayoría a quiénes, o no tienen la condición de socio o bien teniéndola no tienen derecho para el ejercicio de derecho de voto, por no ser socios en el momento de la convocatoria de la junta de accionistas, o se trate de socios en situación de mora en el pago de los dividendos pasivos o que mantengan deudas con la sociedad (*v. gr.* en entidades de crédito) que determina que carezcan del derecho voto, o finalmente se trate de titulares de acciones sin voto, usufructuario o acreedor pignoraticio, o accionistas que no ostenten el número de acciones exigidos por los estatutos para tomar parte en la junta general. Y en cuanto a la *negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tengan reconocido por la Ley*, cuyos requisitos deberán analizarse de conformidad con la normativa mercantil en concreto de conformidad con la LSC y demás leyes de sociedades especiales sin que a ningún socio se le pueda privar de su derecho de voto cuando lo tiene atribuido por ley o por los estatutos de la sociedad, determinando su privación la formación de la mayoría ficticia[449]. En todo caso estos supuestos previstos en el tipo penal debemos considerarlos como un *númerus apertus*[450] ya que el propio tipo establece esta posibilidad cuando prevé *"*o por cualquier otro medio o procedimiento semejante*",* como ocurre cuando se utiliza en la junta general por los administradores las acciones adquiridas por la sociedad respecto de los socios que tengan suspendida el derecho de voto[451].

III. 3. 2. La inexistencia del ánimo de lucro como elemento subjetivo del tipo penal del art. 292 CP

La conducta del art. 292 CP, a diferencia de la adopción de los acuerdos abusivos previsto en el art. 291 CP, que como ya hemos visto expresamente prevé como elemento subjetivo el *ánimo de lucro propio o ajeno,* no exige éste en el sujeto activo[452]. Es decir, en el art. 292 CP no existe un elemento subjetivo análogo al art. 291 CP consistente en el

[449] DIAZ ECHEGARAY, J.L.: *La Responsabilidad…, op. cit.*, pp. 155-156.
[450] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios...,* op. *cit.,* p. 236: "Con la cláusula utilizada en el art. 292 CP se obliga a considerar típicos todos los medios y procedimientos de la entidad semejantes a los enumerados que permitan a un sujeto o grupo de sujetos imponer acuerdos lesivos en el seno de la junta de accionistas o del órgano de administración de la sociedad".
[451] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit., p.* 125: "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". En el mismo sentido y del mismo autor En el mismo sentido DEL ROSAL BLASCO, B.*:* "Delitos…" en DEL ROSAL BLASCO, B. (coord..): *Derecho ..., op. cit., p.* 285.
[452] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit., p.* 247.

"ánimo de lucro". Pero que no exista como elemento subjetivo del tipo, no es óbice, para que se generan dudas con relación a si el tipo del art. 292 CP exige o no el *ánimo de lucro*, es decir si es necesario que el sujeto activo haya buscado con su conducta el ánimo de lucro. Para MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, el tipo del art. 292 CP no contiene un especial elemento subjetivo del tipo, considerando que la exigencia del *ánimo de lucro* carece de sentido en el art. 292 CP, ya que el mismo no es necesario para conformar el juicio de antijuridicidad. Así el dolo del autor se proyecta sobre el elemento de perjuicio a la sociedad o a los socios, pero eso no significa que con ese ánimo de perjudicar se esté buscando un ánimo de lucro por el sujeto activo del delito[453].

No obstante, no faltan autores como DEL ROSAL BLASCO que entienden que, aunque el tipo del art. 292 CP no exige literalmente que el autor actúe con ánimo de lucro propio o ajeno, a diferencia del art. 291 CP, sin embargo, del propio tenor literal del precepto parece deducirse la exigibilidad de la existencia del ánimo de lucro, ya que el legislador exige que la actuación del sujeto activo tenga la finalidad de beneficio económico. Así la existencia del acuerdo lesivo o su aprovechamiento aparecen como claramente instrumentales respecto del provecho económico que obtiene el sujeto activo, y que lleva a su vez como contraprestación el perjuicio a la sociedad o a los socios[454]. Y es esa obtención de un beneficio, correlativo a la producción de un perjuicio, lo que determina que el tipo del art. 292 CP sólo sancione comportamientos dolosos que como hemos dicho ya abarca a todos los elementos del tipo objetivo. Ello tiene sentido en

[453] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa...op. cit.,* p. 547: "Por tanto el único elemento subjetivo del tipo será el dolo que, eso sí, evidentemente deberá abarcar todos los elementos del tipo de acción y, en particular, el conocimiento de que se causa un perjuicio (o, si se prefiere, según algunos, la situación de peligro concreto de que este se produzca) a la sociedad o a alguno de los socios, así como el conocimiento de que se obtiene un beneficio".
En el mismo sentido FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit., p.* 251: Esta autora inicialmente consideraba que era necesario el ánimo de lucro, actualmente es de la opinión que carece de sentido la exigencia del ánimo de lucro en el tipo del art. 292 CP. VALLE MUÑIZ, J.M., QUINTERO OLIVARES G. y MORALES PRATS, F.: "De los delitos …" en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios …, op. cit., p.* 998.
También MAGRO SERVET, V.: *Delitos ..., op. cit.,* p.140.
En el mismo sentido SAP de Madrid (Sección 23ª) núm. 547/2020 de 30 noviembre ARP\2021\302: FD Segundo**:** *4.* ... En lo que se refiere a su aspecto subjetivo, el tipo penal exige en el sujeto activo un elemento subjetivo del injusto representado por el ánimo de lucro, debiendo de tener el dolo por objeto tanto la acción típica como el resultado de lesión del patrimonio de los socios y la obtención de un beneficio para el sujeto activo (Faraldo Cabana).
[454] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* p. 126.
En el mismo sentido GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit.,* p. 231 para quien, si bien no se exige en el tipo penal el ánimo de lucro propio o ajeno, no obstante, éste está implícito en el tipo penal, resultando difícil imaginar que la conducta típica no tenga como finalidad la obtención de un beneficio económico tal y como se deriva de la propia estructura del art. 292 CP.

cuanto que ese beneficio es el que sirve para el cálculo de la pena de multa, que será del tanto al triplo del beneficio obtenido

En mi opinión el hecho que el tipo penal no exija el ánimo de lucro propio o ajeno determina que no podamos hacer una interpretación extensiva del tipo penal, por lo que no resulta preciso que el sujeto activo del delito se aproveche del acto. Normalmente así se producirá, pero no es un requisito del tipo. De forma que podrá consumarse la conducta del art. 292 CP, siempre que, con la adopción del acuerdo lesivo por medios fraudulentos, se produzca un perjuicio para la sociedad o de alguno de sus socios, exista o no ánimo de lucro por parte de los sujetos activos, ya que el aprovechamiento tal y como establece el art. 292 CP podrá producirse por terceros y no necesariamente sólo por los sujetos activos, lo que excluirá el ánimo de lucro.

III. 4. La conducta del delito de negación o impedimento del ejercicio de derechos societarios (art. 293 CP)

La conducta típica del art. 293 CP al tener dos modalidades, determina que estemos ante un tipo mixto alternativo[455], consistente en o bien "*negar*" o "*impedir*" el ejercicio de los derechos societarios que integran el objeto material del delito y sin que concurra una causa legal, tal y como prevé el propio tipo, que autorice a los administradores de hecho o de derecho para limitar esos derechos. En tal sentido se ha considerado este delito como un delito de mera actividad, que se consuma cuando se imposibilita o se niega mediante una conducta positiva el ejercicio de los derechos de socios que constituyen el objeto del art. 293 CP, sin que parezca que quepa una conducta omisiva en negar[456]. Y en la de impedir, con la efectiva obstaculización del ejercicio de los derechos de los socios[457], en la que sí claramente cabe la conducta omisiva, como sucederá cuando el administrador sabiendo que se va a producir la vulneración de los derechos de un socio no hace nada para evitarlo[458]. Para que sea aplicable este tipo penal, se requiere una abierta conculcación de la legislación en materia de sociedades, de forma permanente en el

[455] GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit.,* p. 258.
[456] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios...*, op. *cit., p.* 281. De la misma autora, FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado...*, *op. cit*, p. 1197. Y FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1918.
MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Código Penal II…*, *op. cit.*, p. 700: "El delito, que es de mera actividad, se consuma con la realización de la conducta típica, aunque finalmente el socio pudiera satisfacer su derecho por otro medio".
[457] GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit.,* p. 259.
[458] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios...*, *op. cit.,* p. 281.

tiempo realizando la conducta antijurídica por el sujeto activo[459] y con abuso de su cargo por los administradores de hecho o de derecho negando o impidiendo a los socios el ejercicio de los derechos previstos en el art. 293 CP.

Como tiene dicho la doctrina, en el tipo del art. 293 CP estamos ante un ilícito que encaja mejor en el ámbito mercantil que en el penal, existiendo mecanismos para su protección a través de la mencionada acción de responsabilidad social prevista en el art. 204.1 LSC, exigiendo la legislación mercantil no sólo la limitación de los derechos de los socios sino también que se cause un daño patrimonial tangible, cosa que no ocurre en el tipo penal, lo que ha llevado a la doctrina a criticar ampliamente la tipificación de estas conductas en el CP[460], pidiendo incluso su supresión[461], lo que debe determinar una interpretación restrictiva de este tipo penal[462]. En este mismo sentido y en cuanto a la

[459] FARALDO CABANA, P.: "El delito …", en TERRADILLOS BASOCO, J. M. (coord.) y ACALE SÁNCHEZ, M. (coord.): *Nuevas …, op. cit.,* pp. 65 a 116: En la jurisprudencia se afirma que estamos ante una infracción permanente, lo que significa la imposibilidad de apreciar la continuidad delictiva. En el mismo sentido GÁLVEZ JIMÉNEZ, A.: "El delito de obstaculización de los derechos del socio (artículo 293 CP)" en BUSTOS RUBIO M. (dir.) y RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F. (dir.): *El sistema socioeconómico desde el prisma del Derecho penal y la Criminología.* Pamplona, Aranzadi, 2019, pp. 199 a 225: "Si ponemos en relación la conducta típica acotada en el artículo 293 CP y el bien jurídico protegido observamos que nos encontramos ante un delito permanente. De modo que, la realización del tipo no se idéntica con la conclusión del delito, sino que este permanece por el tiempo en que la voluntad del sujeto activo mantenga la situación antijurídica originada por él mismo". GALLEGO SOLER, J.I.: "Delitos …" en CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Derecho…, op. cit., p.* 352.
En el mismo sentido STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 779/2023 de 18 de octubre, RJ 2023\395910. FD Séptimo: "Es en este punto donde debe radicar la justificación de la conminación penal 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 señalados más arriba, pues no se trata de una negativa esporádica, ocasional, puntual o aislada, sino en abierta conculcación de la legislación en materia de sociedades, con abuso de su cargo, desplegar, en síntesis, una conducta obstruccionista frente al derecho de los socios, siendo esta cualidad de persistencia en el abuso lo que por regla general debe determinar la aplicación de la ley penal…La STS 284/2015, de 12 de mayo, cataloga este delito como infracción de mera inactividad o bien obstativa, frente a los socios siendo de efecto permanente, lo que significa que su consumación se prolonga en el tiempo mientras el administrador, que desoye los requerimientos de los socios, no cumpla con las obligaciones que le vienen impuestas por la legislación mercantil…Ya en similar criterio la STS 1953/2002, de 26 de noviembre, indicaba que la estructura típica consiste en negar o impedir el ejercicio de los derechos sociales frente al requerimiento de los accionistas que persiste en el tiempo, alcanzando el efecto propio de los delitos permanentes; de modo que la renovación o reproducción del requerimiento y su desconocimiento por el infractor, no constituyen acciones típicas distintas, sino que consolidan el abuso ejercido por aquél, lo que impregna de antijuridicidad material la conducta típica".
[460] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios. ..., op. cit.,* p. 252: *"*Actualmente, la Ley de Sociedades de Capital, siguiendo el precedente de la Ley de Sociedades Anónimas, ofrece un instrumento adecuado para constreñir tanto a los administradores como a las mayorías a no rebasar en su actuación los límites de sus propias facultades, lo que permite dudar de la conveniencia de crear un tipo penal como el contenido en el art. 293 CP… la redacción del precepto se hubiese adecuado con mayor facilidad al principio de intervención mínima y a lo que constituye el objetivo de la regulación de los delitos societarios según su tenor literal: la protección del patrimonio individual de la sociedad, los socios y los terceros*"*.
[461] GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit.,* p. 257.
[462] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial..., op. cit.,* p. 552: *"*La norma penal no sólo no aporta un plus de gravedad con respecto al ilícito mercantil, sino

intervención mínima del Derecho penal en la aplicación restrictiva del art. 293 CP, existe una amplísima jurisprudencia entre las que se encuentra como más significativa la STS (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 650/2003 de 9 mayo RJ\2003\7143 que justifica la inclusión en el CP del art. 293 CP en su FD 9º[463]:

> *"*Este precepto ha sido objeto de críticas doctrinales por estimar que los derechos de los accionistas que constituyen su objeto se encuentran ya protegidos en el ámbito mercantil por lo que no se hace necesaria la tutela penal. Estas críticas desconocen, a nuestro entender, la relevancia de los derechos básicos de los accionistas que no pertenecen al grupo de control de la sociedad, la gravedad de los ataques de que pueden ser objeto, y la necesidad de una tutela contundente frente a estas agresiones, que sólo puede ser proporcionada por la intervención penal. Sin embargo, asiste la razón a los críticos en la necesidad de restringir los supuestos que justifican la intervención penal, que deben quedar limitados a los comportamientos más abiertamente impeditivos del ejercicio de estos derechos básicos, para diferenciarlos de los supuestos en que lo que se discute es simplemente la suficiencia del modo en que se ha atendido a los derechos de los accionistas, supuestos que están reservados al ámbito mercantil.*"*

La conducta del art. 293 CP, y en cuanto que no se exige en el tipo ninguna potencialidad lesiva respecto del patrimonio de los socios, no podrá plantearse la necesidad de la concurrencia del *ánimo de lucro*. Como afirma NUÑEZ CASTAÑO, "lo que se trata es de obstaculizar el ejercicio de los derechos de los socios, respecto de lo cual es absolutamente irrelevante cual sea el ánimo o finalidad con el cual se realice el comportamiento*"*[464].

III. 5. La conducta del delito de negación o impedimento de la labor inspectora o supervisora de la Administración (art. 294 CP)

En el art. 294 CP, al igual que ocurre con en el art. 293 CP, nos encontramos con una doble conducta, consistente en *negar o impedir* la actuación de las personas, órganos o

---

que, antes, al contrario, cabe afirmar que en su literalidad amenaza con una pena criminal la ejecución de conductas que materialmente pueden incluso n llegar a comportar la exigencia de una responsabilidad extrapenal*"*.

[463] STS (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 650/2003 de 9 mayo RJ\2003\7143: FD 9º. En el mismo sentido STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 297/2019 de 5 junio RJ\2019\2218: Dicho tipo aparece analizado en la STS Sala 2ª, de 07-06-2017, nº 413/2017 (RJ 2017, 2845), rec. 2015/2016, FD. 3º y han sido seguidas por el Auto del TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 386/2022 de 17 marzo RJ\2022\1941; STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 729/2021 de 29 septiembre RJ\2021\4468. Y en el mismo sentido la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 91/2013 de 1 febrero RJ\2013\1847; STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 413/2017 de 07 de junio RJ\2017\2845.

[464] GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit., p.* 234.

entidades inspectoras o supervisoras, si bien parece que negar la actuación inspectora no es posible por lo que la conducta debe quedar limitada la conducta a la de impedir esa actuación inspectora o supervisora obstaculizando la misma, resultando superfluo por tanto el verbo "*negar*" en el tipo 294 CP[465]. La obstaculización o impedimento de los órganos o entidades inspectoras o supervisoras debe ser absoluta y grave y es lo que determina la consumación del delito, de forma que, si la obstaculización o impedimento fuera parcial y no absoluto, la conducta no podrá considerarse típica e incurrirá en las correspondientes infracciones administrativas[466]. Y a diferencia del art. 293 CP no se ha introducido la cláusula "sin causa legal", lo que parece un olvido lamentable, ya que pueden existir causas legales que permitan negar o impedir el ejercicio de las facultades de inspección y supervisión[467]. Estamos en consecuencia ante un supuesto de infracción formal de un deber extrapenal específico, regulado por las leyes del Derecho administrativo, que se ha elevado a la consideración de delito, lo que hace que debamos realizar una interpretación restrictiva de los elementos que comportan la conducta consistente en negar o impedir la actuación inspectora o supervisora[468]. Como apunta FOFFANI, en los últimos años hemos asistido a

> "una verdadera y propia difusión gota a gota de instrumentos de tutela penal de las funciones de las autoridades administrativas independientes, y entre los sectores en los que se ha empleado el instrumento penal se encuentra el de la obstaculización con medios (más o menos) fraudulentos al ejercicio de las funciones de vigilancia"[469].

Para que la conducta del art. 294 CP sea típica, se requiere que exista un requerimiento previo, expreso y fehaciente por escrito de inicio de las actividades inspectores o

---

[465] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios..., op. cit.,* pp. 329-330. RÍOS CORBACHO, J.M.: "Delitos …", en ACALE SÁNCHEZ, M. (Coordinación): *Lecciones..., op. cit.,* pp. 155-156: "Por su parte, negar significa en el ámbito del art. 294 CP decir que no a lo que se pretende o se pide, o no concederlo; de otro lado prohibir o vedar, impedir o estorbar -acepciones 3ª y 4ª del DRAE-, son significados que, a su vez, parecen quedar incluidos dentro del verbo impedir, por lo que la conducta de negar se convierte en superflua".

[466] GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit.,* p. 236.
En el mismo sentido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial ..., *op. cit.,* p. 571. Y CUGAT MAURI, M., en CÓRDOBA RODA, J. (dir.) y GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *Comentarios…, op. cit.,* p. 1112.

[467] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios...,* op. *cit.,* p. 331. De esta misma autora, FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, p.1209. Y FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1923.

[468] GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit.,* p. 260.

[469] FOFFANI, L: "Obstaculización de la función de vigilancia y tutela penal de las autoridades administrativas independientes", en TERRADILLOS BASOCO, J. M. (coord.) y ACALE SÁNCHEZ, M. (coord.): *Nuevas tendencias en derecho penal económico.* Cádiz, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2008, pp. 117 a 132.

supervisoras, porque así lo exige la normativa administrativa aplicable y ello con la finalidad de no infringir el principio de no contradicción del Ordenamiento jurídico, ya que sin ese requerimiento no se incumple la obligación de someterse al mismo y darle la debida contestación[470]. Además, las facultades de supervisión se limitan a la vigilancia o control de la actuación de las personas y entidades sometidas a dicha supervisión, y que se concreta en la exigencia de una determinada conducta o modificar la misma, y en la aportación de documentos, mientras que las facultades de inspección complementan a las de supervisión estableciendo deberes positivos del ente sujeto a supervisión[471]. En cuanto que en el art. 294 CP se está sancionando una infracción formal que encuentra su fundamento en la desobediencia del requerimiento de inspección y supervisión de los órganos de la Administración Pública, cuando la falta de inspección o control se deba a negligencia de la Administración Pública, la conducta resultará atípica a efectos del art. 294 CP[472]. Además, la conducta de negar o impedir no tiene porqué coincidir temporalmente con el requerimiento de los órganos de inspección o supervisión[473]. Como ejemplos de conductas que serán objeto del art. 294 CP se encuentran no sólo la no contestación de requerimientos debidamente cursados por los órganos de inspección y supervisión, sino también la entrega de documentación contable de la sociedad falsa, en cuyo caso existirá un concurso de delitos ideal con el art. 290 CP o la negativa a facilitar la entrada a los órganos de inspección o supervisión en los locales de la sociedad para examinar la documentación social[474]. Lo que está claro es que la conducta consistente en la negativa a suministrar la información requerida como el impedimento de la actuación inspectora, debe tener una entidad y gravedad suficiente para poder ser objeto de responsabilidad penal del art. 294 CP[475].

En este sentido en relación con el tipo del art. 294 CP a la fecha de la presente Tesis Doctoral no hay ninguna STS que haya juzgado conducta alguna que viole dicho precepto, sin duda por razones de aplicación de las normas de Derecho administrativo

[470] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios..., op. cit.,* pp. 331. En el mismo sentido REQUEJO NAVEROS, M. T.: "Delitos …" en LIÑÁN LAFUENTE, A. (coord.): *Delitos ..., op. cit.,* p. 360.
[471] FARALDO CABANA, P.: *Idem*, p. 321.
[472] GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit.,* p. 236. En el mismo sentido MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho…, op. cit.,* p. 566: "Cuando la falta de inspección o control se deba más a la negligencia de la Administración que a la obstaculización misma que opone la sociedad, no habrá este delito".
[473] FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1923
[474] MESTRE DELGADO, E. "Delitos…", *op. cit.*, pp. 553.
[475] MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Código Penal II…*, *op. cit.*, p. 704.

sancionador que conllevan mayor penalidad que la pena prevista en el propio tipo penal. Desde el punto de vista jurisprudencial, se exige que la entidad realice una conducta obstruccionista frente a la actuación inspectora o supervisora de los órganos de la administración pública sobre aquellas sociedades que actúan en mercados sujetos a supervisión administrativa (SAP de Barcelona de 7 de octubre de 2019 (ARP 2020, 114) y SSAP de Valencia de 28-1-2009 (PROV 2010, 181038) y 29-05-2009 y SAP de Baleares de 19-5-2000.

IV. El objeto material de los delitos societarios

IV. 1. El objeto del delito de falsedad de las cuentas anuales y documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad (art. 290 CP)

El objeto material del delito del art. 290 CP está constituido por "las cuentas anuales u otros documentos que deben reflejar la situación jurídico o económica de la entidad"[476].Con el tipo del art 290 CP el legislador, pretende garantizar los intereses económicos de la propia sociedad, de sus socios y de sus acreedores incluso de los posibles socios y acreedores futuros[477]. El art. 290 CP describe el objeto material de este delito de forma amplia y no cerrada, al estar constituido no sólo por las cuentas anuales, sino también por todos aquellos documentos mercantiles que deben reflejar la situación jurídica y económica de la entidad[478]. En todo caso deberá restringirse la aplicación del tipo a aquellos supuestos en los que exista un deber legal de presentación o elaboración del documento, ya sea porque así lo establezca la legislación mercantil, lo estatutos de la sociedad y resto de la normativa interna de la misma, o por las normas que puedan establecerse por los organismos de control o supervisión. En consecuencia, en aquellos casos en los que no exista dicho deber, la falsedad del documento social no será típica,

[476] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 2ª Edición, p. 125. FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1901: Esta autora entiende que estamos ante una cláusula parcialmente abierta lo que ha provocado una gran polémica doctrinal.

[477] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 6ª Edición. pp. 497-498.

[478] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 209/2023 de 22 marzo RJ\2023\1900: FD Segundo: Las cuentas anuales son aquellas que el empresario debe formular al término de cada ejercicio económico y que comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria. Entre los demás documentos cuyo contenido no puede ser falseado so pena de incurrir en el tipo del art. 290 del C. Penal se encontrarán, sin que esto signifique el cierre de la lista de los posibles objetos del delito, los libros de contabilidad, los libros de actas, los balances que las sociedades que cotizan en Bolsa deben presentar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, los que las entidades de crédito deben presentar al Banco de España y, en general, todos los documentos destinados a hacer pública, mediante el ofrecimiento de una imagen fiel de la misma, la situación económica o jurídica de una entidad que opera en el mercado (STS 1458/2003, de 7-11). (STS nº 822/2015, de 14 de diciembre).

aunque se haya dirigido a la sociedad, socios o terceros e incluso sea apta para perjudicar el patrimonio de éstos, y en estos casos no estaremos ante un delito societario del art. 290 CP, sino ante un delito de falsedad en documento mercantil previsto en el art. 392 CP (*v. gr*. un poder general para pleitos, que no tendrá cabida en el concepto de documentos sociales a los efectos del art. 290 CP)[479]. Por tanto, la información falsa debe estar contenida en documentos mercantiles de carácter obligatorio y que sean exigibles, tal y como se desprende del propio art. 290 CP, que utiliza la expresión "deban reflejar" cuando se refiere a que los documentos reflejen la situación jurídica o económica de la sociedad[480]. No obstante, la doctrina no es unánime al considerar cuáles son los documentos mercantiles susceptibles de falsedad, que irían desde aquellos que consideran que deben reducirse únicamente a aquellos en los que existe una obligación legal de llevarlos[481], a aquellos otros que consideran que deben también incluirse los exigidos reglamentaria y estatutariamente, sin que falten aquellos que consideran que sólo serán los documentos que afectan a la situación jurídico-económica de la empresa y sean susceptibles de inscripción en el RM, o que la falsedad suponga un grado de afectación al patrimonio de la sociedad y al derecho de información de los socios y terceros afectados y finalmente lo que consideran que es necesario que los documentos tengan virtualidad para comprometer el buen funcionamiento de la empresa[482].

En mi opinión los documentos falseados capaces de ser objeto material del delito del art. 290 CP, son exclusivamente los de naturaleza oficial sin necesidad que exclusivamente sean los mencionados en el Cco. y en el RRM[483], entendiendo por éstos

[479] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Idem*, p. 503. En el mismo sentido REQUEJO NAVEROS, M. T.*:* "Delitos …" en LIÑÁN LAFUENTE, A. (coord.): *Delitos …, op. cit.,* p. 350: "No se puede sostener que esta consideración se predique de cualquier documento social, sino que han de ser documentos mercantiles que merezcan una especial protección al tener como función legalmente encomendada el dar a conocer a socios y a terceros la situación jurídica y/o económica de la entidad".

[480] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit., p.* 105. En el mismo sentido FRANCÉS LECUMBERRI, P.: *El delito …, op. cit.,* pp. 196 y ss.: Para esta autora deberá excluirse del tipo del art. 290 CP aquellos documentos que no sean obligatorios, no emanen de la sociedad, no tengan la consideración de documento mercantil y finalmente que no estén dentro de la esfera del administrador. En el mismo sentido en cuanto a que debe tratarse de documentos de naturaleza mercantil *Vid.* PAVÓN HERRADÓN, D.: *El delito …, op. cit.,* pp. 268-276.

[481] FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII. …" en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios …, op. cit.,* p. 1121: "…no pudiendo incluirse en el ámbito típico las falseades que se contengan en documentos mercantiles emitidos al margen de toda obligación legal y por motivos no estrictamente societarios que no tiendan a reflejar la situación social".

[482] GALLEGO SOLER, J.I.: "Delitos …" en CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Derecho…, op. cit.,* p. 339.

[483]STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 779/2023 de 18 de octubre, RJ 2023\395910. FD Undécimo: "La jurisprudencia, recogida en la sentencia 803/2021, de 20 de octubre, señala que gozan de la naturaleza de documentos mercantiles todos aquellos documentos que recojan una operación de comercio o tengan

los que tienen la obligación los administradores de llevar en el ejercicio de sus funciones, de acuerdo con la ley, y que sirven para poner de manifiesto tareas sociales, institucionales y legítimamente propias de los administradores y que van dirigidos no sólo al espectro interno de la sociedad sino también aquellos con transcendencia externa. De esta forma entiendo que, sólo podrá calificarse la alteración de la veracidad del documento como falsedad del art. 290 CP, cuando el ordenamiento jurídico dota de especial eficacia a este contenido, estableciendo la obligación de los sujetos autorizados, los administradores de hecho o de derecho, a emitirlos de forma veraz[484]. En tal sentido quedarán incluidos junto con las cuentas anuales, también los documentos oficiales que deben presentarse a los organismos públicos, *v. gr*. los folletos informativos de la emisión de valores que se presentan ante la CNMV[485], o los estados contables que las entidades de crédito deben presentar ante el BdE y el Banco Central Europeo. Resulta clarificadora la SAN de 17 de octubre de 2017 (caso CAM) que siguiendo la jurisprudencia SSTS nº 228/16, de 17 de marzo de 2016; nº 822/15, de 14 de diciembre 2015; nº 194/13, de 7 de marzo de 2013 y nº 655/10, de 13 de julio de 2010, considera como objeto del art. 290 CP:

> "los libros de contabilidad, los libros de actas, los balances que las sociedades que cotizan en Bolsa deben presentar a la Comisión Nacional del Mercando de Valores, los que las entidades de crédito deben presentar al BdE y, en general, todos los documentos destinados a hacer pública, mediante el ofrecimiento de una imagen fiel de la misma, la situación económica o jurídica de una entidad que opera en el mercado".

En consecuencia, estamos ante un *numerus apertus* los documentos que deben quedar incluidos en el tipo del art. 290 CP, siempre que la falsedad de estos sea idónea para causar un perjuicio y reflejen la situación jurídica y económica de la sociedad y sea realizada por quiénes tienen la consideración de administradores de hecho o de derecho y se trate de documentos cuya llevanza o emisión resulta legalmente obligatoria[486]. La

validez o eficacia para hacer constar derechos y obligaciones de tal carácter o sirvan para demostrarlos, manteniéndose en la actualidad un concepto amplio de documento, que no se reduce a los expresamente establecidos en el Código de Comercio y la Legislación mercantil (STS de 4 de febrero de 2010)".

[484] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios*..., op. *cit.,* pp. 137-139.

[485] PÉREZ VALERO, I: PÉREZ VALERO, I: *El delito …, op. cit.,* pp. 370-385: "Por ello se trata de un modelo de falsedades en el balance, que protege sólo algunos de los documentos oficiales en función de su relevancia informativa, y no de falsedades en la información social, en cuyo caso habría de proteger todos los documentos elaborados por un administrador".

[486] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.,* pp. 187-189.

jurisprudencia se ha encargado de delimitar el objeto del delito del art. 290 CP en su STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 313/2019 de 17 junio RJ\2019\3105: FD Séptimo[487]:

> "2. Los elementos del delito tipificado en el artículo 290 del Código Penal, según criterio reiterado de esta Sala (STS 865/2005, de 24 de junio (RJ 2005, 6896), por todas), son los siguientes: a) la acción típica consiste en el falseamiento de cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad. Por cuentas anuales, se entiende el balance, la cuenta de resultados (pérdidas y ganancias) y la memoria anual. Pero al referirse el tipo penal a otros documentos, se convierte en un concepto amplísimo, máxime cuando no se trata estrictamente de documentos económicos, sino aquellos otros que puedan reflejar la "situación jurídica", lo que nos conduce a dificultades de interpretación, ya que no se puede llegar a comprender si queda algún elemento documental excluido, en razón a la amplitud del término "situación jurídica". Por si fuera poco, el propio concepto de lo que entiende por documento en el art. 26 del Código Penal (a los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica) extiende aún más la interpretación".

En todo caso debe tratarse de documentos mercantiles en los términos previstos en el art. 26 CP, y por tanto debe cumplirse la exigencia de aparecer en un "*soporte material*", para que sea aplicable el delito, lo que lleva a excluir del mismo las comunicaciones verbales[488]. Pero el hecho que estemos hablando de soporte material determina que no necesariamente debe ser un documento escrito en papel, sino cabe tanto la inclusión de otros soportes propios de las nuevas tecnologías: vídeos, CD, memorias USB, DVD, Blu-ray, documentos en pdf, Word, Excel, PowerPoint etc. Por lo que tendrán cabida todos

[487] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 313/2019 de 17 junio RJ\2019\3105: FD Séptimo. En el mismo sentido STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 133/2024 de 14 febrero, JUR\2024\69666, FD Segundo: "2.-…Y como señala la jurisprudencia de esta Sala, SSTS 655/2010, de 13-7; 194/2013, de 7-3; 822/2015, de 14-12; 228/2016, de 17-3; 558/2018, de 15-11, el tipo descrito en el art. 290 del C. Penal consiste en el falseamiento de las cuentas anuales o de otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad. El falseamiento puede serlo de las "cuentas anuales" o de "otros documentos". El objeto material sobre el que debe recaer este delito, con el que se trata de fortalecer los deberes de veracidad y transparencia que en una libre economía de mercado incumben a los agentes económicos y financieros, se determina en la definición legal con un "numerus apertus" en el que sólo se singularizan, a modo de ejemplo, las cuentas anuales, esto es, las que el empresario debe formular al término de cada ejercicio económico y que comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria. Entre los demás documentos cuyo contenido no puede ser falseado so pena de incurrir en el tipo del art. 290 del C. Penal se encontrarán, sin que esto signifique el cierre de la lista de los posibles objetos del delito, los libros de contabilidad, los libros de actas, los balances que las sociedades que cotizan en Bolsa deben presentar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, los que las entidades de crédito deben presentar al Banco de España y, en general, todos los documentos destinados a hacer pública, mediante el ofrecimiento de una imagen fiel de la misma, la situación económica o jurídica de una entidad que opera en el mercado".

[488] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial ..., *op. cit.*, *p.* 504.

los medios que sean susceptibles de afectar a la funcionalidad del documento y que sean relevantes y aptos para poner en peligro o lesionar el patrimonio social, de los socios o terceros[489]. Lo que resulta necesario es que el soporte perdure en el tiempo (carácter de perpetuidad), sea atribuido a una o varias personas (función de garantía) y tenga significación o transcendencia jurídica es decir esté destinada al tráfico jurídico[490]. En cuanto a la incorporación de juicios de valor en los documentos sociales y su inclusión en el art. 290 CP, no debe existir obstáculo para incluir en éste los documentos basados en valoraciones carentes de todo rigor técnico, ya que la finalidad del precepto es abarcar también las falsedades ideológicas propias de la ingeniería financiera, si bien deberá estarse al caso concreto y a la normativa contable en el sector de actividad de que se trate[491]. En cuanto al informe de auditoría que realizan los auditores anualmente al revisar las cuentas anuales, si bien se considera elemento probatorio del delito, sin embargo, no se puede considerar objeto material del delito, al no estar expresamente mencionado en el art. 290 CP ni realizado por los sujetos activos de este delito, y lo mismo aquellos documentos internos de la sociedad que deban permanecer en la esfera interna pero que no tienen trascendencia ni efectos probatorios para terceros ajenos a la misma[492].

IV. 1. 1. Las cuentas anuales

IV. 1. 1. 1. Las obligaciones de los empresarios y administradores sociales en relación a las cuentas anuales

Tal y como establece el art. 25.1. Cco. los empresarios tienen la obligación de llevar una contabilidad ordenada y adecuada a su actividad que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios. Esta obligación, tal y como apunta SÁNCHEZ CALERO se encuentra en el interés general de que la contabilidad sea exacta porque el Estado por razones fiscales desea conocer del resultado de los negocios de los empresarios, pero también la protección de los acreedores sociales por una autenticidad de los balances, que sirven para la determinación del valor del patrimonio social y de los resultados del ejercicio, y

[489] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios...,* op. *cit., p.* 127. De la misma autora FARALDO CABANA, P.: *El delito…, op. cit.,* pp. 50-51.
[490] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit., p.* 186.
[491] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial ..., *op. cit., p.* 505.
[492] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios. ..., op. cit.,* pp. 134-135. Y de la misma autora FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit,* p.1162. De la misma autora, FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII. …" en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios …, op. cit.,* p. 1121.

finalmente en interés de los propios socios al participar éstos en el beneficio social, cuyo cálculo es el resultado del balance[493]. Con la finalidad de saber en todo momento por los socios, acreedores y terceros que se relacionan con las sociedades la verdadera situación económica de las mismas y sus resultados económicos, el legislador se ha encargado de establecer un régimen pormenorizado de la contabilidad que deben llevar las sociedades mercantiles. Así en el ámbito de la UE estas obligaciones contables, se encuentran reguladas en la Cuarta y Séptima Directiva comunitaria en materia de sociedades, así como en las NIC, las NIIF y las IASB[494], que han ido sustituyendo paulatinamente a los GAAP. El legislador español optó porque las NIC/NIIF no tuvieran una eficacia o aplicación directa en el ordenamiento jurídico español, sino que deberían adaptarse en nuestro ordenamiento interno a través de instrumentos normativos[495]. En tal sentido, en el derecho español, la adaptación se llevó a cabo a través de la Ley 16/2007, de 4 de julio de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la UE, y por el RD 1514/2007, de 16 de noviembre que introduce el nuevo Plan General Contable. Por otra parte, el Cco. regula con carácter general las obligaciones contables de todos los empresarios en sus arts. 25 a 49, mientras que la LSC se encarga de regular de forma pormenorizada el régimen aplicable a las sociedades de capital en su Título VII dividido a su vez en seis capítulos (arts. 253 a 284 LSC)[496].

En cuanto a la forma de la llevanza de la contabilidad por los empresarios, el art. 28 Cco establece los siguientes libros obligatorios para todos los empresarios: a). *El libro de Inventarios y Cuentas anuales* que se abre con el balance inicial detallado de la empresa y en el que al menos de forma trimestral se transcribirán con sumas y saldos los balances de comprobación e igualmente se transcribirán también el inventario de cierre de ejercicio y las cuentas anuales. b) *El libro Diario* en el que se registrará día a día todas las operaciones relativas a la actividad de la empresa, siendo válido la anotación conjunta de los totales de las operaciones por períodos no superiores al trimestre siempre que su detalle aparezca en otros libros o registros concordantes, de acuerdo con la naturaleza de

[493] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: *Principios..., op. cit.,* p. 83.
[494] El IASB no es un organismo de la UE sino un organismo privado formado por expertos contables y auditores de cuentas a nivel mundial.
[495] GALLEGO SÁNCHEZ, E. y FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: *Derecho…, op. cit.,* p. 70.
[496] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I…, op. cit.,* p. 564.

la actividad de que trate[497]. En relación con los requisitos de la llevanza de los libros contables, ésta corresponde a los propios empresarios o a personas autorizadas por éstos, sin perjuicio de la responsabilidad de los primeros (art. 25.2 Cco.), estableciéndose a su vez unos requisitos formales para salvaguardar la veracidad de los libros que se pueden clasificar en *extrínsecos e intrínsecos*[498]. Entre los *requisitos extrínsecos* se encuentran la necesaria legalización de los libros contables por parte del RM del domicilio del empresario, haciendo constar en el primer folio de cada libro una diligencia firmada, reflejando los folios que tenga y se sellen todas sus hojas, pudiendo realizarse la legalización a priori, antes de su utilización o a posteriori (arts. 329 a 337 RRM). La función que desempeña la legalización es esencial al otorgar una presunción de legitimidad y veracidad de los asientos que contienen los libros, pudiéndose realizar la legalización antes o después de su utilización, siempre que en el segundo caso se realice dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de cierre del ejercicio[499].

Y en cuanto a los *requisitos intrínsecos* el art. 29 Cco. establece que todos los libros y documentos contables deben ser llevados, cualquiera que sea el procedimiento utilizado, con claridad, por orden de fechas, sin espacios en blanco, interpolaciones, tachaduras ni raspaduras salvándose a continuación, inmediatamente que se adviertan, los errores u omisiones padecidos en las anotaciones contables y sin que se puedan utilizar abreviaturas o símbolos cuyo significado no sea preciso con arreglo a la Ley, el Reglamento o la práctica mercantil de general aplicación. Las anotaciones contables deberán hacerse expresando los valores en euros (art. 27 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre sobre introducción del euro). Además, los empresarios, sus herederos o en su caso los liquidadores de la sociedad mercantil están obligados a conservar los libros, correspondencia, documentación y justificaciones concernientes a su negocio, debidamente ordenados durante el plazo de seis años a partir del último asiento realizado en los libros, salvo que las disposiciones generales o especiales puedan establecer otro plazo distinto (art. 30.1 Cco.). Siendo la contabilidad de los empresarios secreta sin perjuicio de lo que respecto de esta obligación puedan establecer las leyes (art. 32.1 Cco.). Y la última de las obligaciones se produce cuando la sociedad se encuentre en situación

[497] Junto con los libros contables aparecen aquellos libros que, sin tener la consideración de libros contables, sin embargo, son obligatorios sólo para algunos de los empresarios siendo de suma importancia para documentar la vida de la sociedad tal y como indica el art. 26.1 Cco, y que son los Libros de actas, en las que constan todos los acuerdos tomados por las Juntas generales y especiales y los demás órganos colegiados de la sociedad.
[498] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: Principios..., *op. cit.*, pp. 84-85.
[499] GALLEGO SÁNCHEZ, E. y FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: *Derecho…, op. cit., p.* 74.

de concurso en cuyo caso las personas que están obligadas a llevar la contabilidad deben presentar al realizarse la solicitud del concurso, entre otros documentos, las cuentas anuales, y en su caso los informes de gestión o informes de autoría correspondiente a los tres últimos ejercicio (art. 8.1 LCon), pudiendo el juez de lo mercantil ante el incumplimiento de la llevanza de la contabilidad por el empresario declarar el concurso como culpable[500].

La LSC establece en sus arts. 253 y 270 las obligaciones de los administradores de las sociedades de capital, que son análogas en el resto de las sociedades mercantiles como las de base mutualista, v.gr. las cooperativas y las mutuas, en relación a la formulación de las cuentas anuales. Y en sentido análogo el Cco. establece una serie de obligaciones de los administradores, sean personas físicas o jurídica, de formular anualmente no sólo el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias sino también una memoria que tiene un carácter limitado cuando se trata del empresario individual.[501] Constituyen en consecuencia obligaciones de los administradores en relación con las cuentas anuales las siguientes: a) *Formular las cuentas anuales y el informe de gestión* en el plazo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social, que incluirá, cuando proceda, el estado de información no financiera y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados (Art. 253.1 LSC). b) *Firmar las cuentas anuales y el informe de gestión*, incluido cuando proceda, el estado de información no financiera, de forma que si faltara la firma de alguno de ellos se deberá señalar en cada uno de los documentos que falte con expresa indicación de la causa (Art. 253.2 LSC). Con esta obligación, el Código de Comercio en su art. 37 quiere hacer responsable a los administradores de la sociedad de la redacción de las cuentas anules[502]. c) Formuladas las cuentas anuales, deberán los administradores *someter las mismas a la verificación de los auditores de cuentas*, en el plazo de un mes desde que las reciban los administradores (art. 270 LSC). Quedan en todo caso excluidas de verificación por los auditores las cuentas anuales de las sociedades mercantiles que por su pequeña dimensión no cumplan los requisitos que establece el art. 263.2 LSC[503]. d) *Poner a disposición de*

[500] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: Principios..., *op. cit., p.* 86.
[501] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J: *Ibidem.*
[502] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J: *Idem, p.* 88.
[503] Art. 263.2 LSC: Se exceptúa de esta obligación a las sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes: a) Que el total de las partidas del activo no supere los dos millones ochocientos cincuenta mil euros. b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los cinco millones setecientos mil euros. c) Que el número

los socios tanto las cuentas anuales como el informe de auditores de cuentas, junto con la convocatoria de la junta general, siendo un requisito que de no cumplirse determinará la negativa en la calificación en el depósito de las cuentas anuales en el RM (art. 272.2 LSC). Esta puesta a disposición de los socios de las cuentas anuales constituye una de las manifestaciones principales del derecho de información que tienen los socios, y que tanta trascendencia tiene desde el punto de vista de los delitos societarios (arts. 290 y 293 CP), ya que el conocimiento de las cuentas anuales les permitirá aprobar o rechazar las mismas en la junta general ordinaria y aprobar o censurar la labor realizada por los administradores durante el ejercicio económico anterior[504]. Y finalmente tienen la obligación de *redactarlas de forma clara y veraz* de forma que den una *imagen fiel* del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad[505] tal y como exigen los arts. 254.2 LSC y el art. 34.2. Cco. En el caso que las cuentas anuales respondan a la contabilidad de la empresa y ésta a su vez refleje la imagen fiel o verdadera situación económica de la entidad, la conducta en ningún caso quedará incluida dentro del tipo penal del art. 290 CP[506] Y de igual manera no hay falsedad de cuentas anuales cuando se realiza una valoración inexacta de una inversión en una sociedad[507]

La exigencia de dar una *imagen fiel* de la sociedad lleva al legislador a considerar que las cuentas anuales de las sociedades mercantiles constituyen una unidad, de forma que deben redactarse con claridad bajo sanción de nulidad de la totalidad de estas, en el caso de que alguna de sus partes no respondiera a la realidad o no siguiera las normas contables fijadas para las mismas. Y ello es consecuencia de que la estructura y contenido de los documentos que integran las cuentas anuales se debe ajustar a los modelos aprobados reglamentariamente (art. 254.3 LSC), estando las partidas debidamente separadas según los citados modelos y sin perjuicio de la posibilidad de agrupar las mismas, tal y como prevé el art. 256 LSC, y siendo uno de los derechos de los socios la impugnación de las

medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a cincuenta. Las sociedades perderán esta facultad si dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos, dos de las circunstancias a que se refiere el párrafo anterior.

[504] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I..., op. cit.,* p. 565.

[505] Expresión procedente del inglés: *True and fair view.*

[506] SAP de Salamanca (Sección 1ª) núm. 60/2008 de 11 de julio, ARP 2008\524. FD Cuarto: "En consecuencia, si no puede afirmarse como debidamente acreditada la discordancia manifiesta de las referidas cuentas y demás documentos contables con la verdadera situación económica de la entidad, se halla ausente el presupuesto necesario para la existencia del delito previsto en el artículo 290 CP, procediendo, por tanto, el rechazo de este motivo de impugnación".

[507] STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 503/2019 de 24 octubre, RJ 2019\4292. FD Tercero.

cuentas anuales y su declaración de nulidad por los jueces.

IV. 1. 1. 2. El contenido de las cuentas anuales

El contenido de las cuentas anuales queda delimitado en los arts. 35 del Cco. y 254.1 LSC, comprendiendo *el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria*, constituyendo todas ellas una unidad bajo sanción de nulidad en los términos antes expuestos. El balance constituye el documento contable fundamental de la sociedad, del que se desprende el valor del patrimonio al final del ejercicio y su valor respecto de la cifra de capital social. Está formado por tres grandes partidas tal y como prevé el art. 35.1. Cco.: el activo – bienes y derechos de los que es titular la sociedad-; el pasivo -deudas y obligaciones de la sociedad- y el patrimonio neto – formado por el capital, las reservas voluntarias y obligatoria y recursos propios de la sociedad. Constituye en consecuencia un cuadro o representación gráfica de los saldos de las cuentas del activo y del pasivo que resumen la contabilidad del ejercicio mostrando la imagen fiel de la sociedad en el momento del cierre del ejercicio y determinando su resultado positivo o negativo según haya aumentado o no el patrimonio neto de la sociedad[508].

La cuenta de pérdidas y ganancias recoge con la debida separación, los beneficios y pérdidas de cada ejercicio social mostrando el resultado contable del mismo, o en términos del art. 35.2 Cco. los ingresos y gastos del ejercicio y por diferencias el resultado de este, distinguiendo entre el resultado de la actividad ordinaria de los que no lo son[509]. La cuenta de pérdidas y ganancias constituye un documento complementario del balance diferenciándose de éste en el sentido que el balance ofrece una visión estática de la situación patrimonial financiera de la empresa, mientras que la cuenta de pérdidas y ganancias suministra una visión dinámica ofreciendo no sólo el resultado del ejercicio, que también aparece en el balance, sino también las causas que han generado ese resultado[510]. De conformidad con el art. 36.2 Cco. forman parte de la cuenta de pérdidas y ganancias los siguientes elementos: los ingresos que constituyen los incrementos en el patrimonio neto durante el ejercicio, ya sea en forma de entradas o aumentos en el valor de los activos, o de disminución de los pasivos, siempre que no tengan su origen en aportaciones de los socios o propietarios. Y los gastos constituidos por los decrementos

[508] GALLEGO SÁNCHEZ, E. y FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: *Derecho…, op. cit.,* p. 78.
[509] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I…, op. cit.,* pp. 567-568.
[510] GALLEGO SÁNCHEZ, E. y FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: *Derecho…, op. cit.,* pp. 80-81.

en el patrimonio neto durante el ejercicio, ya sea en forma de salidas o disminuciones en el valor de los activos, o de reconocimiento o aumento de los pasivos, siempre que no tengan su origen en distribuciones a los socios o propietarios. Por tanto, los ingresos y gastos deberán imputarse al resultado de este salvo cuando en aplicación de la Ley o norma reglamentaria proceda su imputación directa al patrimonio neto.

La memoria completará, ampliará y comentará el contenido de los otros documentos que integran las cuentas anuales (art. 259 LSC y 35.5 Cco.). En palabras de BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ la memoria "aclara con palabras la información esencialmente numérica recogida en los otros documentos contables"[511]. La memoria suministra datos complementarios, explicaciones y aclaraciones pertinentes sobre los estados contables realizando una descripción fácilmente comprensible y completando la información suministrada por el resto de los documentos de las cuentas anuales, pero también incorporando información relevante de la vida de la sociedad que no consta en los estados contables[512]. El estado de cambios en el patrimonio neto se introdujo con la reforma contable del 2007, y constituye un documento complementario de la cuenta de pérdidas y ganancias, siendo obligatorio para las sociedades mercantiles que no pueda formular balance en modelo abreviado. Como indica el art. 35.3. Cco. el ECPN tiene dos partes: la primera refleja exclusivamente los ingresos y gastos generados por la actividad de la empresa durante el ejercicio, distinguiendo entre los reconocidos en la cuenta de pérdidas y ganancias y los registrados directamente en el patrimonio neto; y la segunda contiene todos los movimientos habidos en el patrimonio neto, incluidos los procedentes de transacciones realizadas con los socios o propietarios de la empresa cuando actúen como tales. Y también se informará de los ajustes al patrimonio neto debidos a cambios en criterios contables y correcciones de errores. En cuanto al contenido de sus elementos son los mismos que los anteriormente mencionados para la cuenta de pérdidas y ganancias (art. 36.2 Cco.). El estado de flujos de efectivo, al igual que ocurre con ECPN, es obligatorio sólo para las sociedades que no pueden formular balance abreviado, y como indica el art. 35.4. Cco. pone de manifiesto, debidamente ordenados y agrupados por categorías o tipos de actividades, los cobros y los pagos realizados por la empresa, con el fin de informar acerca de los movimientos de efectivo producidos en el ejercicio. Y el informe de gestión en sentido estricto no forma parte de las cuentas anuales[513], si bien

[511] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I..., op. cit.,* p. 568.
[512] GALLEGO SÁNCHEZ, E. y FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: *Derecho..., op. cit.,* p. 81.
[513] GALLEGO SÁNCHEZ, E. y FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: *Derecho..., op. cit.,* p. 82.

resulta obligatorio su elaboración para todas aquellas sociedades que no puedan formular balance y ECPN abreviados. El informe de gestión contiene una exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación de la sociedad teniendo en cuenta la magnitud y la complejidad de esta. Igualmente constará en el informe de gestión una descripción de los principales riesgos e incertidumbres a los que se enfrenta, incluyendo indicadores clave financieros como, cuando proceda, de carácter no financiero, que sean pertinentes respecto de la actividad empresarial concreta, incluida información sobre cuestiones relativas al medio ambiente, al personal y al cumplimiento de reglas en materia de igualdad y no discriminación y discapacidad en clara alusión a la responsabilidad social corporativa, exceptuándose de esta obligación de incluir información de carácter no financiero, a las sociedades que tienen la calificación de empresas pequeñas y medianas de acuerdo con la Directiva 34/2013. En el informe de gestión también deberán constar los acontecimientos importantes para la sociedad ocurridos después del cierre del ejercicio, la evolución previsible de aquélla, las actividades en materia de investigación y desarrollo y las adquisiciones de acciones propias. A la vista de lo anterior en mi opinión el informe de gestión sí que puede ser objeto material del delito del art. 290 CP porque, aunque no forma parte de las cuentas anuales, es un documento obligatorio que acompaña y complementa a las mismas.

IV. 1. 1. 3. Formulación y aprobación de las cuentas anuales. Especial mención a las cuentas anuales consolidadas

Todas las sociedades mercantiles tienen la obligación de formular cuentas individuales, siendo recayendo esta obligación en los administradores. Además, en aquellas sociedades mercantiles que constituyen un grupo consolidable, la sociedad dominante tiene la obligación de formular cuentas anuales y el informe de gestión consolidadas junto con las cuentas individuales propias[514]. En las cuentas anuales consolidadas deberá incluirse a las sociedades integrantes del grupo, y cualquier empresa dominada por éstas, cualquiera que sea su forma jurídica y con independencia de su domicilio social. Las cuentas anuales consolidadas al igual que las cuentas individuales,

[514] De conformidad con el art 42 Cco. existe un grupo societario, cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras, presumiéndose que existe control cuando la sociedad dominante se encuentre en relación con otra sociedad o sociedades dependientes en alguna de las siguientes situaciones: a) Posea la mayoría de los derechos de voto; b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto; d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores.

deberán de ser objeto de auditoría por los auditores de cuentas cuando exista tal obligación legalmente y corresponde a la junta general de la sociedad obligada a formular las cuentas anuales consolidadas el designar a los auditores de cuentas que habrán de controlar las cuentas anuales y el informe de gestión del grupo, verificando éstos la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales consolidadas. Las cuentas anuales consolidadas quedarán sometidas a la aprobación de la junta general de la sociedad obligada a consolidar simultáneamente con las cuentas anuales individuales de la misma, cuyos socios pueden solicitar como un derecho de información, tanto las cuentas anuales individuales como las consolidadas del grupo, junto con el informe de gestión individual y consolidado y el informe de los auditores, de forma que toda esta documentación deberá ponerse a disposición de los socios de las sociedades dependientes, además de los de la dominante, desde el momento en que se convoquen sus respectivas juntas generales, haciéndolo constar de forma expresa en el anuncio de la convocatoria y debiendo depositar unas y otras en el RM tanto por la sociedad dominante como por las sociedades dependientes que forman grupo de sociedades consolidable.

En relación con el balance consolidado, en cuanto que representa unitariamente la situación patrimonial, económica y financiera de un grupo de empresas, se generan dudas si los mismos son susceptibles de ser objeto material del delito del art. 290 CP en el ámbito de una sociedad participada, desde el momento en que el balance consolidado es un documento del grupo empresarial y no de la sociedad. Así FERNÁNDEZ TERUELO analizando las dificultades que se genera en la aplicación del art. 290 CP en los casos de las cuentas anuales consolidadas entiende que este precepto no ha realizado una mención expresa a los grupos de empresas, y además las cuentas anuales consolidadas no son un documento que haya sido elaborado por los administradores de las sociedades dominadas, sino que han sido realizados por los de la matriz o dominante para todas las sociedades del grupo. Como dice este autor el administrador de la sociedad dominante falsea el balance consolidado, pero no el de la sociedad participada. A ello debe añadirse que en el art. 297 CP al dar el concepto de sociedad a los efectos de los delitos societarios no se ha mencionado a los grupos de sociedades[515]. A mi juicio, siguiendo la tesis mantenida por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, hay que distinguir entre una falsedad "originaria" que será la cometida en la redacción del balance consolidado, que claramente se encontrará incluido en el objeto material del art. 290 CP y de la que exclusivamente responderán los

[515] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Estudios …, op. cit.,* pp. 92 y ss.

administradores de la sociedad dominante o matriz pero no los de la dominada que no han tomado parte en su elaboración. Y una falsedad "derivada" que será la que se encuentra en los balances de las sociedades del grupo que se entregan a la sociedad dominante para constituir el balance consolidado. En este último caso evidentemente el administrador de la sociedad controlada estará cometiendo el delito del art. 290 CP, mientras que el de la sociedad dominante sólo lo cometerá en el caso que sea conocedor de carácter falso del balance que le ha sido remitido y no obstante lo incluye en el balance consolidado, ya que los delitos societarios sólo pueden cometerse de forma dolosa. En este último caso por tanto responderán tanto los administradores de las participadas como de la dominante[516]. Y en cuanto a la posible existencia de una responsabilidad por comisión por omisión, es decir por ausencia de vigilancia de los administradores de la sociedad dominante sobre la sociedad controlada, por no haber evitado dolosamente que se ejecute el hecho delictivo realizado por los administradores de la sociedad dominada, no parece aplicable a la vista de los deberes jurídicos y de injerencia previstos en el art. 11 CP. Así ni se aplica en el ámbito del derecho penal la "*culpa in eligendo*", ni tampoco está previsto un especial deber jurídico de control por parte de la sociedad dominante sobre la dominada que pudiera dar lugar a una "*culpa in vigilando*". No obstante, para algún sector de la doctrina mercantilista cabe igualmente la comisión por omisión de la que resultaran responsables los sujetos activos que no hayan hecho nada por evitar el delito, siendo especialmente trascedente a la vista de los deberes de lealtad y de diligencia que son exigibles a los administradores[517]. Posición que no comparto por las razones antes expuestas, y que si bien puede tener aplicación en el ámbito civil, donde sí son de aplicación los principio de la "*culpa in eligendo*" y de la "*culpa in vigilando*" no en el ámbito penal donde quedan proscritos estos principios.

La aprobación de las cuentas anuales corresponde a la junta general ordinaria, siendo una facultad no delegable, tal y como se prevé en el art. 272 LSC, de forma que será a partir de la convocatoria de la junta general, en la que necesariamente deberá constar como punto separado del orden del día la aprobación de las cuentas anuales, cualquier socio podrá obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la misma, así como en su caso, el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas. Tan importante es esta información para los

[516] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial ..., *op. cit., p.* 504.
[517] GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *Los delitos…, op. cit.,* pp. 102-103.

socios, que el art. 272.2 LSC establece que en la convocatoria se mencionará este derecho, aunque es ampliamente discutido en la doctrina si ese derecho incluye la posibilidad de exigir el envío de las cuentas anuales, informe de gestión e informe de auditoría o de ponerlo a disposición de los socios en la sede social para su examen y en su caso retirada[518]. En mi opinión ante la solicitud de los socios de las cuentas anuales, informe de gestión y del informe de auditoría una vez que se ha convocado la junta general, existe una obligación clara de entrega por parte de los administradores u órganos gestores de la sociedad mercantil al solicitante, bajo pena de incurrir en nulidad de la junta general mediante su impugnación e incluso en incurrir en el delito societario previsto en el art. 293 CP, consistente en la negativa de los derechos de información de los socios. Otra cosa es que las cuentas anuales no necesariamente se tengan que entregar de forma impresa, bastando su remisión en formato pdf por correo electrónico[519].

Otra de las cuestiones más debatidas en la doctrina y que no resuelve la LSC es si los socios tienen facultad de aprobar las cuentas anuales, pero introduciendo modificaciones a las que son formuladas y presentadas por los administradores. En mi opinión la contestación debe ser negativa, en el sentido que los socios sólo pueden aprobar o rechazar las cuentas anuales que se presentan por los administradores a la junta general, pero no realizar modificación a su contenido. Lo que sí pueden hacer los socios, si no están de acuerdo con el contenido de todo o parte de estas, es rechazarlas mediante mayoría adoptada en la junta general y devolverlas a los administradores para que estos las reformulen de acuerdo con las indicaciones que les pueden haber dado los socios en la junta general. Distinto de lo anterior es que las cuentas anuales no cumplan los requisitos establecidos por la Ley y la normativa contable, en cuyo caso las cuentas serán nulas y la aprobación no subsanará en ningún caso dicha nulidad [520].

IV. 1. 1. 4. El depósito de las cuentas anuales

El principal medio para dar publicidad a las cuentas anuales de las sociedades mercantiles para sus socios, acreedores y terceros se encuentra en la obligación que tienen las sociedades de depositar las cuentas en el RM de su domicilio social, siendo una obligación exclusivamente cuando se trata de empresarios sociales y de determinadas

[518] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I…op. cit.,* p. 576.
[519] CUGAT MAURI, M., en CÓRDOBA RODA, J. (dir.) y GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *Comentarios…*, *op. cit.*, p. 1096.
[520] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I…op. cit.,* p. 577.

entidades, pero no en el caso de empresarios individuales[521]. De conformidad con el art 279 LSC el plazo para el depósito es dentro del mes siguiente a la aprobación de las cuentas anuales, debiendo los administradores de la sociedad presentar certificación de los acuerdos de la junta de socios de aprobación de las cuentas, debidamente firmadas, y de aplicación del resultado, así como, en su caso, de las cuentas consolidadas, a la que se adjuntará un ejemplar de cada una de ellas. Junto con los anteriores documentos, deberán también presentar el IG, que incluirá, cuando proceda, el estado de información no financiera, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o esta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el RM. La forma de presentación de las cuentas anuales se deberá ajustar a los modelos aprobados por la Resolución de 23 de abril de 2024, de la DGSJFP, referida a los modelos para la presentación en el RM de las cuentas anuales de los sujetos obligados a su publicación[522]. La falta del depósito de las cuentas dentro del plazo establecido supone el cierre del registro, lo que conllevará que no se inscribirá en el RM documento alguno referido a la sociedad mientras el incumplimiento persista, con excepción de los títulos relativos al cese o dimisión de administradores, gerentes, directores generales o liquidadores, y a la revocación o renuncia de poderes, así como a la disolución de la sociedad y nombramiento de liquidadores y a los asientos ordenados por la autoridad judicial o administrativa (art. 282 LSC). Conllevando igualmente la falta de depósito un régimen sancionador con imposición de multas que pueden llegar a los 300.000 euros y cuya imposición corresponde al ICAC, previa instrucción de expediente conforme al procedimiento establecido reglamentariamente, de acuerdo con lo dispuesto en la LPACAP, estableciéndose el plazo de prescripción de tres años para estas infracciones (art. 283

[521] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: Principios... *op. cit., p.* 91.

[522] Una vez presentadas las Cuentas Anuales y resto de documentos que las deben acompañar el registrador mercantil calificará bajo su responsabilidad, dentro de los quince días siguientes al de la fecha del asiento de presentación, si los documentos presentados son los exigidos por la ley, si están debidamente aprobados por la junta general y si constan las preceptivas firmas y sin que sea ya necesario que el certificado vaya con firmas legitimadas notarialmente. De forma que, si no apreciare defectos, tendrá por efectuado el depósito, practicando el correspondiente asiento en el libro de depósito de cuentas y en la hoja correspondiente a la sociedad depositante y en caso contrario, procederá conforme a lo establecido respecto de los títulos defectuosos (art. 280 LSC). El RM deberá conservar los documentos depositados durante el plazo de seis años, de forma que cualquier persona podrá obtener información del RM de todos los documentos depositados de conformidad con el principio de publicidad (art. 281 LSC). En cuanto a la publicación de las cuentas anuales que hayan sido depositadas en el RM, se indicará por el registrador si es íntegra reproduciéndose fielmente el texto de los documentos depositados en el RM, incluyendo siempre íntegramente el informe de los auditores o abreviada en cuyo caso se hará referencia a la oficina del RM en que hubieren sido depositados los documentos y en éste caso el informe de auditoría podrá ser omitido pero necesariamente se indicará si ha sido emitido con reservas o no (art.. 284 LSC).

LSC).

IV. 1. 2. Los documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad

Una de las cuestiones que más dudas generan el objeto material del art. 290 CP, es qué se entiende por *documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad*. Para ello una vez más debemos acudir a la normativa extrapenal, en concreto a la LSC y normativa mercantil complementaria. Resulta evidente que, a la luz del tenor literal del precepto, sólo cabrán como objeto del delito del art. 290 CP aquellos documentos que *deban reflejar* la situación jurídica o económica de la sociedad, excluyendo a los que no la reflejen, y más cuando el art. 290 CP prevé una pena superior a la de la tentativa de estafa del art. 248 CP en relación con el art. 16 CP[523]. Así, los documentos reflejan la situación económica de la entidad cuando contienen información sobre algún aspecto de su estado económico, mientras que reflejan su situación jurídica, los que contienen información sobre la vertiente no patrimonial de la misma[524]. En mi opinión, la expresión *que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad*, junto con una adecuada configuración de los criterios de imputación del injusto al autor, nos debe llevar a una restricción o limitación de la órbita del objeto material, de forma que deberá analizarse si los documentos que son objeto de falsedad reúnen los requisitos para reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, así como el grado de afectación que la falsedad produce en la verdadera situación jurídico o económica de la empresa y cómo ello afectar a los derechos de los sujetos pasivos del delito. Desde este punto de vista, tendrán cabida dentro de este concepto y por tanto ser objeto del delito del art. 290 CP, sólo aquellos documentos cuya función imperativa sea reflejar esa situación jurídica o económica de la entidad, correspondiendo su elaboración a los administradores, como sujetos activos de este delito[525], estando destinados a hacer pública la imagen de la sociedad mediante su inscripción en el RM, o destinado a su remisión a organismos públicos supervisores (*v. gr.* BdE, CNMV, DGSFP)[526]; o incluso aunque se trate de

[523] PASTOR MUÑOZ, N.: "Delitos societarios" en AYALA GÓMEZ, I. (coord.) y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (coord.): *Memento Práctico Penal Económico y de la Empresa.* Madrid, Francis Lefebvre, 2016, p. 688.
[524] SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M: *Los Delitos …, op. cit.,* pp. 113-118.
[525] PAVÓN HERRADÓN, D.: *El delito …, op. cit.,* p. 152.
[526] DIAZ ECHEGARAY, J.L.: *La Responsabilidad…, op. cit.*, p. 137. En sentido contrario RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Estudios …, op. cit.,* p. 54: "B) Aplicación concreta de las reflexiones anteriores debería ser también la exclusión del ámbito de las falsedades típicas del artículo 290 de las falsedades que se vieran en las actas, documento obligado y relevante, que recoge deliberaciones y decisiones, pero no estados o situaciones".

documentos internos[527].

De esta forma tendrán la consideración de *documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad* los siguientes documentos, todos ellos obligatorios de acuerdo con la normativa extrapenal: a) El informe en la constitución de las SA, sobre las aportaciones no dinerarias, cualquiera que sea su naturaleza (art. 67 LSC). b) El informe de modificación de los estatutos sociales que deberá ponerse a disposición de los socios al convocar la junta general, en la que se apruebe la modificación estatutaria (arts. 286 y 287 LSC), que será igualmente obligatorio en los aumentos y disminuciones de capital en cuanto suponen una modificación estatutaria. c) El informe en el aumento del capital social con cargo a aportaciones no dinerarias, que deberá ponerse a disposición de los socios al convocar la junta general, en la que se apruebe la modificación estatutaria (art. 300 LSC). d) El informe que justifique la exclusión del derecho de suscripción preferente. Este informe se pondrá a disposición de los socios al convocar la junta general (art. 308 LSC), regulándose para las sociedades cotizadas en los arts. 504 y 506 LSC. e) El informe de los liquidadores, que en este caso actúan como administradores de hecho, que permitan apreciar con exactitud el estado de la liquidación (art. 388 LSC), junto con el informe completo de las operaciones de liquidación que debe acompañar al balance final de liquidación y un proyecto de división entre los socios del activo resultante, si lo hubiera (art. 390 LSC). f) El informe en la emisión de obligaciones convertibles en acciones que se redactará con anterioridad a la convocatoria de la junta y en el que se explique las bases y modalidades de la conversión (art. 414 LSC). En cuanto a las sociedades cotizadas, el informe de los administradores deberá justificar la razonabilidad de las condiciones financieras de la emisión y la idoneidad de la relación de conversión y sus fórmulas de ajuste para evitar la dilución de la participación económica de los accionistas (art. 510 LSC). g) El informe en el que se expliquen y justifiquen los aspectos jurídicos y económicos en la constitución de una SA europea mediante la transformación de una SA española, de acuerdo con lo previsto en el Reglamento (CE) nº 2157/2001 (art. 474 LSC). h) La propuesta de la política de remuneración de los consejeros en las sociedades cotizadas junto con el informe de la comisión de nombramientos y retribuciones que deberán presentarse a la junta general para su aprobación y que se pondrán a disposición de los accionistas en la página web de la sociedad desde la convocatoria de la junta general

[527] PASTOR MUÑOZ, N.: "Delitos …" en AYALA GÓMEZ, I. (coord.) y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (coord.): *Memento…, op. cit., p.* 688: También lo serán aquellos.

(art. 529 novodecies LSC). i) El informe de la comisión de auditoría sobre operaciones vinculadas que se realizan en la sociedad o con sociedades de su grupo que deberá contener información sobre la naturaleza de la operación y de la relación con la parte vinculada; la identidad de la parte vinculada; la fecha y el valor o importe de la contraprestación de la operación y aquella otra información necesaria para valorar si esta es justa y razonable desde el punto de vista de la sociedad y de los accionistas que no sean partes vinculadas (art. 529 unvicies) y j) Las sociedades que hayan emitido valores admitidos a cotización en un mercado regulado de cualquier Estado miembro de la UE incluirán en el informe de gestión, en una sección separada, constará el informe de gobierno corporativo (arts. 538 y 540) y las SA cotizadas deberán incluir también el informe anual sobre remuneraciones de los consejeros previsto en el art. 541 LSC. j) El proyecto de fusión o escisión (art. 69 LSC). k) La propuesta de aplicación del resultado (art. 273 LSC)[528]. l) Las actas de los órganos sociales ya sean de junta general como de consejo de administración y los certificados de los acuerdos sociales tal y como vamos a examinar a continuación en atención a su alto contenido jurídico-mercantil.

IV. 1. 2. 1. Las actas de los órganos sociales: junta general y órgano de administración

Las actas, ya sean de la junta general o del órgano colegiado de administración, reflejan los acuerdos que se adoptan en el seno de las sociedades mercantiles y constituyen una parte esencial de la documentación mercantil de las mismas, de forma que tal y como establece la LSC los acuerdos sociales deben documentarse en actas, teniendo carácter ejecutivo a partir de la fecha de la aprobación del acta en la que consten (art. 202 LSC)[529]. Su contenido se regula pormenorizadamente en el RRM que establece que los acuerdos de los órganos colegiados de las sociedades mercantiles se consignarán en un acta, que se extenderá o transcribirá en el libro de actas correspondiente (art. 97.1 RRM) y su contenido, al igual que ocurre con los requisitos para los libros sociales y certificaciones, lo es a los efectos exclusivos de su inscripción en el RM y de la calificación de los

[528] PÉREZ VALERO, I: *El delito …, op. cit.,* p. 352-356: Para este autor la propuesta de aplicación no tiene la consideración de documento a los efectos del art. 290 CP, si bien disiento de esta posición ya que es un documento que sin duda refleja la situación económica de la entidad y que se presenta ante la Junta General de accionistas.

[529] En el mismo sentido se manifiesta el art. 26 Cco. que exige que las sociedades mercantiles lleven un libro o libros de actas, en las que consten, al menos, todos los acuerdos tomados por las juntas generales y especiales y los demás órganos colegiados de la sociedad, haciendo constar los datos relativos a la convocatoria y a la constitución del órgano, un resumen de los asuntos debatidos, las intervenciones de las que se haya solicitado constancia, los acuerdos adoptados y los resultados de las votaciones.

documentos por los registradores (art. 97.3 RRM). El libro de actas podrá ser de hojas móviles y fijas, y deberá legalizarse el registrador mercantil (art. 106 RRM). Tratándose de sociedades unipersonales, las decisiones del socio único se consignarán igualmente en un acta, que se extenderá o transcribirá en el libro de actas correspondiente, con expresión de las circunstancias antes expuestas, así como si la decisión ha sido adoptada personalmente o por medio de representante (art. 97.2 RRM).

El acta de la junta general, en el que se hacen constar los acuerdos adoptados por la misma, constituye un documento de una gran importancia en las sociedades mercantiles para la prueba de los hechos que han ocurrido en ella[530], y su redacción corresponde al secretario de esta. Deberá ser aprobada por la propia junta al final de la reunión o, en su defecto, y dentro del plazo de quince días, por el presidente de la junta general y dos socios interventores, uno en representación de la mayoría y otro por la minoría (art. 202 LSC). En cuanto al contenido del acta de la junta general, además de los elementos comunes a las actas de los órganos colegiados de administración, el art. 97 RRM establece en relación con las actas de las juntas generales que deberán hacerse constar: a) La convocatoria y tratándose de junta general de una SA, se indicarán el BORME y el diario o diarios en que se hubiere publicado el anuncio de convocatoria. Se establece la regla especial para junta general universal, en la que está presente la totalidad del capital social, en cuyo caso no es necesario que conste convocatoria alguna, pero sí los puntos aceptados como orden del día de la sesión. b) El número de socios concurrentes con derecho a voto, indicando cuántos lo hacen personalmente y cuántos asisten por representación, así como el porcentaje de capital social que unos y otros representan. Igualmente, si la junta general es universal se hará constar, a continuación de la fecha y lugar y del orden del día, el nombre de los asistentes, que deberá ir seguido de la firma de cada uno de ellos. c) La lista de asistentes o bien figurará al comienzo de la propia acta o se adjuntará a ella por medio de anejo firmado por el secretario, con el visto bueno del presidente, si bien cabe que la lista de asistentes conste en un fichero o incorporarse a soporte informático y en este caso se extenderá en la cubierta precintada del fichero o del soporte la oportuna diligencia de identificación firmada por el secretario, con el visto bueno del presidente. (art. 98 RRM) y d) La indicación del resultado de las votaciones, expresando las mayorías con que se hubiere adoptado cada uno de los acuerdos. Las actas de la junta general se aprobarán en la forma prevista por la Ley o, en su defecto, por los estatutos y a falta de

[530] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: Principios... *op. cit.*, p. 265.

previsión específica, el acta deberá ser aprobada por el propio órgano al final de la reunión. (art. 99.1. RRM). Pero además del acta que redacte el secretario de la junta cabe la posibilidad que se sustituya por un acta notarial que puede ser requerida o bien por los administradores o bien por socios que representen, al menos, el 1% del capital social en la SA o el 5% en la SRL y lo soliciten con cinco días de antelación al previsto para la celebración de la junta. No hará falta aprobar el acta notarial que tendrá la consideración de acta de la junta y los acuerdos que consten en ella podrán ejecutarse a partir de la fecha de su cierre, siendo los honorarios notariales a cargo de la sociedad (art. 203 LSC), cuya regulación aparece de forma detallada en los arts. 101 a 105 RRM. En mi opinión, las actas notariales en ningún caso tendrán la consideración de objeto material del delito del art. 290 CP al no haber sido elaboradas por los sujetos activos del delito, sin perjuicio que puedan constituir un delito de falsead en documento mercantil del art. 390.4[531].

En cuanto al contenido del acta de órganos colegiados de administración, su redacción corresponde al secretario del consejo, que firmará junto con el visto bueno del presidente, y además de los elementos comunes a las actas de las juntas generales, el art. 97 RRM establece en relación a las actas de los consejos de administración que deberán hacerse constar: el nombre de los miembros concurrentes, con indicación de los que asisten personalmente y de quienes lo hacen representados por otro miembro y el número de miembros que ha votado a favor del acuerdo (art. 97.4 y 97.7 RRM), y que se han aprobado en la forma prevista en los estatutos sociales de forma que a falta de previsión específica, el acta deberá ser aprobada por el propio órgano al final de la reunión o en la siguiente (art. 99.2 RRM).

El art. 250 LSC en relación con las actas del consejo de administración establece que las discusiones y acuerdos del consejo de administración se llevarán a un libro de actas, que serán firmadas por el presidente y el secretario. Precepto que debemos ponerlo en relación con el art. 26 del Cco. Preceptos que como afirma VICENT CHULIÁ exigen que conste en las actas una redacción mínimamente expresiva, rechazando las actas telegráficas pero también alejándose de la transcripción de todas las manifestaciones de los consejeros e incorporando sólo aquellas que hayan solicitado su expresa constancia

[531] RÍOS CORBACHO, J.M.: "Algunas …", *op. cit.:* "El mismo problema y la misma solución habría de alcanzarse en el caso en que quien levante el acta sea un notario, cuando así lo decidan los administradores, o a petición de los accionistas que representen, al menos, el uno por ciento del capital social, siempre que se solicite con cinco días de antelación a la celebración de la junta. En este supuesto, en su caso, el hecho no pasaría de ser una falsedad documental ubicada en el núm. 4 del art. 390".

por el consejero interesado, siendo lo esencial que los acuerdos aparezcan suficientemente motivados o explicado a través de un resumen del debate y que a su vez el acta recoja el funcionamiento participativo de los miembros del consejo[532]. La aprobación del acta al final de la sesión del consejo de administración resulta esencial en relación con los acuerdos inscribibles en el RM, de forma que no basta con aprobar el acuerdo sino también debe quedar aprobada el acta. Si bien ello no impide que se puede aprobar el acta en una sesión posterior, cuando esté debidamente redactada por el secretario, lo que puede provocar una demora en la inscripción de los acuerdos por ello la conveniencia de aprobar el acta a la finalización de la propia sesión para que puedan acceder los actos al RM de forma inmediata. En todo caso la demora en la aprobación del acta no es impedimento para que se puedan ejecutar los acuerdos, por lo que deberá constar en el acuerdo en quién se delega en su ejecución, que normalmente será en el presidente y en el director general de la sociedad, y cuando se trate de acuerdos inscribibles en el RM también en el secretario del consejo de administración, como persona con facultades para certificar.

IV. 1. 2. 2. Los certificados

Para poder inscribir los acuerdos de los órganos colegiados de las sociedades mercantiles en el RM o para llevar a cabo su elevación a público, es necesario la emisión de certificados de los acuerdos contenidos en las actas, ya sean de las juntas generales ya sean de los órganos de administración. Los certificados podrán ser mediante transcripción literal o por extracto, salvo que se trate de acuerdos relativos a la modificación de la escritura o de los estatutos sociales, en cuyo caso será preceptiva la transcripción literal del acuerdo. El contenido de los certificados viene regulado de forma pormenorizada en el art. 112 RRM[533]. Mientras que el art. 109 RRM establece quiénes son las personas que en las sociedades mercantiles tienen la facultad de certificar las actas y los acuerdos de los órganos colegiados siendo: el secretario y, en su caso, al vicesecretario del órgano colegiado de administración, sea o no administrador emitiéndose siempre con el visto bueno del presidente o, en su caso, del vicepresidente de dicho órgano; el administrador único, o cualquiera de los administradores solidarios y los administradores que tengan el

[532] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción …, Volumen I, op. cit.*, p. 1258.

[533] El art. 112 RRM establece como contenido mínimo que deben tener los certificados el siguiente: La fecha y el sistema de aprobación del acta correspondiente o, en su caso, que los acuerdos figuran en acta notarial; si los acuerdos tienen que inscribirse en el RM, se consignarán en la certificación todas las circunstancias del acta que sean necesarias para calificar la validez de los acuerdos adoptados; en caso de certificación por extracto, si los acuerdos hubiesen de inscribirse en el RM, se consignarán en ella todas las circunstancias que enumera el artículo 97 RRM, con las particularidades que establece el art. 112.3 RRM.

poder de representación en el caso de administración conjunta o mancomunada. En cuanto a las sociedades en liquidación establece la regla que se aplicará a los liquidadores lo dispuesto en este apartado para los administradores. Y tratándose del socio único corresponde a éste el certificar. Lo que exige de forma taxativa el RRM es que las personas que expidan la certificación tengan su cargo vigente en el momento de la expedición, de forma que para la inscripción de los acuerdos contenidos en la certificación deberá haberse inscrito, previa o simultáneamente, el cargo del certificante, y que los acuerdos que se certifiquen consten en actas aprobadas y firmadas o en acta notarial[534].

IV. 2. El objeto del delito de imposición de acuerdos abusivos (art. 291 CP)

El objeto material del art. 291 CP son los acuerdos abusivos que se puedan adoptar por los accionistas o administradores prevaleciéndose de la situación mayoritaria en la sociedad, ya sea en el seno de la junta general o en el del órgano de administración, siendo indistinto que sean uno o varios los acuerdos adoptados, pese a la dicción plural del tipo penal. Es necesario que exista prevalimiento por los socios o administradores de su situación mayoritaria en el capital de la sociedad, en la que en consecuencia el sujeto activo hace valer su autoridad, prexistiendo una especial facilidad para su comisión utilizando los resortes que le da su posición mayoritaria para ejecutar el delito[535]. En consecuencia, en el delito se castiga cuando los acuerdos mayoritarios adoptados legalmente, sin embargo, no sirven al interés social y persiguen beneficios o ventajas de la mayoría que lo adopta a costa de los socios minoritarios ya que, si el daño es exclusivamente a la sociedad y no a los socios minoritarios, deberemos acudir a la posibilidad que otorga el art. 204.1 LSC de impugnar los acuerdos sociales[536]. El acuerdo deberá haberse tomado por medios lícitos, ya que en caso contrario estaremos ante el delito del art. 292 CP[537]. Para determinar el concepto de acuerdo abusivos debemos acudir al ordenamiento jurídico privado, y en concreto al art. 204.1 LSC que define los acuerdos

[534] Se establece en el art. 111 RRM la regla especial para los certificados del acuerdo por el que se nombre al titular de un cargo con facultad certificante, cuando haya sido extendida por el nombrado no inscrito y los requisitos necesarios para su inscripción en el RM del nuevo cargo certificante y la baja del anterior.
[535] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial ... *op. cit., p.* 528: "En suma, imponer equivale a obligar a aceptar un acuerdo 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 fren a los socios minoritarios".
[536] REQUEJO NAVEROS, M. T.*:* "Delitos …" en LIÑÁN LAFUENTE, A. (coord.): *Delitos …, op. cit.,* p. 356.
[537] BAJO FERNÁNDEZ, M.: "Delitos de prevalimiento de situación mayoritaria", en AREÁN LALÍN, M. (coord.) y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (coord.): *El nuevo…op. cit.,* p. 42. Del mismo autor BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho…, op. cit.*, p. 623,

abusivos como *aquellos que, aunque no causan daño a la sociedad se imponen por la mayoría, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad adoptándose en interés propio de la mayoría y en detrimento injustificado de los demás socios*. Así, el requisito que exigía con anterioridad a la reforma LSC de que el acuerdo abusivo necesariamente tenía que causar un daño a la sociedad, ha desaparecido en la definición legal de acuerdo abusivo[538]. Con esta definición se acerca el art. 204,1 LSC a lo dispuesto en el art. 291 CP, en cuanto que en este último exige que la sociedad no tenga un beneficio en la adopción del acuerdo abusivo[539]. En consecuencia, para ver el alcance del concepto de acuerdo abusivo del art. 291 CP debemos acudir al derecho privado, y debe ser entendido de la forma que lo define el 7.2 CC, que considera el abuso de derecho como *todo acto u omisión que, por la intención del autor, por su objeto o por las circunstancias en las que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho*. De forma que, si lo ponemos en relación con el tipo penal, se producirá tal situación cuando el acuerdo adoptado por la mayoría imponga a los socios una renuncia a los intereses sociales que no sea ético-socialmente exigible, lo que no deja de poner de manifiesto la gran inseguridad que rodea la concreción del elemento esencial del tipo del art. 291 CP[540]. En consecuencia, a los efectos del art. 291 CP el acuerdo será abusivo cuando no reporte beneficio alguno a la sociedad, se adopte con ánimo de lucro propio o ajeno y persiga el causar un perjuicio de los socios minoritarios[541].

La jurisprudencia ha dejado claro el alcance del concepto de *acuerdo abusivo* en el tipo penal del art. 291 en reiteradas Sentencias, y en tal sentido resulta esclarecedora la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 698/2019 de 19 mayo, RJ\2020\1210. y en el mismo sentido la más reciente STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 359/2022 de 7 abril RJ\2022\2001, que recoge literalmente la doctrina fijada por la primera, con remisión en ambas al concepto de acuerdo abusivo a las normas de derecho privado, tanto art. 7.2 CC como al ya mencionado art. 204.1. la LSC [542]. Entendiendo el TS como

[538] GALLEGO SOLER, J.I.: "Delitos …" en CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Derecho…, op. cit., p.* 347.
[539] PASTOR MUÑOZ, N.: "Delitos …" en AYALA GÓMEZ, I. (coord.) y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (coord.): *Memento…, op. cit., p.* 693.
[540] BACIGALUPO, E. (dir.): *Curso de Derecho … op. cit.,* p. 422.
[541] MESTRE DELGADO, E. "Delitos …", *op. cit.,* p. 550.
[542] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 698/2019 de 19 mayo, RJ\2020\1210: FD 1º: "Respecto a esta modalidad de delito societario ha establecido esta Sala, especialmente en la STS 654/2002 de 17 de abril (RJ 2002, 6323) , a la que se remiten otras posteriores como la SSTS 796/2006 de 14 de julio (RJ 2006, 6088); 172/2010 de 4 de marzo (RJ 2010, 4052) ; 284/2015 de 12 de mayo (RJ 2015, 1737) , que este delito sanciona penalmente "determinadas conductas incardinables en el ejercicio abusivo de los derechos (

acuerdos abusivos, aquellos que, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios, debiendo igualmente para que pueda castigarse penalmente cumplirse el resto de los elementos del tipo. Lo que resulta evidente, es que la posición mayoritaria debe haber sido adquirida de forma legal, ya que, si no estaremos en el tipo del art. 292 CP, y el acuerdo debe ser abusivo en el sentido de servir a un fin distinto al señalado en el objeto social, y en tal sentido, aunque el mismo pueda tener una apariencia de legalidad sin embargo perjudica o puede perjudicar a los socios minoritarios y sin que conlleve beneficio alguno a la sociedad[543]. Siendo igualmente susceptible de impugnación ante la jurisdicción civil en los términos previstos en la LSC, mediante el procedimiento de impugnación de acuerdos sociales, considerando por su carácter abusivo, nulo el acuerdo y no simplemente anulable[544]. Ese beneficio que se obtiene por los socios mayoritarios supondrá que la declaración de nulidad del acuerdo abusivo conllevará la declaración de responsabilidad civil con la consiguiente reparación del perjuicio económico producido.

El perjuicio de los socios debe por tanto ponderarse con el beneficio que obtenga la sociedad mediante el acuerdo abusivo, de forma que cuando el acuerdo que impone a los socios una renuncia abusiva de sus derechos conlleve beneficios a la sociedad, el beneficio colectivo de la sociedad excluye la tipicidad del acuerdo abusivo y deberá

artículo 7.2 C.C. (LEG 1889, 27)). Concretamente, la Ley de Sociedades Anónimas, artículo 115.1, señala que podrán ser impugnados los acuerdos de las Juntas …. que lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad". Alusión que en la actualidad debe entenderse referida al artículo 204., 2º de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, que incorpora entre los acuerdos impugnables, los abusivos, entendiendo por tales los que "sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios". Prosigue la STS 654/2002 (RJ 2002, 6323) "El artículo 291 parte de la adopción de un acuerdo obtenido lícitamente pero que debe calificarse de abusivo, y aquí radica la esencia del tipo, que conlleva necesariamente la existencia de un ánimo de lucro propio o ajeno (el de los socios que constituyen la mayoría) en perjuicio de la minoría y siempre que ello no reporte beneficios a la sociedad, es decir, es atípica la concurrencia del mencionado ánimo como compatible con un resultado beneficioso para los intereses societarios, con independencia de que la minoría se vea perjudicada. En síntesis, la esencia de la conducta típica está constituida por el abuso de la mayoría en beneficio propio y exclusivo. El delito ha sido calificado como especial y de peligro concreto que no exige la existencia de un perjuicio real (agotamiento), bastando para su consumación la adopción del acuerdo abusivo…". En definitiva, la antijuridicidad deriva del abuso de la posición de domino que otorga la mayoría legalmente obtenida (pues otro caso nos desplazaría hacia las modalidades contempladas en los artículos 292 y 293), pero que resulta abusiva en cuanto que, con desprecio al interés social, impone en perjuicio de los socios minoritarios el interés particular propio o de un tercero".

[543] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit., p.* 114.

[544] BACIGALUPO, E. (dir.): *Curso de Derecho... op. cit.*, p. 423.

En el mismo sentido GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: "Acuerdos sociales abusivos: ¿impugnación o querella?", *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Año 2000, núm. 6, pp. 1895-1898: "Estos acuerdos delictivos también pueden constituir supuestos de impugnación, pero, al menos, así definidos son los más graves, y dejan al margen del tipo penal del art. 291 CP otros muchos supuestos que sólo tienen relevancia civil".

acudirse por los socios minoritarios afectados a la jurisdicción ordinaria[545]. Prevalece en este tipo penal por tanto la obtención de un beneficio por parte de la sociedad al daño causado a los socios minoritarios[546]. No obstante, las finalidades mercantil y la penal de protección de los socios minoritarios frente a los acuerdos adoptados por la mayoría son muy distintas, ya que mientras el art. 204.1 LSC persigue la protección de los intereses sociales frente a la adopción de las mayorías de acuerdos beneficiosos para sus propios intereses particulares, sin embargo, el art. 291 CP protege los intereses patrimoniales de los socios (individualmente considerados) frente a posibles maniobras defraudatorias llevadas a cabo por los accionistas mayoritarios mediante la adopción de acuerdos que se califican como abusivos con ánimo de lucro propio o ajeno. Debiendo en todo caso realizarse una interpretación restrictiva del tipo penal con base en los principios de intervención mínima y *ultima ratio* del Derecho penal[547].

Lo que resulta claro es que el acuerdo abusivo debe conllevar una verdadera lesión patrimonial a los derechos de los socios minoritarios, dando lugar a la consideración de este delito como delito de lesión o de peligro concreto y no de peligro, lo que permite una adecuada coordinación entre la legislación penal y la mercantil y el ejercicio de las acciones civiles o penales en atención a si efectivamente se ha causado un perjuicio económico a los socios con la adopción de los acuerdos abusivos[548]. No obstante, es importante resaltar la posición de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, para quién la consumación del delito depende de la previa decisión adoptada en cuanto a la estructura del tipo. De forma que, si se acoge la opinión mayoritaria, la consumación del delito se produce cuando se causa el resultado típico integrado por el perjuicio patrimonial efectivo y por la obtención del beneficio. En cambio, si se acude a la teoría de la consideración del delito del art. 291 CP como un delito de peligro para el patrimonio, en ese caso la consumación se produce cuando se adopta el acuerdo abusivo, siempre que éste sea idóneo para generar un riesgo grave para el bien jurídico protegido, se produzca o no

[545] BACIGALUPO, E. (dir.): *Curso de Derecho... op. cit.*, p. 423.
[546] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit., p.* 225: "Por lo que respecta a la naturaleza de la citada cláusula, no está del todo claro que se trate de una causa de exclusión de la tipificidad; esto es, que estemos ante un elemento negativo del tipo. La dificultad se deriva de que, en el fondo, en el tipo subyace un conflicto más propio del estado de necesidad (entre los intereses de los socios minoritarios y los de la sociedad), que el legislador resuelve en favor de estos segundos. Si se adoptan los acuerdos descritos en el tipo, aunque de los mismos se deriven beneficios para la sociedad, el perjuicio sobre los intereses de los socios minoritarios no por ello deja de producirse".
[547] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit.*, pp. 192-194. De esta misma autora, FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII. …" en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios …, op. cit.,* p. 1123. En el mismo sentido GALLEGO CÓRCOLES, A.: "La impugnación…", *op. cit.*
[548] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.*, pp. 222-224.

perjuicio al socio[549]. Y es esa coordinación entre el derecho penal y el derecho mercantil la que se pone de manifiesto en la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 661/2022, de 30 de junio, RJ/2022/3452 en su FD Décimo, que recogiendo la doctrina jurisprudencial sobre este delito, exige para que se produzca la conducta típica que exista prevalimiento de la posición en la Junta o en el Consejo de Administración, que se imponga un acuerdo abusivo, que exista ánimo de lucro propio, que se adopte en perjuicio de los demás socios y que el acuerdo no reporte beneficio alguno a la sociedad y sí personal a los socios que la imponen[550]. En mi opinión, y siguiendo esta línea jurisprudencial, en el delito del art. 291 CP se requiere un perjuicio efectivo a los socios minoritarios, de forma que no estamos ante un mero delito de peligro, sino de daño. De forma que, si se adopta el acuerdo abusivo por los socios mayoritarios, pero el mismo no ocasiona tal perjuicio a los minoritarios, la conducta será atípica, ya que no parece posible que exista un beneficio de los socios mayoritarios sin un correlativo perjuicio de los minoritarios, y por supuesto siempre que la sociedad no tenga un beneficio ya que, si lo tuviera, también la conducta resultará atípica.

IV. 3. El objeto del delito de imposición o aprovechamiento de los acuerdos lesivos adoptados por mayoría ficticia (art. 292 CP)

El objeto material del art. 292 CP está constituido por los acuerdos lesivos adoptado por una mayoría ficticia obtenida de forma irregular por los procedimientos fraudulentos

[549] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ.: Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial... *op. cit.*, pp. 537-538. En el mismo sentido BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho…, op. cit.*, p. 624.

[550] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 661/2022, de 30 de junio, RJ/2022/3452: FD. 10º: "Podemos señalar que no puede asegurarse que nos encontramos ante la criminalización del derecho Mercantil en el ámbito societario ya que el tipo penal perfectamente describe conductas típicas y punibles en cuanto se refiere a quien 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. Con ello, nos encontramos que existe en la conducta del art. 291 CP: 1.- Prevalimiento de su posición en la junta o consejo de administración. 2.- Imposición de un acuerdo abusivo, debiendo acudirse, como en este caso ocurre, a la casuística para evaluar la "abusividad" del acuerdo alcanzado... 3.- Existe el ánimo de lucro propio. 4.- Se adopta en perjuicio de los demás socios. 5.- El acuerdo en sí mismo considerado no reporta beneficio alguno a la sociedad y sí personal. En cuanto a este tipo penal del art. 291 CP hay que recordar que, dado que es preciso siempre en estos casos hacer referencia a normativa mercantil, la Reforma de la Ley de Sociedades de Capital (RDL 1/2010 de 2 de Julio) por Ley 31/2014, de 3 de diciembre modificó el art. 204 LSC, tras mencionar como causas de impugnación la contrariedad a la ley, los estatutos, el reglamento de la junta de la sociedad o el interés social (en beneficio de uno o varios socios o de terceros), y añade la siguiente cláusula: "La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios".

específicos tipificados en el propio precepto u otros análogos[551]. La diferencia con el objeto del art. 291 CP, con el que guarda íntima relación, se encuentra en que en el 291 CP el acuerdo social, aunque es abusivo se adopta sobre la base de una situación mayoritaria lícitamente obtenida[552], mientras que en el tipo del art. 292 el acuerdo lesivo se adopta por una mayoría obtenida de forma ilícita por los medios fraudulentos que establece el tipo penal[553]. En todo caso quedan excluidos los acuerdos "*preparatorios*" cómo sería el caso de acuerdo adoptado de forma fraudulenta, que no sean lesivos ni perjudiciales a la sociedad o a los socios, pero que puedan servir en el futuro para la comisión de otros delitos. Por ejemplo, si mediante una mayoría ficticia se acuerda el nombramiento de un administrador, quién aprovecha después su condición de administrador para cometer otro delito, como un delito de administración desleal, estafa, o de apropiación indebida[554]. La forma ilícita se encuentra implícita en los medios específicos que el tipo enumera y que en el supuesto del *abuso de firma en blanco*, se configura como un supuesto de engaño basado en el quebrantamiento de la confianza; y que se producirá cuando el sujeto ha sido autorizado por el firmante para extender el documento, pero no en los términos en los que éste lo hace, y que se puede producir sobre la tarjeta de asistencia y representación que recibe el accionista antes de la junta general, cuando el titular la firma y se entrega al representante[555]. Por consiguiente, existirá abuso

[551] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit., p.* 231.
[552] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Idem*, p. 221.
[553] SAP de Madrid (Sección 23ª) núm. 547/2020 de 30 noviembre ARP\2021\302: FD Segundo: "4. ... Como señala el auto de la Audiencia Provincial de Madrid del 21 de septiembre de 2017 (PROV 2017, 116036), que hace una recopilación de las más importantes aportaciones doctrinales: "En cuanto al concepto de mayoría ficticia "es entendido como la mera simulación de la voluntad real de la sociedad; mayoría que se perpetra alterando cualquiera de los mecanismos legales de adopción de tales mayorías a través de acciones delictivas (abuso de firma en blanco; distorsión del derecho de voto; falsificación de papeletas; amenazas), que no solo fingen o perpetran tal mayoría sino que además la presentan y la imponen como auténtica, subvirtiendo el sentido de la voluntad social y facilitando a los infractores una falsa apariencia de legitimidad (mayoría ficticia) que les permite imponer o aprovecharse en beneficio propio (par sí o para tercero) de ese acuerdo lesivo -en cuanto va en perjuicio de la sociedad o de algunos de los socios" (SAP Vizcaya, Sec. 1ª de 11 de abril de 2005 (PROV 2005, 196503)). No pudiendo obviarse que la LSC prevé distintos supuestos en los que el socio puede ver legítimamente limitado su derecho de voto (arts. 83.1, 98, 127, 132.1, 133, 179 y 188)".
Resulta interesante la posición de MESTRE DELGADO, E. "Delitos. ...", *op. cit., p.* 551, ya que para este autor el adjetivo ficticio de la mayoría no es el adecuado, ya que la mayoría es real si bien se ha obtenido de forma ilícita y por ello resulta nula de pleno derecho.
[554] PASTOR MUÑOZ, N.: "Delitos …" en AYALA GÓMEZ, I. (coord.) y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (coord.): *Memento…, op. cit., p.* 699.
[555] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.,* pp. 240-241: "Son tres las modalidades en que el abuso de firma en blanco puede manifestarse. Comprende, en primer lugar, la hipótesis en que el socio firma un documento que está totalmente en blanco, y con posterioridad el representante redacta íntegramente el contenido del mismo, con una serie de términos no conformes con lo acordado por las partes. En segundo lugar, se abusará también de la firma en blanco en aquel supuesto en que el documento firmado está ya en parte redactado, quedando, sin embargo, por cumplimentar determinadas cuestiones, las

de firma en blanco cuando se utilice un documento con la firma de un socio o un administrador para un fin distinto o del pretendido por el firmante, que podrá ser un documento totalmente en blanco o parcialmente cumplimentado y suponiendo el abuso en la utilización del documento en contra del interés o intención de quién los suscribió, siendo el caso más común el de delegación de voto y se utilice el mismo en sentido distinto del manifestado por el representante al solicitarlo o por el representado al concederlo[556].

Resulta evidente que en el tipo del art. 292 CP, al igual que ocurría con el del 291 CP, estamos ante un delito de lesión, ya que el propio tipo establece la expresión "*en perjuicio de la sociedad o de alguno de los socios*". Pero procede analizar en qué consiste el acuerdo lesivo, ya que si respecto de los acuerdos abusivos del art. 291 CP, como hemos visto existe una definición legal en el art. 204.1 LSC, no ocurre lo mismo para los acuerdos lesivos, que si bien no los define la LSC, sin embargo, si hace referencia a los mismos al regular la responsabilidad de los administradores. Estamos de nuevo ante una remisión normativa del tipo penal a la LSC para ver el alcance de los actos lesivos. En concreto en el art. 236.2 LSC se establece que "*En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general";* y en el art. 237 LSC que en cuanto al carácter solidario de la responsabilidad establece que *"Todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél".*

En consecuencia, como acuerdo lesivo deberá entenderse aquél que origina un daño o lesión efectiva a la sociedad o a alguno de sus socios con la correlativa obtención de un beneficio del sujeto activo del delito. Esta concepción se ve ratificada por la imposición

cuales son rellenadas por el representante, o cuando se intercalan líneas en el texto ya existente; en ambos supuestos, claro está, en un sentido distinto al concertado por ambas partes. Usando un criterio más amplio, que, de ser admitido, se considera que también existe abuso de firma en blanco cuando la información del que cedió su firma no abarca todos los elementos esenciales del caso y en lo no acordado se actúa sin consentimiento".

[556] DIAZ ECHEGARAY, J.L.: *La Responsabilidad…, op. cit.*, pp. 154-155.
En el mismo sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *Los delitos…, op. cit.,* p. 79: "Con todo, al no incriminarse la simple utilización de firmas en blanco sino el hecho de su abuso, de estimarse que esta conducta existirá únicamente en los supuestos en que los votos se empleen en un sentido distinto al avanzado por el representante al solicitar la delegación o al impuesto por el propio titular del derecho de voto en el momento de concederla".

en la pena no sólo de prisión de seis meses a tres años, sino también de multa del tanto al triplo del beneficio obtenido, en cuanto que para su fijación remite el art. 292 CP al 291 CP, y a su vez es consecuencia con el segundo supuesto típico de conducta consistente en "*se aprovecharen para sí o para un tercero*". Aprovechamiento que lleva su correlato en el perjuicio ocasionado a la sociedad, a los socios o a ambos, debiendo ser el beneficio de naturaleza económica o cuantificable económicamente[557].

Como supuestos en los que las AP han enjuiciado el art. 291 CP y han considerado que no existan acuerdos lesivos estarían los siguientes: cuando por un socio no se comunica a la sociedad que su ex marido, desde la liquidación de la sociedad de gananciales, tenía participaciones en dicha sociedad, celebrándose la junta general sin su presencia (SAP A Coruña 1ª, de 5 de febrero de 2014, PROV 2014, 64420); la junta general que no se llega a celebrar y en la que el imputado fue nombrado administrador solidario, pero no hubo perjuicio ni para la sociedad ni para los socios (SAP Barcelona 6ª, de 27 de septiembre de 2002, PROV 2003, 80116); la inadmisión por el RM de los acuerdos adoptados por la junta general, cuya finalidad no era la obtención de un beneficio propio o de tercero (AAP Barcelona 3ª, de 29 de febrero de 2000, ARP 2000, 1234). Y sí que hay acuerdos lesivos, cuando se adopta un acuerdo de aprobación de las cuentas de dos ejercicios por quién no ostenta la mayoría del capital social, incluyendo la decisión de dotación de reserva y compensación de pérdidas negando la distribución de beneficios (SAP Las Palmas de Gran Canaria 1ª, de 30 de octubre de 2017, PROV 2018, 130673); administrador que consigue una mayoría fraudulenta en el órgano de administración de la sociedad, haciendo suyas las aportaciones sociales de determinadas entidades de conformidad con un poder que estaba otorgado para otra finalidad (SAP Alicante 1ª, 15 de diciembre de 2009, PROV 2010, 128286); socios en contra de lo dispuesto en los estatutos sociales, se hacen con la mayoría del capital adquiriendo acciones de autocartera sin informar al resto de los socios, acordando en junta extraordinaria transformar la SAL en SA y cesando a los administradores (SAP Madrid 6ª, 23 de octubre de 2009, ARP 2010, 159)[558].

IV. 4. Examen mercantil de los elementos comunes del objeto material de los arts. 291 y 292: los acuerdos sociales de la junta general y del órgano de administración

[557] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.*, pp. 246-247.
[558] DELGADO SANCHO, C.D.: "Los delitos …", *op. cit.*

En cuanto que el objeto de los delitos de los arts. 291 y 292 CP está constituido por los acuerdos sociales, en un caso los acuerdos abusivos y en otro los acuerdos lesivos adoptados por mayoría ficticia, procede realizar el examen del concepto de acuerdos sociales desde la perspectiva de la legislación mercantil, ya que ambos preceptos deben ser integrado con la legislación mercantil, y en especial y por la importancia como ya hemos dicho que tienen en el tráfico mercantil las SA y las SRL, habrá que examinarlos de acuerdo con la LSC, el Cco. y el RRM. Los órganos de las sociedades mercantiles -ya sea el consejo de administración ya sea la junta general- manifiestan su voluntad mediante la adopción de acuerdos sociales de los distintos puntos que constan en el orden del día de sus convocatorias, previa deliberación de estos. Así, mientras que en el órgano de administración será la voluntad de los administradores la que se convierte en la voluntad de la sociedad, en el caso de la junta general es la voluntad de los socios se convierte en la voluntad de la sociedad[559] o en términos del art. 159 LSC, son los socios, reunidos en junta general, lo que deciden por la mayoría legal o estatutariamente establecida, en los asuntos propios de la competencia de la junta de forma que todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la junta general.

IV. 4. 1. Los acuerdos de la junta general. Especial mención al régimen de impugnación de acuerdos sociales

En las S.A. los acuerdos sociales de la junta general se adoptarán por mayoría simple de los votos de los accionistas presentes o representados en la junta, entendiéndose adoptado un acuerdo cuando obtenga más votos a favor que en contra del capital presente o representado (art. 201 LSC), sin perjuicio de los acuerdos que requieren mayor cualificada[560]. En el caso de las SRL, el art. 198 LSC establece que los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social y sin que se computen los votos en blanco y sin perjuicio de las

[559] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: Principios... *op. cit.,* p. 263.

[560] Tratándose de aquellos acuerdos a los que se refiere el art. 194 LSC consistentes en el aumento o la reducción del capital y cualquier otra modificación de los estatutos sociales, la emisión de obligaciones, la supresión o la limitación del derecho de adquisición preferente de nuevas acciones, así como la transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero, si el capital presente o representado supera el 50% es suficiente que el acuerdo se adopte por mayoría absoluta. Sin embargo, se requerirá el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado en la junta cuando en segunda convocatoria concurran accionistas que representen el 25% o más del capital suscrito con derecho de voto sin alcanzar 50%. Y todo ello sin perjuicio de que cabe que los estatutos sociales eleven las mayorías anteriores.

mayorías legales reforzadas, que para casos concretos exige el art. 199 LSC[561]. Especial referencia debemos hacer a la situación de conflicto de intereses en los que pueden encontrarse los socios cuando se adopten acuerdos sociales en la junta general que le puedan afectar directamente. El art. 190 LSC prohíbe que el socio afectado pueda votar cuando se trata de la adopción de los siguientes acuerdos: cuando tengan por objeto autorizarle a transmitir acciones o participaciones sujetas a una restricción legal o estatutaria; excluirle de la sociedad; liberarle de una obligación o concederle un derecho; facilitarle cualquier tipo de asistencia financiera, incluida la prestación de garantías a su favor o dispensarle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo previsto en el artículo 230 LSC. En estos casos las acciones o participaciones del socio que se encuentre en algunas de las situaciones de conflicto de interés se deducirán del capital social para el cómputo de la mayoría de los votos que en cada caso sea necesaria. Nos podemos plantear si estos supuestos de conflicto de intereses son taxativos o por el contrario estamos ante una descripción abierta. En mi opinión, siguiendo la posición doctrinal mayoritaria, debemos concluir que nos encontramos ante una descripción abierta[562].

La eficacia del acuerdo de la junta general tiene como presupuesto que la voluntad social se haya formado dentro de los cauces de la legalidad, de forma que el sometimiento de los socios a la voluntad de la mayoría decaerá cuando se produzca una declaración judicial que invalida el acuerdo por considerar que el acuerdo es nulo. La reforma que se llevó a cabo de esta materia mediante la Ley 31/2014, de 3 de diciembre ha pretendido reducir los supuestos de impugnación de acuerdos sociales para lograr un equilibrio entre el abuso de la mayoría a la hora de imponer acuerdos ilícitos y el de minoría de ejercer el derecho de impugnación con una finalidad ajena a los derechos inherentes a la condición de socio. En tal sentido, actualmente ya no es un derecho que tenga todo socio salvo en

[561] -Se establece un regla especial para los casos en los que se exige una mayoría legal reforzada en el art. 199 LSC y que son: a) los acuerdos que versen sobre el aumento o la reducción del capital y cualquier otra modificación de los estatutos sociales que requieren el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social y b) La autorización a los administradores para que se dediquen, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social; la supresión o la limitación del derecho de preferencia en los aumentos del capital; la transformación, la fusión, la escisión, la cesión global de activo y pasivo y el traslado del domicilio al extranjero, y la exclusión de socios requerirán el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social. Y sin perjuicio que los estatutos puedan exigir un porcentaje de votos favorables superior al establecido por ley sin llegar en ningún caso a la unanimidad y la posibilidad de exigir el voto favorable de un determinado número de socios (art. 200 LSC).

[562] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I…op. cit.,* p. 500.

los casos de acuerdos contrarios al orden público y la legitimación para impugnar dependerá de la titularidad de una participación mínima en el capital social y estableciéndose para ello un procedimiento en el que debe existir una coordinación entre las normas sustantivas y las procesales, para buen funcionamiento del derecho que afecta no sólo a los intereses de las partes sino a la seguridad del tráfico[563].

Frente a la posición legislativa anterior que distinguía entre actos nulos y anulables, la reforma del art. 204.1 LSC llevada a cabo por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, distingue los siguientes acuerdos impugnables: a) Los que infringen la Ley, los estatutos o el reglamento de la junta. La Ley debe entenderse en su sentido más amplio de forma que el acuerdo será impugnable cuando sea contrario a cualquier norma con rango legal y no sólo la LSC. Y en el caso de los acuerdos contrarios a estatutos y el reglamento de la junta a su vez deben ser contrarios a las normas legales que inspiran estas normas internas societarias. b) Los acuerdos lesivos y los abusivos: como afirma SÁNCHEZ CALERO, siguiendo la jurisprudencia, en los acuerdos lesivos del interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros, el interés social debe ser común a todos los socios, de forma que el acuerdo produce un beneficio para uno o varios accionistas o un tercero y existe una relación causal entre la lesión del interés social y el beneficio que obtienen el socio o socios[564]. En cuanto a los acuerdos abusivos, tal y como hemos visto ya al tratar el objeto del art. 291 CP, son aquellos que, aunque no causan daño a la sociedad se imponen de forma abusiva por la mayoría, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, y se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios (art. 204.1 LSC). Y c) Junto a los dos anteriores, están los acuerdos contrarios al orden público por sus circunstancias, causa o contenido y que su nulidad se considera absoluta y no sanable con el transcurso del tiempo (art. 205 LSC). Íntimamente unido a los derechos tipificados como bien jurídico de los delitos societarios se encuentra el art. 204.3 LSC que establece una serie de supuestos en los que los acuerdos de la junta general no serán impugnables por considerarlos que nos son relevantes, esenciales o determinantes, aunque puedan existir irregularidades o vicios y que son la infracción de requisitos meramente procedimentales o de constitución del órgano o para la adopción del acuerdo; la infracción de derechos de información; la participación de personas no legitimadas en la junta y finalmente cuando uno o más votos emitidos fueran inválidos o

[563] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: Principios... *op. cit*., p. 266.
[564] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *Idem*, p. 267.

se hubiera producido un error el cómputo de los votos emitidos en la adopción del acuerdo.

Los acuerdos impugnables pueden ser convalidables dejando sin efecto la acción de impugnación, cuando hayan sido sustituidos válidamente por otros antes que se hubiera interpuesto la demanda de impugnación (art. 204.2 LSC), lo que llevará al juez a dictar un auto de terminación del procedimiento por extinción sobrevenida del objeto[565]. En cuanto a los plazos de impugnación estamos ante una acción de caducidad que no de prescripción, caducando en el plazo de un año (tres meses para las sociedades cotizadas de acuerdo con el art. 495.2 LSC) desde que se adoptó el acuerdo y desde la fecha que se haya comunicado, en el caso que se adopte el acuerdo por escrito, y si el acuerdo se hubiera inscrito, el plazo de caducidad se computará desde la fecha de oponibilidad de la inscripción. En relación con el cómputo del plazo al tratarse de plazo de caducidad y no de prescripción, se aplica el art. 5 CC quedando excluido del cómputo el día de la adopción del acuerdo o de la publicación de su inscripción efectuándose el cómputo de fecha a fecha pudiendo apreciarse de oficio su existencia[566]. Los acuerdos contrarios al orden público s no tienen plazo de caducidad ni de prescripción tal cual se ha indicado previamente.

En cuanto a la legitimación activa para impugnar los acuerdos sociales de la junta general, el art. 206.1 LSC distingue según se trate de acuerdo contrarios o no al orden público. Así en el caso de acuerdo no contrarios al orden público están legitimados los administradores, los terceros que acrediten un interés legítimo y los socios que tengan tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que representen, individual o conjuntamente, al menos el 1% del capital social (1 por 1000 cuando se trate de sociedades cotizadas) salvo que los estatutos hayan reducido este porcentaje, siendo un derecho de la minoría, pero en todo caso los socios que no alcancen el porcentaje tienen derecho al resarcimiento del daño que les haya ocasionado el acuerdo impugnable mediante el ejercicio de la acción de indemnización de daños y perjuicios que le haya ocasionado el acuerdo impugnable. Cuando el acuerdo sea contrario al orden público la legitimación corresponde a cualquier socio, aunque hubieran adquirido esa condición después del acuerdo, administrador o tercero. Mientras que la legitimación pasiva corresponde a la sociedad, estableciéndose dos reglas especiales: cuando el actor tuviese

[565] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: *Idem*, p. 269.
[566] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: *Idem*, p. 270.

la representación exclusiva de la sociedad por ser administrador único de la misma (art. 124.2 RRM) y la junta no tuviese designado a nadie a tal efecto, el juez nombrará la persona que ha de representarla en el proceso, entre los socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado. Y cuando se otorga la legitimación pasiva a aquellos socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado quiénes podrán intervenir a su costa en el proceso para mantener su validez.

El procedimiento es el previsto en la LEC para la impugnación de los acuerdos sociales en el del juicio ordinario (arts. 399 y ss. LEC) siendo competente el Juzgado de lo Mercantil del domicilio social (art. 52.1. 10º LEC en relación con el art. 86 ter apartado 2º LOPJ), pudiendo en el caso que fuera posible eliminar la causa de impugnación, el juez, a solicitud de la sociedad demandada, otorgar un plazo razonable para que aquella pueda subsanarse. La sentencia firme que declare la nulidad de un acuerdo inscribible deberá inscribirse en el RM publicándose un extracto en el BORME y en el caso que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el RM, la sentencia determinará además la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella (arts. 207 y 208 LSC).

IV. 4. 2. Los acuerdos del órgano de administración: especial mención a la responsabilidad de los administradores

Tratándose de SA que cuenten con consejo de administración, los acuerdos deben ser adoptados por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión, pudiéndose adoptar los acuerdos mediante votación por escrito y sin sesión cuando ningún consejero se oponga a este procedimiento (art. 248 LSC). En el caso de las SRL serán los estatutos los que fijen las reglas del modo de deliberar y adoptar los acuerdos por mayoría (art. 245.1 LSC). De los acuerdos adoptados en el seno del consejo de administración o en el caso que no lo hubiera de los administradores solidarios o mancomunados o del administrador único, se puede derivar una responsabilidad de estos, siendo común para las SA y SRL. Así los administradores responden frente a la sociedad, los socios y los acreedores sociales de los daños causados por actos u omisiones contrarias a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo el conjunto de deberes inherentes al cargo de administrador siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa. Se presume la culpa, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales y sin que en ningún caso se exonere de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general (art. 236.1 y 2

LSC)[567]. Los acuerdos contrarios a la ley se entienden que lo son a cualquier ley imperativa y no solo a la LSC y por otra parte debe realizarse incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo contenidos en el arts. 225 y ss. LSC que contienen las normas sobre la diligencia y lealtad con la sociedad que deben tener los administradores[568].

Se trata de una responsabilidad de naturaleza civil, que no debe confundirse con la responsabilidad penal, administrativa, fiscal o de cualquier otro orden a que da lugar su actuación frente a la sociedad. Además, la responsabilidad se vincula a los daños que los administradores ocasionan a través de un ejercicio abusivo o negligente de sus facultades, pero no al mayor o menor éxito de su gestión en la sociedad. Lo que se persigue con esta responsabilidad fundamentalmente es el incumplimiento de los administradores de su deber de lealtad frente a la sociedad, y no tanto del deber de diligencia, que no sólo no reporta ningún beneficio a quién las comete, sino que además son visibles y pueden ser conocidas y sancionadas por los socios y por el mercado[569]. No obstante, y tal y como afirma VICENT CHULIÁ, el art. 236 LSC es manifiestamente insuficiente, ya que no reúne los presupuestos esenciales de la responsabilidad y en concreto la culpabilidad, al tratarse una responsabilidad por culpa propia. Así deben concurrir seis presupuestos para que se produzca la responsabilidad de los administradores por los acuerdos que adoptan en el seno del consejo de administración o como administradores únicos, solidarios o mancomunados: 1. La conducta debe comprender una acción (acuerdo) u omisión. 2. Debe ser la causa del daño, real o inminente para el patrimonio social o para los socios o terceros (relación de causalidad). 3. La imputabilidad de dicha acción u omisión, en atención al efectivo ejercicio del cargo, incluyendo a los administradores de hecho, en sentido amplio, quiénes responderán igualmente del acuerdo con el régimen especial LSC. 4. La antijuridicidad por ser el acuerdo contrario a las leyes, los estatutos o los deberes inherentes al desempeño del cargo. 5. La culpabilidad, que se presume una vez probados los demás presupuestos, salvo prueba en contrario del administrador demandado, pero sin que sea necesario la tipificidad o violación de una norma legal

[567] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I…op. cit.,* p. 525.
[568] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I…op. cit.,* p. 526.
[569] GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y IGLESIAS PRADA J.L.: "Los órganos de las sociedades de capital (II). Los administradores" en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ, A.: *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen I,* 20ª ed., Pamplona, Civitas Thomson Reuters, 2022, pp. 472-473.

concreta propia de la responsabilidad administrativa o penal. 6. El daño efectivo, causado por la acción u omisión y su cuantía que se podrá determinar en ejecución de sentencia[570].

Las dificultades aparecen a la hora de discernir una *actuación arriesgada* (*v. gr*. las violaciones de las normas de autocartera y asistencia financiera o las de Derecho de defensa de la competencia), y una actuación culposa o negligente. Para ello debemos acudir a la doctrina norteamericana del "*business judgement rule*" o "diligencia propia de las decisiones empresariales" que se cumple cuando el acuerdo del consejo se adopta cumpliendo con el deber de informarse, especialmente con informes de expertos y que en el acuerdo se persiga un interés social[571]. Esta responsabilidad se extiende no sólo a los administradores de derecho, sino también a los administradores de hecho con la reforma llevada a cabo por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre. Y también aclara el régimen respecto de las sociedades mercantiles que tienen designado una persona física que les representa en el consejo de administración, ya que en estos casos responderán solidariamente la persona física con la persona jurídica administradora (art. 236.5 LSC). Así como los supuestos en los que no hay designado un consejero delegado en cuyo caso la responsabilidad recae en la persona que lleva la más alta dirección de la sociedad (art. 236.4 LSC).

En cuanto a la responsabilidad, ésta tiene carácter solidario, de forma que todos los miembros del órgano de administración, incluyendo a los administradores de hecho, así como a la persona física representante de la persona jurídica, que hayan adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responden solidariamente. Y para que pueda quedar exonerado de responsabilidad será necesario que el administrador pruebe que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, o bien desconocía de su existencia o, conociéndolo, hizo todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opuso expresamente a aquél (art. 237 LSC). Los supuestos para la exoneración de responsabilidad de un administrador ante un acuerdo lesivo o abusivo son los siguientes: a) Administrador que no asiste a la reunión del consejo de administración en la que se adopta el acuerdo lesivo: será necesario que no tome parte en su posterior ejecución. Se dan dos alternativas: que no conoce la existencia del acuerdo, siempre que no sea por mera negligencia. Y segunda alternativa, que sí conozca de la existencia del acto, en cuyo caso deberá haberlo impugnado. b) Administrador que sí asiste a la reunión del consejo

[570] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción …, Volumen I, op. cit.*, pp. 1225-1226.
[571] VICENT CHULIÁ, F.: *Idem*, pp. 1226-1227.

de administración en cuyo caso no basta con salvar el voto, sino que deberá haber votado en contra del acuerdo abusivo o lesivo. c) Administradores que han dejado de pertenecer al órgano de administración cuando el cese no se ha inscrito en el RM, en este caso se aplicará el mismo régimen de los que no han tomado parte en el acuerdo y su ejecución y han desconocido el mismo .[572] Estas actuaciones de los administradores en la adopción de acuerdos lesivos o abusivos pueden dar lugar a la acción de responsabilidad que a su vez podrá ser social o individual dependiendo que el patrimonio directamente dañado sea el de la sociedad o el de los socios o terceros[573]:

En *la acción social* la legitimación corresponde a la propia sociedad previo acuerdo de la junta general, sin que sea necesario que conste en el orden del día (art. 238.1 LSC), bastando para ello que el acuerdo se adopte por mayoría ordinaria y conlleva la destitución de los administradores afectados (art. 238.3 LSC). Cabe también el ejercicio de la acción social por los socios que estén legitimados para solicitar la convocatoria de la junta general, es decir que tenga al menos un 5% del capital social, salvo que los estatutos hayan reducido este porcentaje, en los términos previstos en el art. 239 LSC, y subsidiariamente de los anteriores por los acreedores de la sociedad en los términos del art. 240 LSC[574]. En estos dos últimos casos tanto los socios como los acreedores no reclaman para sí, sino para la sociedad para reparar el daño causado por los actos o las omisiones de los administradores, por lo que de estimarse la demanda tendrán derecho a que se les reembolse los gastos incurridos, de acuerdo con el art. 239.2 LSC, siendo por otra parte la acción de naturaleza contractual fijando la ley un plazo de prescripción de cuatro años (art. 241 bis LSC)[575].

En cuanto a la *acción individual* por socios y acreedores de la sociedad, se diferencia de la acción social, en que el patrimonio que directamente dañado, será el de los socios y acreedores (art. 241 LSC). La primera cuestión que se plantea es su necesidad a la vista de la acción aquiliana de responsabilidad extracontractual de daños del art. 1902 CC. Así la misma resulta necesaria, a la vista de lo dispuesto en el art. 241 LSC en relación con los arts. 236 y 237 LSC. Así éstos últimos regulan tanto la acción social como a la

[572] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I…op. cit.,* p. 527.
[573] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Idem,* p. 528.
[574] *Artículo 240. Legitimación subsidiaria de los acreedores para el ejercicio de la acción social.*
Los acreedores de la sociedad podrán ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus socios, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos.
[575] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I…op. cit.,* p. 529.

individual, teniendo la acción individual del art. 241 LSC tres ventajas: no hay que probar la culpa del administrador, ya que existe una presunción *iuris tantum* de culpabilidad que recae en el administrador, hay un régimen expreso de solidaridad en el caso de órgano de administración colectivo y finalmente el plazo de prescripción es de 4 años frente al año del art. 1968.1 CC[576]. La acción individual de los socios es contractual, ya que los administradores están ligados a aquellos en virtud del contrato de sociedad, en el que se fundamenta el contrato de administración y la personalidad jurídica de la sociedad no constituye un muro de separación que haga a los socios unos terceros ajenos a la sociedad[577]. En cambio, tratándose de la acción individual ejercitada por terceros, en este caso la naturaleza de la acción es extracontractual, ya que entre el administrador y el dañado no existe relación contractual, y el contrato se establece entre el tercero y la sociedad, actuando el administrador como agente de esta para constituir las relaciones jurídicas de la sociedad con terceros[578]. En todo caso el plazo de prescripción el de los cuatro años ya mencionado en el art. 241 bis LSC, al haberse unificado legalmente el plazo de prescripción para ambas acciones, la social y la individual, según estableció ya previamente la jurisprudencia[579]. En cuanto a la legitimación pasiva, es necesario que se pruebe que los administradores han causado con su conducta un "*daño directo*" a los socios o terceros, existiendo el mismo siempre que con la conducta del administrador se impida el ejercicio de un derecho[580].

Los acuerdos del consejo de administración, al igual que los de la junta general, en cuanto órgano colegiado, pueden ser impugnados, a diferencia de las decisiones adoptadas por los órganos de administración unipersonales como es el caso del consejero delegado, el administrador único o los administradores solidarios, que no cabe su impugnación[581]. De conformidad con el art. 251.1 LSC tienen la legitimación activa los

[576] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción …, Volumen I, op. cit.,* pp. 1229-1230.
[577] VICENT CHULIÁ, F.: *Idem, p.* 1230.
[578] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I…op. cit.,* p. 530.
[579] STS Sala Primera, sección 1ª, núm. 749/2001 de 20 julio. RJ 2001\6863 en su FD 4º dice: "Siendo por tanto necesario fijar la doctrina de esta Sala, debe declararse que el plazo de prescripción aplicable a la acción individual de responsabilidad contemplada en el art. 135 LSA-TR 1989 es el de cuatro años del art. 949 CCom. Sin desconocer los respetables argumentos de la doctrina científica mayoritaria en pro del plazo de un año del art. 1968-2º CC. …E) La unificación del plazo de prescripción en el de cuatro años del art. 949 CCom aporta a esta materia un grado de seguridad jurídica que permite superar la poca precisión que en ocasiones presentan las fronteras entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, acudiendo de un modo lógico y dotado de un indiscutible apoyo normativo a un solo plazo para las acciones de responsabilidad de los administradores por su actividad orgánica, con la ventaja añadida de la certeza que en tal caso se logra en orden al cómputo inicial del mismo plazo".
[580] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción …, Volumen I, op. cit.,* p. 1231-1232.
[581] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: Principios... *op. cit., p.* 306.

propios administradores y los socios que representen al menos un uno por ciento del capital social, siendo el 1 por 1000 en el caso de las sociedades de capital (art. 495.2 c) LSC). Siendo las causas de impugnación son las mismas que las de impugnación de los acuerdos de la junta general previsto en el art. 204.1 LSC, siendo por tanto impugnables todos los acuerdos que sean contrarios a la Ley, que se opongan a los estatutos o que lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros, y también procederá por infracción del reglamento interno del consejo de administración. Se fija un plazo de caducidad para ejercer la acción de 30 días desde el día en que se adoptó el acuerdo en el caso de que la acción la ejerzan los administradores, y desde que se tuvo conocimiento de este siempre que no haya transcurrido el plazo de un año desde su adopción en el caso de que la acción se ejerza por los accionistas. La acción se dirigirá contra la sociedad y los efectos se rigen conforme a lo establecido para la impugnación de los acuerdos de la junta general.

IV. 5. El objeto del delito del art. 293: los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social y de suscripción preferente de acciones

El objeto del delito del art. 293 CP está constituido por la imposibilidad por el socio del ejercicio de los derechos reconocidos de acuerdo con el art. 93 b), c) y d) LSC consistentes en el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones reconocidos por las Leyes. Estamos ante una enumeración taxativa que no puede extenderse a otros derechos de los socios, ya que en caso contrario se estaría vulnerando el principio de legalidad, si bien se echa en falta en la tipificación legal[582], derechos como el que tienen los socios para participar en el dividendo o ganancias sociales o derecho a participar en la cuota de

[582] FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, pp.1196-1197: Esta autora entiende que no constituye objeto idóneo del art. 293 CP, el derecho del socio al dividendo, a la cuota de liquidación, a separarse en caso de sustitución del objeto social, a recibir los títulos de las acciones cuando estos se emitan, a transmitir sus acciones sin perjuicio de las limitaciones legales y estatutarias y a constituir derechos reales sobre ellas. Y de la misma autora FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., pp. 1917-1918: Esta autora entiende que la exclusión de los derechos patrimoniales del tipo del art. 293 CP se encuentra en que los derechos políticos de los socios son irrenunciables en abstracto, mientras que los de contenido patrimonial son renunciables en concreto, es decir, ante cada oportunidad de ejercicio. En el mismo sentido BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho…, op. cit.*, pp. 627-628. Para estos autores el tipo penal nada añade a las ilicitudes civiles que describe, además de incurrir en graves incongruencias

liquidación[583]. No obstante tal y como ha puesto de manifiesto DEL ROSAL BLASCO, en atención a la clasificación de los derechos de los socios en derechos económicos o patrimoniales, derechos políticos y administrativos (que serían los propios de este tipo) y derechos mixto o de doble contenido (como es el de derechos de suscripción preferente), caben también en el tipo, la limitación a solicitar la convocatoria de la junta o asamblea general tal y como han puesto de manifiesto la STS de 14 de julio de 2006 (RJ 2006, 6088) y STS de 22 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 316) [584] , ya que indirectamente se le está negando el derecho de información, si bien la solicitud de convocatoria por los socios debe cumplir con los requisitos legales y estatutarios para que la conducta sea típica[585]. Así como el derecho a ostentar la representación proporcional en el consejo de administración en cuanto que se encuentra implícito en el derecho de participar en la gestión y control de la actividad social. No obstante, y pese al carácter extrapenal de los derechos objeto de protección por el art. 293 CP, y el principio de intervención mínima, que nos lleva a realizar una interpretación restrictiva de este delito, no resulta necesario agotar los mecanismos de protección extrapenal, para acudir a la jurisdicción penal en protección de estos derechos[586]. El TS exige que exista una abierta conculcación de la legislación en materia de sociedades, pudiendo constituir la persistencia en la negativa a informar, una manifestación de este carácter manifiesto de la conculcación del derecho de información[587]. Y la doctrina entiende que para que la conducta del art. 293 CP tenga

[583] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial ... *op. cit., p.* 557. En el mismo sentido DEL ROSAL BLASCO, B.*:* "Delitos …" en DEL ROSAL BLASCO, B. (coord.): *Derecho..., op. cit.*, p. 290: Para este autor la participación en el reparto de las ganancias sociales no se encuentra dentro de los derechos que protege el art. 293 CP.

[584] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* pp. 130-131. En el mismo sentido y del mismo autor En el mismo sentido DEL ROSAL BLASCO, B.*:* "Delitos …" en DEL ROSAL BLASCO, B. (coord.): *Derecho... op. cit.*, p. 289. Y MUÑOZ CUESTA, F. J.: "Negar o impedir el derecho de información a socio: La no convocatoria de junta general de accionistas de sociedad motiva la aplicación del art. 293 CP", *Revista Aranzadi Doctrinal*, Año 2010, núm. 3: "Si a un socio se le niega por los administradores de la sociedad la convocatoria de junta general extraordinaria, la que tiene derecho a solicitar su celebración, siendo la manera idónea para obtener la información que llevan consigo los arts. 11 y 212.2 LSA, se le está negando el derecho de información inherente a la convocatoria de la junta y máxime cuando los administradores niegan esa convocatoria precisamente para impedir que el socio conozca el funcionamiento de la sociedad y pueda actuar en consecuencia. No creemos que haya que reclamar por vía civil la convocatoria de la junta general y cuando una vez convocada judicialmente se niegue o impida el derecho de información a que hacen referencia los mencionados artículos de la Ley de Sociedades Anónimas para que nazca el delito, éste aparece cuando se niega la información por cualquier manera que el socio pueda obtenerla y la convocatoria de la junta general es una forma de alcanzarla".

[585] SAP de Salamanca (Sección 1ª) núm. 60/2008 de 11 de julio, ARP 2008\524. FD Quinto.

[586] PASTOR MUÑOZ, N.: "Delitos …" en AYALA GÓMEZ, I. (coord.) y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (coord.): *Memento…, op. cit., p.* 703.

[587] Auto TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 386/2022 de 17 marzo RJ\2022\1941. FD Único: "En el ámbito de la conducta típica ha de considerarse que el precepto no penaliza cualquier comportamiento que meramente dificulte el ejercicio de los referidos derechos del socio, lo que podrá constituir un ilícito

relevancia penal, se requiere que reúna un mínimo de gravedad y de esta forma deslindarlo de las infracciones mercantiles[588].

En mi opinión, sólo será aplicable el art. 293 CP en los casos en los que se produzca una grave vulneración de las normas mercantiles que genere un perjuicio claro a los socios, es decir que la conducta requiere un *plus de ilicitud* que afecte a los socios en su relación con la sociedad de forma que no sólo niegue o impida el ejercicio de los derechos sociales, sino que los imposibilite. Frente a las críticas sobre su supresión por la escasa entidad de la pena que conlleva este delito, hay que entender que para acudir al procedimiento penal por violación de alguno de los derechos previstos en el tipo del art. 293 CP no se requiere que los actos sean nulos o anulables, a diferencia de la exigencia de este requisito en la LSC, de forma que se podrá acudir al procedimiento penal sin necesidad de haber ejercitado las acciones de impugnación de los acuerdos sociales o de responsabilidad de los administradores[589]. Pero lo que resulta evidente, es que el examen de los derechos objeto del tipo delictivo nos obliga en este precepto a acudir a las normas contenidas en el ordenamiento jurídico mercantil, ya que estamos ante una verdadera técnica de remisión normativa. Para ello debemos centrarnos en la LSC, el Cco. y el RRM, al ser las sociedades de capital, y en especial las SA y SRL, las mayoritarias en el tráfico mercantil español, y porque sus normas acaban siendo supletorias de las del resto de sociedades especiales. En todo caso los derechos deben estar reconocidos por las Leyes, lo que excluye los que puedan estar en fuentes normativas de rango inferior a la Ley y aquellos que pudieran estar reconocidos exclusivamente en los estatutos sociales[590].

---

mercantil. Se requiere expresamente "negar", que en este contexto equivale a desconocer dichos derechos, o impedir, que equivale a imposibilitar. En consecuencia, cuando el derecho se reconoce y se atiende, proporcionando al socio una información básicamente correcta, las alegaciones sobre demoras, omisiones o simples dificultades quedan al margen del comportamiento típico, sin perjuicio de la responsabilidad que proceda en el ámbito mercantil. No es exigible que el comportamiento sea reiterado, pues no lo requiere el precepto, ni tampoco se exige un elemento subjetivo específico (el legislador suprimió en la redacción final del artículo las expresiones maliciosa y reiteradamente que figuraban en el proyecto), pero si una abierta conculcación de la Legislación en materia de sociedades, como se ha señalado ya por esta misma Sala pudiendo constituir la persistencia en la negativa a informar, una manifestación de este carácter manifiesto de la conculcación del derecho de información".

[588] CUGAT MAURI, M., en CÓRDOBA RODA, J. (dir.) y GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *Comentarios…*, *op. cit.*, p. 1108.

[589] FARALDO CABANA, P.: "El delito …", en TERRADILLOS BASOCO, J. M. (coord.) y ACALE SÁNCHEZ, M. (coord.): *Nuevas …, op. cit.,* pp. 65 a 116. Y FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, p.1206.

[590] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit., p.* 264.

IV. 5. 1. El derecho de información de los socios

Uno de los principales derechos inherentes a la condición de socio de las sociedades mercantiles en general y de las de capital en particular, es el *derecho de información del socio*, que constituye un derecho esencial e irrenunciable, cuya conculcación conlleva la nulidad de los acuerdos[591], estando regulado de forma detallada en los arts. 93 d), 196 y 197 LSC, según se trate de SRL o SA. El derecho de información de los socios constituye un derecho que integra la condición de socio, ya que sin este derecho no puede ejercitar sus derechos de intervención en la sociedad ni defender los intereses de la propia sociedad y los propios suyos como socio, y se ejerce fundamentalmente en la junta general teniendo dos aspectos: el derecho a solicitar la información y el derecho a recibir la información solicitada[592]. Este derecho tiene su correlato en el deber de los administradores de rendir cuentas sobre su gestión social, pero este derecho de información no es un derecho ilimitado, sino que tiene sus propios límites mayores cuanto mayor es la sociedad lo que lleva a establecerse incluso límites legales al derecho de información (art. 197.3 LSC)[593]. El derecho de información debe distinguirse de la publicidad informativa, ya que ésta última consiste en aquellos datos que por disposición legal se encuentran a alcance del socio y de terceros, a través de su publicidad en el RM (*v. gr*. las cuentas anuales), mientras que el derecho de información es el que corresponde a los socios en atención a su condición de socio. Así cada vez se ha ido ampliando la publicidad informativa en las SA en las que el derecho de información se ha concebido con un carácter restringido, cosa que no ocurre en las SRL, ya que en atención a su carácter cerrado el derecho de información se ha configurado de forma menos restrictiva para los accionistas[594]. El derecho de información comprende tanto el derecho de información en sentido estricto, como el derecho al examen de los documentos de la sociedad que debe poner los órganos de la sociedad a disposición de los socios en los plazos y lugar determinados por la Ley haciendo constar esta circunstancia en la convocatoria de la junta general[595]. Entre esos documentos a los que tienen derecho los socios, sin lugar a dudas se encuentran como los más significativos, las cuentas anuales con el informe de auditoría cuando éste último sea preceptivo, los informes del órgano de administración con la propuesta de modificación

[591] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I…op. cit.,* p. 497.
[592] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit., p.* 262.
[593] LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. en DE LA MATA BARRANCO, N.J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. y NIETO MARTÍN, A.: *Derecho …, op. cit., p.* 479.
[594] GALLEGO SÁNCHEZ, E. y FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: *Derecho…, op. cit.,* p. 468.
[595] GALLEGO SÁNCHEZ, E. y FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: *Idem, p.* 469.

estatutaria, los folletos informativos para la emisión de valores, las propuestas de contenido económico más relevantes para la sociedad, y los que justifiquen cualquier acuerdo que conlleve mayores obligaciones para los socios. La falta de entrega de esta documentación cuando sea solicitada por los socios podrá suponer la comisión de un delito del art. 293 CP. Como ha sido puesto de manifiesto por la jurisprudencia, la negativa al acuerdo de la junta general consistente en la entrega de la documentación para la realización del informe de auditoría, constituye una negativa al derecho de información tipificado en el art. 293 CP[596].Y tratándose del derecho de información en sentido estricto el socio tiene el derecho de formular a los administradores las preguntas sobre la gestión social y la marcha de la sociedad, siendo un derecho restringido en cuanto al objeto y al tiempo y forma en el que ha de requerirse y la sociedad suministrar la información[597].

En las SRL los socios pueden ejercer el derecho de información en la junta general respecto de los asuntos comprendidos en el orden del día, tanto por escrito, con anterioridad a la celebración de la junta general o verbalmente durante la misma, estando el órgano de administración obligado a suministrarlo o bien verbalmente o bien de forma escrita en atención al momento y la naturaleza de la información solicitada. Mientras que en las SA los socios pueden solicitar la información o aclaración sobre los asuntos comprendidos en el orden del día de la junta general, o bien por escrito, hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la junta general, pudiendo los socios también formular por escrito las preguntas que consideren pertinentes, estando los administradores obligados a facilitar la información por escrito hasta el día de la celebración de la junta general. Y de forma verbal durante la celebración de la junta general, de forma que, si no se pudiera contestar en el transcurso de ésta por no tener la información los administradores, éstos están obligados a facilitar la información solicitada por escrito, dentro de los siete días siguientes al de la terminación de la junta general.

No obstante, y frente al principio general de los derechos de información de los socios, la ley establece supuestos especiales para excluir el derecho de información de los socios, que resultan relevantes a la hora de ver el alcance del tipo penal del art. 293 CP y la

[596] SAP de Málaga (Sección 2ª) núm. 116/2007 de 20 febrero, JUR\2007\204561. FD Cuarto: "Aplicando la doctrina jurisprudencial que se cita al caso ahora enjuiciado, se ha de concluir que la actividad del recurrente consistente en desconocer el acuerdo de la junta de socios encaminado a auditar el ejercicio 2003 -no las cuentas de 2003 correspondientes al ejercicio de 2002, como erróneamente dice la defensa-, impidiendo que se pudiese realizar el informe de auditoría y aprobar las cuentas anuales de dicho ejercicio, aprobación condicionada al resultado publicado por el auditor (véase folio 10), encaja plenamente en el tipo del artículo 293 del CP" .

[597] GALLEGO SÁNCHEZ, E. y FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: *Idem*, p. 470.

negación de este derecho. Así en las SRL la ley excluye el derecho de información a los socios cuando la publicidad de la información perjudique el interés social, pero en ningún caso procederá la denegación de la información cuando la solicitud esté apoyada por socios que representen, al menos, el 25% del capital social. Y en las SA se excluye el derecho de información cuando la información sea innecesaria para la tutela de los derechos del socio, o existan razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extra sociales o su publicidad perjudique a la sociedad o a las sociedades vinculadas, si bien no podrá denegarse cuando la información sea solicitada por accionistas que representen, al menos, el 25% del capital social, pudiendo los estatutos fijar un porcentaje menor, siempre que sea superior al 5% del capital social.

La Ley 31/2014, de 3 de diciembre ha endurecido el régimen de impugnación por vulneración del derecho de información para prevenir su uso abusivo por socios disidentes, de forma que la denegación del derecho de información ya no es causa de impugnación de la junta general, si bien faculta al socio para exigir el cumplimiento de la obligación de información y los daños y perjuicios que se le hayan podido causar. De igual forma, tampoco es causa de impugnación de la junta general cuando la información que haya sido solicitada previamente por escrito y ésta se haya dado de forma incorrecta o insuficiente, salvo que la información incorrecta o insuficiencia facilitada por la sociedad hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación (art. 204.3 b) LSC)[598]. Y todo ello, sin perjuicio que la utilización abusiva o perjudicial de la información solicitada por parte del socio hará a este responsable de los daños y perjuicios causados[599].

La información podrá suministrarse, o bien de forma oral o bien de forma impresa, sin embargo en las sociedades cotizadas los accionistas tienen derecho a solicitar la información en forma impresa y la sociedad deberá cumplir los deberes de información por cualquier medio técnico, informático o telemático, estando obligada a disponer de una página web para atender el ejercicio del derecho de información y para difundir la información relevante que exige la LMV (art. 539 LSC)[600], de forma que tanto las

[598] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I…op. cit.,* p. 497.
[599] GALLEGO SÁNCHEZ, E. y FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: *Derecho…, op. cit.,* p. 472.
[600] PÉREZ VALERO, I.: "Delitos societarios e información en las instituciones de inversión colectiva", en TERRADILLOS BASOCO J.M. (coord.) y ACALE SÁNCHEZ M. (coord.): *Temas de Derecho Penal Económico. III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*. Madrid, Trotta, 2004, p. 301-

preguntas realizadas por escrito como sus contestación constarán en la página web de la sociedad, excluyendo por tanto la obligación de contestar los administradores a las preguntas formuladas cuando la información se encuentre en la página web corporativa (art. 520.2 LSC), y sin perjuicio que en la propia página web consta un foro electrónico de accionistas en el que se facilite su comunicación con los órganos de la sociedad con carácter previo a la celebración de la junta general[601]. La vulneración de los derechos de información y sus consecuencias difieren para las SA, del momento en que se solicite la información. Así si se ejercitara antes de la celebración de la junta general, podrá impugnarse el acuerdo si éste se ha adoptado habiendo proporcionado información incorrecta o insuficiente, y dicha información hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por el socio de su derecho de voto o de cualquiera de los derechos de participación (art. 204.3. b) LSC). No obstante, si la información se solicitó durante la celebración de la junta general, su lesión sólo dará derecho al accionista a solicitar el cumplimiento de la obligación de información y los daños y perjuicios que se le hayan irrogado, pero no es causa de impugnación del acuerdo social (art. 197.5. LSC).

En cuanto a la interpretación jurisprudencial en relación con el alcance de la negativa de derechos de información al socio previsto en el tipo penal del art. 293 CP, la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 91/2013 de 1 febrero RJ\2013\1847 en su FD Cuarto tiene dicho:

> "En el ámbito del objeto material ha de partirse de que los derechos tutelados en el precepto no son absolutos ni ilimitados. Concretándonos al derecho de información, al que se refiere el presente recurso, su extensión y modalidades de ejercicio tiene el alcance concreto que le otorgan las correspondientes normas societarias. Como objeto del tipo penal el ámbito del derecho no alcanza a los supuestos razonablemente discutibles, que deben quedar para su debate en el ámbito estrictamente mercantil, por lo que únicamente serán típicos aquellos supuestos de denegación de información a la que los socios tienen derecho de modo manifiesto, como sucede con los prevenidos en los arts. 112 LSA (derecho de los accionistas a los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos que figuren en el orden del día de una Junta General) y 212 LSA (derecho de los accionistas a obtener cualquiera de los documentos que habrán de ser sometidos a la aprobación de la Junta). En el

302: Son especialmente interesante las reflexiones de este autor en relación a la obligación de llevar la contabilidad de forma correcta y la posibilidad de incurrir en el delito del art. 290 CP cuando las Instituciones de Inversión Colectiva no reflejen debidamente la imagen fiel del patrimonio, la situación financiera y los resultados de la empresa en los términos previstos en el art. 34 Cco.

[601] GALLEGO SÁNCHEZ, E. y FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: *Derecho…, op. cit.,* p. 471.

ámbito de la conducta típica ha de considerarse que el precepto no penaliza cualquier comportamiento que meramente dificulte el ejercicio de los referidos derechos del socio, lo que podrá constituir un ilícito mercantil. Se requiere expresamente «negar», que en este contexto equivale a desconocer dichos derechos, o impedir, que equivale a imposibilitar. En consecuencia, cuando el derecho se reconoce y se atiende, proporcionando al socio una información básicamente correcta, las alegaciones sobre demoras, omisiones o simples dificultades quedan al margen del comportamiento típico, sin perjuicio de la responsabilidad que proceda en el ámbito mercantil. (STS 650/2003, 9 de mayo (RJ 2003, 7143), 796/2006, 14 de julio (RJ 2006, 6088), 1351/2009, 22 de diciembre (RJ 2010, 316)). Y también hemos dicho que la conducta delictiva debe restringirse sólo a los comportamientos más abiertamente impeditivos del ejercicio de estos derechos básicos, para diferenciarlos de los supuestos en que lo que se discute es simplemente la suficiencia del modo en que se ha atendido a los derechos de los accionistas, supuestos que están reservados al ámbito del derecho mercantil, habiendo destacado como conducta típica la obstruccionista frente al derecho de los socios, siendo esta cualidad de persistencia en el abuso, lo que por regla general debe determinar la aplicación de la ley penal ((STS 1351/2009, 22 de diciembre)"[602].

En el mismo sentido la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 330/2013 de 26 marzo RJ\2013\3182 establece que no toda negativa de información puede constituir la acción típica del delito del art. 293 CP, de forma que solo cuando la negativa de la información solicitada supusiera una efectiva limitación de la condición de socio se estaría dentro del ámbito penal.[603] Y más recientemente, y en el mismo sentido debemos citar la STS (Sala

[602] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 91/2013 de 1 febrero RJ\2013\1847 en su FD Cuarto.

[603] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 330/2013 de 26 marzo RJ\2013\3182: FD 2º: En el art. 293 del Cpenal no se precisa cuáles sean los concretos actos de denegación de información que puedan resultar típicos penalmente, el artículo referido cita simplemente "...el ejercicio de los derechos de información...", ahora bien, teniendo en cuenta la naturaleza de "*ultima ratio*" que tiene la sanción penal y unido a ello, el principio de mínima intervención que tiende a reservar al sistema de justicia penal la retaguardia en la defensa de los bienes jurídicos atacados por el infractor, ha de concluirse que no toda negativa de información puede constituir sic et simpliciter la acción típica del delito del art. 293 Cpenal , por ello solo cuando la negativa de la información solicitada supusiera una efectiva limitación de la condición de socio se estaría dentro del ámbito penal. Igualmente tiene declarado esta Sala que debe tratarse de una negativa clara y rotunda por lo que quedan extramuros del tipo las meras dificultades, demoras u omisiones que impiden a la postre la información solicitada. Por ello tampoco se exige que la negativa sea reiterada, el tipo no lo exige, pero qué duda cabe que la reiteración en la negativa facilita la acreditación de la conculcación del derecho -- SSTS de 26 de noviembre 2002 (RJ 2002, 10513) o, más recientemente, 532/2012 de 26 de junio (RJ 2012, 8389) --. Por otra parte, el tipo penal que se comenta no exige perjuicio patrimonial alguno pues el legislador no lo exige, pero sí se exige una idoneidad lesiva para el patrimonio del socio concernido. No se oculta a la Sala que el tipo amplio del delito que se comenta, unido a la conflictividad que puede darse en el ámbito societario puede abonar una utilización frecuente de acciones penales. Dos son los criterios que permiten delimitar el ámbito de la respuesta penal: a) Que no exista causa legal que impida legítimamente al administrador a facilitar la información que se le solicita. b) Que la información solicitada sea el presupuesto necesario para la efectividad del ejercicio de los derechos del socio".

de lo Penal, Sección 1ª) núm. 729/2021 de 29 septiembre RJ\2021\4468[604] Así sólo son impugnables los supuestos en los que la información incorrecta o no facilitada sea esencial para el ejercicio por parte del accionista de su derecho al voto o cualquiera de los derechos de participación[605].

IV. 5. 2. El derecho a la participación en la gestión o control de la actividad social

El derecho a la participación directa de los socios en la sociedad se manifiesta a su vez en dos derechos, el de la participación en la gestión social y en el derecho a controlar la actividad social que realizan terceros, en concreto los administradores, ya sean de hecho o de derecho. El derecho de participación en la gestión de la actividad social se concreta en el derecho a asistir o ser representados en las juntas o asambleas generales y al ejercicio de voto en las mismas según prevé el art. 93.c y 188 LSC[606] y de igual forma también forma parte de este derecho, el de participar en el consejo de administración a través de una participación proporcional prevista en el art. 243 LSC[607]. Y en cuanto al derecho de control de la actividad social se encuentra en las facultades que tienen los socios para solicitar que se convoque la junta general (art. 168 LSC), incluir puntos en el orden del día de la convocatoria (art. 172 LSC), derecho de impugnar los acuerdos sociales y suspensión (art. 93c, 206 y 251.1 LSC), derecho de exigir responsabilidad a los administradores sociales (art. 239 LSC), derecho a la representación proporcional de los socios minoritarios en el consejo de administración en las SA (art. 243 LSC) y el derecho a solicitar que la sociedad sea objeto de auditoría de cuentas en los supuestos en los que

[604] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 729/2021 de 29 septiembre RJ\2021\4468 FD. 3º:" 2.- En nuestra sentencia número 413/2017, de 7 de junio (RJ 2017, 2845), ya veníamos a observar, con cita de otras anteriores y en consonancia con los criterios doctrinales mayoritariamente sostenidos, que el derecho de información del socio resulta uno de los más significativos que al mismo se atribuyen al resultar, tanto en términos lógicos como metodológicos, presupuesto indispensable para el ejercicio de sus derechos de participación y censura o control de la gestión societaria. Ello, no obstante, y como la referida sentencia expresa: "Está fuera de dudas que la amenaza de una pena, asociada al incumplimiento de ese deber definido por la legislación mercantil, sólo adquiere sentido cuando se reserva el derecho penal para las formas más graves de obstaculización del ejercicio de aquel derecho. Las conductas abarcadas por el tipo previsto en el art. 293 del CP no pueden ser definidas a partir de un automatismo en la penalización de todo aquello que no se ajuste a las exigencias del derecho mercantil, sobre todo, cuando éste conoce mecanismos de reparación igual de eficaces y, lo que es más importante, sin los efectos añadidos que son propios de toda condena penal. En definitiva, en la interpretación del tipo penal que sanciona el menoscabo del derecho de información que asiste a todo socio, no cabe una metodología mimética que se desentienda de la verdadera intencionalidad y trascendencia lesiva de la acción imputada al socio incumplidor…".

[605] GALLEGO SOLER, J.I.: "Delitos …" en CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Derecho…, op. cit., p.* 354.

[606] LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. en DE LA MATA BARRANCO, N.J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. y NIETO MARTÍN, A.: *Derecho …, op. cit., p.* 480.

[607] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit., p.* 272.

está obligados a ello (art. 265.2 LSC)[608]. No obstante, ante la negativa del ejercicio de estos derechos, la LSC permite solicitar la convocatoria judicial de la junta general, por lo que ha llevado a parte de la doctrina a considerar que sea dudoso que la conducta sea merecedora de reproche penal[609]. En mi opinión estamos ante derechos inherentes a la condición de socio como son el de participar en la gestión o control de la actividad social, lo que fundamenta sobradamente su tipificación en el art. 293 CP en caso de que se produzca la negativa o impedimento de estos, en cuanto que su incumplimiento puedo generar graves problemas en el normal funcionamiento de las sociedades.

IV. 5. 3. El derecho de suscripción preferente de acciones

La ampliación de capital de las sociedades mercantiles supone una modificación estatutaria al variar la cifra del capital social que consta en los estatutos, y corresponde la competencia para la adopción del acuerdo exclusivamente la junta general a propuesta del órgano de administración. La regulación pormenorizada que realiza la LSC (arts. 317 a 342) del aumento de capital sin duda se encuentra en la necesidad de tutelar los derechos de los acreedores sociales, pero también de los propios accionistas[610]. La ampliación de capital se puede realizar mediante dos procedimientos, tal y como establece el art. 295 LSC: mediante el incremento del valor nominal de la acciones o participaciones que normalmente se realiza con cargo a reservas o beneficios. Y mediante la emisión de nuevas acciones y participaciones. Su finalidad en ambos casos puede ser muy variada como es el aumento del patrimonio neto y en consecuencia los recursos financieros de la sociedad mediante la realización de aportaciones dinerarias, dar entrada a nuevos socios, aumentar los elementos patrimoniales en el caso de aportaciones no dinerarias o *in natura*, adecuar la cifra del capital al patrimonio neto, en los casos en los que se encuentre por debajo del mismo y finalmente a la entrada de acreedores convirtiéndolos en socios como manera de reducir el pasivo social[611]. Los derechos de suscripción preferente están íntimamente unidos a la ampliación de capital que se realiza exclusivamente mediante la emisión o creación de nuevas acciones o participaciones que se ofrecen a los socios para su suscripción o asunción y por tanto el derecho de suscripción preferente nace en favor

[608] LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. en DE LA MATA BARRANCO, N.J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. y NIETO MARTÍN, A.: *Derecho …, op. cit., p.* 481. En el mismo sentido LÓPEZ LORENZO V. y FACORRO ALONSO, A.: "Aspectos penales …", *op. cit.,* pp. 43-44.
[609] GALLEGO SOLER, J.I.: "Delitos …" en CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Derecho…, op. cit., p.* 354.
[610] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: Principios... *op. cit.*, p. 312.
[611] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I…op. cit.,* p. 547.

de los antiguos socios que pueden suscribir las acciones de forma proporcional a las que ya ostentan, en el plazo y la forma que se haya fijado por los administradores. El art. 304.1 LSC establece dos requisitos para que se genere el derecho de suscripción preferente en un aumento de capital social: que se trate de aumento de capital con emisión de nuevas participaciones sociales o de nuevas acciones, ordinarias o privilegiadas y que se realice con cargo a aportaciones dinerarias. En este caso cada socio tiene derecho a asumir un número de participaciones sociales o de suscribir un número de acciones proporcional al valor nominal de las que posea.

Como afirman BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ, la *ratio legis* de los derechos de suscripción preferente se encuentra en la oportunidad que se concede a los socios para seguir manteniendo el mismo porcentaje de participación en el capital social que tenían antes de aprobarse la ampliación de capital. Con ello se evita que se diluya su participación en el capital social de la sociedad, respetando de esta manera su *statu quo* anterior a la emisión de las nuevas acciones o aportaciones y manteniendo de esta forma sus derechos de voto y el ejercicio de sus derechos políticos en la sociedad[612]. Por tanto el reconocimiento del derecho de suscripción preferente se encuentra en el deseo del legislador de que los accionistas puedan mantener la misma situación jurídica que tenían antes de la ampliación de capital, teniendo además un contenido económico ya que si la sociedad tiene reservas (patrimonio neto superior al capital social), la emisión de nuevas acciones a la par hace disminuir el valor real de las acciones antiguas, ya que al aumentar el número de acciones el valor proporcional del patrimonio neto que corresponde a cada acción será menor que antes de la ampliación, en consecuencia, las reservas deben imputarse también a las nuevas acciones[613]. Y de igual manera la finalidad de los derechos de suscripción preferente se encuentra en evitar la disminución del poder político y la dilución relativa del valor de las acciones o participaciones poseídas por los socios[614].

En cuanto al plazo de su ejercicio la ley distingue según la sociedad cotice o no en bolsa, ya que si cotiza el plazo no puede ser inferior a 15 días desde la publicación en el BORME del anuncio de la oferta de suscripción (art. 503 LSC) Y en los demás casos (SA no cotizadas y SRL) el plazo no podrá ser inferior a un mes (art. 305 LSC). El art. 304.2 LSC establece los supuestos en los que queda excluido el derecho de suscripción

[612] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Idem,* p. 549.
[613] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: Principios... *op. cit.*, p. 317-318.
[614] GALLEGO SÁNCHEZ, E. y FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: *Derecho…, op. cit.,* p. 497.

preferente, que tendrá lugar cuando el aumento del capital se deba a la absorción de otra sociedad o de todo o parte del patrimonio escindido de otra sociedad y en el caso de conversión de obligaciones en acciones. A los que hay que añadir los supuestos en los que la ampliación de capital se realice con cargo a aportaciones no dinerarias (art. 304.1 a sensu contrario). Los derechos de suscripción preferente son renunciables, de forma que los socios no están obligados a acudir a la ampliación de capital, de forma que en el caso los accionistas no ejerzan por completo el derecho de suscripción preferente, produciéndose una suscripción incompleta del aumento de capital podrá producirse el aumento del capital en la cuantía de la suscripción realizada siempre que las condiciones de la emisión así lo previeran; o bien desistir de la operación y restituir a los suscriptores las aportaciones dinerarias que hubieran realizado; y finalmente cabe posibilidad de realizar una segunda vuelta entre accionistas o terceros con el fin de completar el aumento de capital en los términos estatutariamente previstos o acordados en su caso por la junta[615]. Si bien esta última posibilidad no es aplicable a las SRL, ya que en estos casos sólo se ofrecerá a terceros, cuando los socios no decidan suscribir las nuevas aportaciones del capital social[616].

En cuanto que los derechos de suscripción preferente tienen un contenido económico, los mismos son transmisibles a terceros, siempre que se respeten las mismas condiciones que las que se aplican a la transmisión de las acciones o participaciones de las que se derivan (art. 306 LSC). Además, es un derecho excluible[617], siempre que esté justificado por el interés de la sociedad, mediante acuerdo de la junta general, que podrá decidir sobre la supresión total o parcial de los derechos de suscripción preferente, cuando se cumplan los requisitos previstos en la LSC. Este derecho, sin lugar a dudas es de las tres que menciona el art. 293 CP el que mayor entidad tiene, ya que tiene un claro valor económico[618]. Pero esta supresión legal de los derechos de suscripción preferente, que

[615] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: Principios... *op. cit.*, p. 318.
[616] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I…op. cit.,* p. 550.
[617] Tal y como prevé el art. 308 LSC, los requisitos para la exclusión legal de los derechos de suscripción preferente son los siguientes: En la convocatoria de la junta general se prevea la propuesta de supresión de estos derechos así como el tipo de emisión o creación de las nuevas acciones o participaciones y se ponga a disposición de los socios los correspondientes informes justificando la supresión de los derechos de suscripción preferente, uno que debe ser realizado por los administradores y en el caso de las sociedades anónimas, otro informe elaborado por un experto independiente, que sea distinto del auditor de la sociedad, y que haya sido nombrado por el RM y en el que se haga constar el valor razonable de las acciones de la sociedad, el valor teórico de los derechos de suscripción preferente que se intentan suprimir y la razonabilidad de los datos contenidos en el informe de los administradores y el valor nominal de las acciones o participaciones a emitir más la eventual prima que se corresponde con el valor razonable.
[618] BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho…, op. cit.*, p. 630.

afecta a todos los socios, es distinta de la negativa al ejercicio que prevé el art. 293 CP que se realiza sin causa legal alguna, y en relación a uno o varios socios, que no a la totalidad, y constituye en consecuencia un delito societario. Lo que sí podrá excluirse, porque no lo prevé el tipo penal, es la conversión de obligaciones en acciones (416 LSC)[619].

IV. 6. El objeto del delito de negación o impedimento de la labor inspectora o supervisora de la Administración

El objeto material del delito del art. 294 CP está íntimamente unido a las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras. Existe por tanto una identificación entre el objeto material del delito del art. 294 CP con los sujetos pasivos del mismo. A estas personas u órganos administrativos les corresponde la inspección y supervisión de las sociedades que actúen en mercados sujetos a su supervisión administrativa, y tienen atribuidas potestades administrativas entre las que están no sólo las mencionadas de inspección y supervisión, sino también las sancionadoras[620]. Resulta acertada la diferencia que hace el legislador entre sociedades *sometidas a supervisión administrativa* y sociedades *que actúen en mercado sujetos a supervisión administrativa*, ya que pueden existir entidades que, sin estar sometidas a supervisión administrativas, pueden actuar sin embargo en un mercado sometido a supervisión administrativa (*v. gr*. sociedad que cotiza en el mercado de valores pero que no se encuentra supervisada)[621]. El art. 294 CP se está refiriendo a aquellas sociedades sometidas a una serie de relaciones de sujeción especial con la Administración que afecta básicamente a tres sectores, aunque no únicamente a ellos: las entidades que intervienen en el marcado de valores y de futuros, las entidades de crédito y de seguros y finalmente las entidades prestatarias de servicios de telecomunicación[622]. En el tipo del art. 294 CP estamos ante un claro ejemplo de remisión normativa a normas extrapenales, en concreto del Derecho administrativo, pues habrá que acudir a las normas sectoriales vigentes en la materia de cada sociedad en particular, para saber si, la sociedad está sometida a supervisión o inspección, creando con ello un tipo

[619] LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. en DE LA MATA BARRANCO, N.J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. y NIETO MARTÍN, A.: *Derecho …, op. cit.,* p. 482.
[620] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit.,* p. 321.
[621] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial ... *op. cit.*, p. 569.
[622] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: "Algunos apuntes acerca del delito societario de obstrucción al control administrativo", en TERRADILLOS BASOCO J.M. (coord.) y ACALE SÁNCHEZ M. (coord.): *Temas de Derecho Penal Económico. III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*. Madrid, Trotta, 2004, pp. 290 y ss.

penal extremadamente abierto lo que hace que se haya cuestionado este precepto desde el punto de vista del principio de legalidad[623]. De esta forma, el CP, por medio de este tipo, se ha encargado de sancionar determinadas conductas de desobediencia a la Administración que se describen de forma mucho más indeterminada y amplia que la que realiza la propia normativa extrapenal, lo que da lugar a la crítica del propio tipo penal por su propia inconcreción[624]. En todo caso, y tal y como ocurre con el resto de los delitos societarios, deberá quedar reservada la aplicación del art. 294 CP para los supuestos más graves de incumplimiento de las obligaciones de colaborar con los órganos de supervisión e inspección previstas en las leyes sectoriales, ya que en caso contrario deberemos acudir a las normas sancionadoras administrativas que regulan cada uno de los sectores sujetos a supervisión[625].

IV. 6. 1. Especial mención a las facultades de inspección y supervisión de las entidades financieras

Para el estudio de cuáles son las personas que tienen las facultades de inspección o supervisión habrá que acudir a las normas sectoriales, entre las que destacan por su importancia para la economía nacional y de la UE, sin duda las correspondientes al sector bancario, sector de seguros y mercado de valores. Adicionalmente la normativa será estatal pero también autonómica respecto de aquellos entes sometidos a supervisión por los órganos de las CCAA. Por consiguiente y por su importancia, vamos a examinar la normativa sectorial aplicable a los organismos supervisores de las entidades de crédito, de las entidades que actúan en el mercado de valores y de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

En el ámbito de las entidades de crédito y sociedades de cartera, las facultades de supervisión e inspección corresponden al BdE y al BCE. Así tal y como prevé la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, corresponde al BdE el ejercicio de las competencias que le atribuyan las normas de ordenación y disciplina sobre las entidades de crédito y sobre las sociedades financieras mixtas de cartera, extendiéndose estas facultades supervisoras también a los grupos

[623] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit., p.* 136. En el mismo sentido y del mismo autor Para DEL ROSAL BLASCO, B.*:* "Delitos societarios" en DEL ROSAL BLASCO, B. (coord.): *Derecho..., op. cit.,* p. 293: "El tipo del art. 294 es, por tanto, una especie de norma penal en blanco".
[624] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit., p.* 284. En el mismo sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *Los delitos…, op. cit.,* p. 89.
[625] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.,* p. 299.

consolidables de entidades de crédito que tenga su matriz en España y las sucursales de entidades de crédito de Estados no miembros de la UE (art. 56 LOSSEC). Y corresponde a la Autoridad Bancaria Europea creada por el Reglamento nº 1093/2010, de 24 de noviembre mejorar el funcionamiento del mercado interior; velar por la integridad, la transparencia, la eficiencia y el correcto funcionamiento de los mercados financieros; reforzar la coordinación de la supervisión internacional; evitar el arbitraje regulatorio y promover la igualdad de condiciones de competencia; garantizar que los riegos de crédito y otro tipo estén regulados y supervisados de forma adecuada y reforzar la protección del consumidor, prestando especial atención al "riesgo sistémico" como riego de perturbación del sistema financiero que puede tener repercusiones graves sobre el mercado interior y la economía real[626]. Dentro de este nuevo marco comunitario, el BCE dentro de lo que es el Sistema de Bancos Centrales nacionales, ha asumido gran parte de las competencias que anteriormente tenía el BdE, entre las que se encuentran la formulación de la política monetaria para toda la zona euro; la fijación de los tipos de interés, el derecho de autorizar la emisión de billetes y la autorización de las entidades de crédito y su supervisión directa en el marco del MUS, de conformidad con lo previsto en el Reglamento (UE) n.º 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013 y nº 468/2014, de 16 de abril[627]: ello sin perjuicio que algunas de estas competencias se descentralicen en los Banco Centrales nacionales, de forma que éstos han pasado a integrarse, como centros periféricos o unidades de ejecución, en el nuevo Sistema Europeo de Bancos Centrales al frente del cual se encuentra el BCE, de cuyo Consejo de Gobierno forman parte los Gobernadores de cada uno de los Bancos Centrales nacionales[628]. En cuanto a las facultades de supervisión, inspección y sanción por el BdE o del BCE, éstas se regulan de forma pormenorizada en el Título III LOSSEC, así y de conformidad con el art. 50.1 LOSSEC se atribuye al BdE la consideración de autoridad responsable de la supervisión de las entidades de crédito y resto de entidades previstas en el art. 56 LOSSEC. Y ello para garantizar el cumplimiento de la normativa de ordenación y disciplina, sin perjuicio de las competencias que el ordenamiento jurídico atribuya a otras instituciones u órganos administrativos. En cuanto a las facultades de supervisión e inspección el art. 50.2

[626] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen II…op. cit.,* p. 261.
[627] El Reglamento (UE) n.º 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013 y nº 468/2014, de 16 de abril: encomienda BCE tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito dentro del marco del MUS con la finalidad de evitar que se produzcan situaciones de declaración de concurso de las entidades de crédito, para lo que se prevé las figuras de *recuperación* y la de *resolución*.
[628] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Idem*, p. 260.

LOSSEC establece un listado minucioso de las potestades que tiene atribuidas el BdE, y estableciéndose potestades supervisoras en materia de mecanismos de cumplimiento normativo (art. 51 LOSSEC); riesgos (art. 52 LOSSEC); sistemas de gobierno corporativo y políticas remunerativas (art. 53 LOSSEC) pudiendo para esta finalidad elaborar guías en materia supervisora (art. 54 LOSSEC).

En cuanto a las potestades de supervisión respecto de las entidades que actúan en el mercado de valores, las mismas corresponden a la CNMV regulada por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. La LMV, en su art. 1 establece el objeto de la misma, siendo la regulación del mercado de valores y los servicios y actividades de inversión en España y se refiere, entre otras materias a: la emisión y oferta de instrumentos financieros; a los centros de negociación y sistemas de compensación, liquidación y registro de instrumentos financieros; al régimen de autorización y condiciones de funcionamiento de las empresas de servicios y actividades de inversión; a la prestación de servicios y actividades de inversión en España por parte de empresas de terceros países; a la autorización y funcionamiento de los proveedores de servicios de suministro de datos y al régimen de supervisión, inspección y sanción a cargo de la CNMV. Y en cuanto a las facultades de supervisión, inspección y sanción por la CNMV, éstas se regulan de forma pormenorizada en el Título VIII de la LMV, teniendo la CNMV la consideración de autoridad competente. Así el art. 234 LMV establece que la CNMV dispondrá de todas las facultades de supervisión e inspección necesarias para el ejercicio de sus funciones, pudiendo ejercer estas facultades o bien directamente, en colaboración con otras autoridades, nacionales o extranjeras o mediante solicitud a las autoridades judiciales competentes, de forma que si las personas sobre las que se ejercen las facultades de supervisión e inspección se opusieran a las mismas o existiese el riesgo de tal oposición, el órgano competente de la CNMV deberá solicitar la correspondiente autorización judicial, cuando esta implique restricción de derechos fundamentales, a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo, que resolverán en el plazo máximo de cinco días. Y en cuanto a las facultades de supervisión e inspección el art. 234.2 LMV establece un listado minucioso de las potestades que tiene atribuidas.

En tercer lugar, y en relación a las Entidades aseguradoras, la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras establece el régimen de supervisión e inspección de estas entidades. En el

art. 1 de la LOSSEAR establece que su objeto es la regulación y supervisión de la actividad aseguradora y reaseguradora privada comprendiendo las condiciones de acceso y ejercicio y el régimen de solvencia, saneamiento y liquidación de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, con la finalidad principal de proteger los derechos de los tomadores, asegurados y beneficiarios, así como de promover la transparencia y el desarrollo adecuado de la actividad aseguradora La autoridad de supervisión nacional, facultada para supervisar entidades aseguradoras y reaseguradoras es la DGSFP, sin perjuicio de las facultades atribuidas directamente al Ministro de Economía y Competitividad, y de las competencias que, en su caso, correspondan a las CCAA (art. 7.2 LOSSEAR). En cuanto a las facultades de supervisión e inspección el art. 113.1 LOSSEAR establece un listado minucioso de las potestades que tiene atribuidas. El ejercicio de las funciones de supervisión se realizará a través de los funcionarios pertenecientes al Cuerpo Superior de Inspectores de Seguros del Estado con la colaboración de funcionarios pertenecientes a los cuerpos técnicos de la Administración General del Estado, así como de funcionarios expertos informáticos.

IV. 7. El perjuicio económico y patrimonial como elemento común de los delitos societarios

Los delitos societarios, al igual que ocurre con los delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico regulados en el Título XIII del Libro II CP, requiere con carácter general que exista un resultado material para proceder a su imputación objetiva, sin perjuicio que algunos de los delitos sean de mera actividad. En tal sentido, podemos decir que los delitos societarios tienen como elemento común, con la excepción de dos de los tipos penales societarios (arts. 293 y 294 CP), el ocasionar un perjuicio económico al patrimonio de los sujetos pasivos de los delitos, la sociedad, los socios o terceros[629]. De esta forma actúa el patrimonio como objeto de tutela, entendiendo el mismo como el conjunto de derechos, facultades, intereses y situaciones, con valor económico, atribuibles a una persona, cuya titularidad reconoce el ordenamiento jurídico. Y ese valor económico viene determinado, por el valor de mercado de los bienes afectados, de forma que, si estos bienes están faltos de riqueza, en ningún caso estaremos ante un bien jurídico objeto de tutela penal patrimonial. Ello conlleva un planteamiento mixto, jurídico y

[629] CUGAT MAURI, M., en CÓRDOBA RODA, J. (dir.) y GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *Comentarios…*, *op. cit.*, p. 1086: "Por lo que se refiere al contenido del perjuicio típico, éste ha sido mayoritariamente interpretado por la Jurisprudencia en sentido patrimonialista. Es decir, como detrimento patrimonial, normalmente reflejo del simultáneo enriquecimiento por parte del autor o tercero".

económico del patrimonio en los delitos societarios, atendiendo a la perspectiva objetiva del mismo[630]. Pero en el ámbito de delitos societarios, no se puede equiparar el concepto de patrimonio exclusivamente al de propiedad, al no ser el concepto de patrimonio unívoco, y tener varias acepciones ya sean jurídicas, económicas o económico-jurídica[631].

IV. 7. 1. El perjuicio económico en el delito de falsedad de cuentas anuales y otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad (art. 290 CP)

En el delito del art. 290 CP la acción de falsear debe tener una *idoneidad* lesiva para el patrimonio individual de la sociedad, de alguno de sus socios o de terceros, configurándose de esta manera este delito como un tipo de aptitud o de peligro hipotético para la producción de un daño. Junto a la acción falsaria de los documentos citados corresponderá al juez constatar la idoneidad que posee dicha acción falsaria para lesionar el patrimonio individual de los sujetos pasivos del delito[632]. La falsedad debe tener por objeto causar un perjuicio económico, estando dirigidas por tanto a ese fin[633]. Y ello sin perjuicio que tal y como prevé el párrafo segundo del art. 290 CP, en el caso que la acción falsaria típica llegue a causar un *perjuicio económico* se impondrá las penas en su mitad superior, estableciendo de esta manera un tipo cualificado del delito en el art. 290 párrafo segundo CP. Mediante estas teorías patrimonialistas, se protege la funcionalidad del documento, de forma que trasciende de la propia información y se centra en el perjuicio económico que la conducta falsaria irroga al patrimonio de la sociedad, los socios o terceros, para los que la información contenida en los documentos tiene una gran importancia. De esta forma, será relevante las falsedades que sean *idóneas* para causar un perjuicio económico o patrimonial a la sociedad[634]. Se configura así el perjuicio económico, como un elemento objetivo de la tipicidad, y no como un elemento subjetivo del injusto, que deberá ser valorable económicamente, pudiendo ser tanto un incremento

[630] BORJA JIMÉNEZ, E.: "Delitos… en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coord.): *Derecho…op. cit.,* pp. 361-362.
[631] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit.,* p. 25.
[632] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial ... *op. cit.*, p. 507.
[633] GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: *Curso…, op. cit.,* p. 192. Y CUGAT MAURI, M., en CÓRDOBA RODA, J. (dir.) y GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *Comentarios…, op. cit.*, p. 1095: "Según ello ni puede apreciarse el delito cuando del engaño no pueda derivar un perjuicio económico, ni, por el contrario, cuando el perjuicio económico no tenga que ver con el engaño".
[634] GALLEGO SOLER, J.I.: "Delitos …" en CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Derecho…, op. cit.,* p. 343.

como una disminución patrimonial [635]. En este sentido, la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 884/2016 de 24 noviembre RJ\2016\5633: FD Segundo establece:

> "Olvida con ello la recurrida algo esencial, desde la perspectiva del juicio de tipicidad, y es que el artículo 290 del Código Penal exige un perjuicio, no solamente económico o patrimonial, tanto si es efectivo como meramente potencial, que alguien habrá de soportar el perjuicio, si es efectivo, o que alguien habrá de sufrir el riesgo de su producción, si es potencial… Pero la falsedad debe tener una eficacia causal, al menos en potencia, para generar un perjuicio. Y éste debe ser necesariamente económico, como cuida de precisar el tipo penal, que no se satisface cuando los perjuicios son de otra naturaleza. En cuanto económico debe ser patrimonialmente mensurable. La falta de reflejo de la situación real de la economía de la sociedad, o la ocultación de la verdadera situación, no se traduce, ni siquiera potencialmente, por sí sola en un perjuicio o detrimento patrimonial. No satisfaría, a falta de éste, el presupuesto típico. Ni de la modalidad delictiva de mera actividad (párrafo primero del artículo) ni, menos aún, de la modalidad de resultado (párrafo segundo ibidem)".

Y tal y como afirma DEL ROSAL BLASCO el concepto de *perjuicio económico* se debe interpretar como una disminución efectiva del patrimonio de la sociedad, o dicho en otras palabras *"cualquier menoscabo patrimonial verificado según el criterio de "saldo total", esto es, la comparación entre el saldo patrimonial anterior a la acción delictiva y el estado patrimonial posterior"* [636]. Por tanto, se elimina del tipo cualquier elemento subjetivo y se concreta en la posibilidad de causar un perjuicio real y económico para la sociedad [637]. Pero lo anterior no significa que sea necesario exigir el causar de un perjuicio económico efectivo o real en el patrimonio del sujeto pasivo, por las dificultades que conlleva la prueba de la relación de causalidad como de imputación objetivo entre la

[635] PAVÓN HERRADÓN, D.: *El delito …, op. cit.,* pp. 158-161: Para este autor, en cuanto que parte que el bien jurídico protegido del art. 290 CP no es pluriofensivo, sino que lo limita a la funcionalidad de los documentos falseados, la mayor penalidad del tipo agravado del art. 290 CP y la causación de un perjuicio económico, constituye una condición objetiva de punibilidad, de forma que de *lege ferenda* debería suprimirse el tipo agravado contenido en el párrafo segundo del art. 290 CP.

[636] DEL ROSAL BLASCO, B.*:* "Delitos …" en DEL ROSAL BLASCO, B. (coord.): *Derecho …,* p. 272. En el mismo sentido FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit., p.* 155. Y FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, p.1169.

[637] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* pp. 99-100. Y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial ... *op. cit., p.* 508: Se hace necesario ver el alcance del *perjuicio económico*, y determinar el mismo, o bien en sentido estricto como se viene interpretando en el delito de estafa o en un sentido más amplio como hace la doctrina alemana respecto del delito de infidelidad patrimonial *"Untreue"*, incluyendo aquellos supuestos en los que no se va a exigir necesariamente el causar un menoscabo patrimonial, pudiendo consistir en un simple peligro para el patrimonio.

falsificación de las cuentas anules u otros documentos y el daño patrimonial causado[638]. Y más cuando en el art. 290 en su párrafo primero debe considerarse como un delito de aptitud o delito de peligro abstracto, un falseamiento idóneo para causar un perjuicio económico a los sujetos pasivos, y sólo cuando se produce el perjuicio económico previsto en el párrafo segundo estamos ante un delito de lesión o de peligro concreto[639]. Sólo serán punibles de acuerdo con el tipo del art. 290 CP, las falsedades potencialmente peligrosas para lesionar los intereses protegidos, de forma que no debe sancionarse cualquier inexactitud en las cuentas de la sociedad, sino sólo aquella susceptible de acarrear un perjuicio económico efectivo o real, tal y como ha puesto de manifiesto la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Caso CAM. Sentencia núm. 369/2019 de 22 julio RJ\2019\3506, que casa parcialmente la SAN 17 de octubre de 2017 ARP/2017/1294 absolviendo al ex director general y al director general de inversiones y riesgos de la CAM de forma que en su FD Segundo dice:

> "5. En la sentencia no se resuelve esta cuestión, que resulta decisiva para establecer si el hecho de dar de baja en el balance los activos titulizados dio lugar a una alteración de la imagen fiel que pueda considerarse relevante, desde la perspectiva de su idoneidad para causar el perjuicio al que alude el tipo…Los datos disponibles mediante la valoración pericial y la ausencia de razonamientos sobre este particular dan lugar, al menos, a la existencia de una duda razonable respecto de las bases fácticas de ese elemento del tipo penal, que no puede resolverse en perjuicio de los acusados…Así pues, tal como se alega, la imposibilidad de afirmar la existencia de una alteración relevante de la imagen fiel de la entidad, derivada del hecho de que cualquiera de las dos opciones habría conducido a un resultado similar, hace que, en caso de una eventual falsedad de las cuentas cometida al dar de baja del balance las operaciones de titulización, no pueda apreciarse con la necesaria certeza la idoneidad para causar un perjuicio".

En cuanto al tipo agravado, que como hemos visto requiere que la conducta falsaria ocasione un perjuicio económico, supone tal y como dice NUÑEZ CASTAÑO, que a diferencia del tipo básico, que debe considerarse como un delito de peligro respecto del patrimonio individual y de lesión respecto del bien jurídico supraindividual constituido

[638] STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 94/2023 de 14 febrero, RJ 2023\1445. FD Tercero: "En cuanto al *delito de falsedad contable* del art. 290 CP es preciso consignar antes que nada que es delito que *no exige como requisito típico la presencia de un perjuicio.* Lo confirma su párrafo segundo que acoge como subtipo agravado la real causación de ese perjuicio. Basta con la idoneidad de la actividad falsaria para perjudicar a la sociedad, a un socio o a un tercero (excluida la Hacienda Pública: art. 310 CP y STS 136/2017, de 2 de marzo)".

[639] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit.,* pp. 150-151.

por la funcionalidad del documento en el sistema económico que es lesionado con la realización de la falsedad idónea, el tipo agravado se considera un delito de lesión para ambos bienes jurídicos, tanto para la funcionalidad del documento en el sistema económico que se ve lesionado con el falseamiento idóneo, como para el patrimonio individual que se ve lesionado por el perjuicio económico producido, lo que justifica sobradamente la imposición de las penas en su mitad superior[640]. En el tipo agravado del art. 290 CP, el perjuicio económico consistirá tanto en la disminución del patrimonio como en la frustración de las legítimas expectativas de ganancias en el supuesto que la información falsa suponga inversiones de rentabilidad inferior a la esperada[641].

En consecuencia, considero que en el delito del art. 290 CP estamos ante un delito de peligro abstracto-concreto, con una valoración por el juez de la acción *ex ante* y *ex post* y si efectivamente se ha producido el perjuicio económico tipificado por la norma[642]. Lo que a su vez determina que no quepa la tentativa en el delito del art. 290 párrafo 1 CP en su modalidad básica al ser un delito de peligro hipotético, y tampoco en su modalidad agravada del art. 290 párrafo 2, ya que en este caso estaríamos ante un supuesto de la modalidad básica del art. 290.1CP[643]. De conformidad con este último sentido más amplio de la interpretación del perjuicio económico, quedará incluido en el tipo penal agravado, aquellos supuestos como por ejemplo el de falsear datos de los balances de las empresas que se presentan a las entidades de crédito para la concesión de préstamos o créditos por éstas, cuando dichos balances no respondan a la realidad económica de la solicitante del crédito. Estamos en estos casos ante los denominados por la doctrina estafas de crédito,

---

[640] GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit.,* p. 222: "*La regulación que se realiza en el art. 290 CP permite dar cabida a casos merecedores de sanción penal y que hasta ese momento quedaban al margen, por cuanto no podían ser incluibles en ninguno de los tipos penales existentes, por ejemplo por tratarse de una falsedad ideológica, o bien porque no se podía constatar la producción de un perjuicio económico, o que, incluso constatándose, no concurría la voluntad de perjudicar, con lo cual tampoco sería aplicable el delito de estafa*".

[641] CUGAT MAURI, M., en CÓRDOBA RODA, J. (dir.) y GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *Comentarios…*, *op. cit.*, p. 1097.

[642] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.*, pp. 190-191. En el mismo sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *Los delitos…, op. cit.*, pp. 60-61: "…delito de peligro abstracto o de actividad, que no exige la materialización ni la prueba de ningún perjuicio económico real y que se consuma en todos sus extremos con el simple fraude en la información suministrada (aunque la posible causación de un daño económico tampoco resulte irrelevante, al poder determinar – según lo previsto en el artículo 290.2- un agravamiento de la pena)". En el mismo sentido NIETO MARTÍN A. y PRIETO DEL PINO, A.M.: "La última crisis bancaria en la jurisprudencia penal" en DEMETRIO CRESPO, E. (dir.), DE LA CUERDA MARTÍN, M. (coord.) y GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F. (coord.): *Derecho Penal Económico y Teoría del Delito.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p 680: "El requisito de aptitud de producir un perjuicio económico aporta un contenido de lesividad que permite establecer la frontera ente el ilícito penal tipificado en el art. 290 CP y los ilícitos administrativos sancionados como infracciones muy graves que contempla la legislación que disciplina la supervisión e inspección de las entidades de crédito por parte del BdE y de la CNMV".

[643] FRANCÉS LECUMBERRI, P.: *El delito..., op. cit.*, p. 248 y ss.

que no son ajenos al tráfico jurídico bancario, y que tienen un encaje perfecto en este tipo penal agravado, sin perjuicio que resulta conveniente una regulación expresa de este tipo penal de conformidad con el principio de legalidad[644].

IV. 7. 2. El perjuicio económico en el delito de adopción de acuerdos abusivos mediante prevalimiento de situación mayoritaria en perjuicio de los socios (art. 291 CP)

El elemento subjetivo del tipo se encuentra en la necesidad de que los acuerdos abusivos, normalmente de la junta general, pero también deberán quedar incluidos los del órgano de administración, perjudiquen a los demás socios, exigiéndose un efectivo perjuicio patrimonial o económico para los socios minoritarios de forma que estamos ante un verdadero delito de lesión o de resultado lesivo[645], lo que debe llevar a restringir los límites en la aplicación de este delito[646]. No obstante, la jurisprudencia ha mantenido que existe perjuicio con la mera imposición del acuerdo de forma que estamos ante un delito de peligro concreto para el patrimonio[647]. En la medida que el acuerdo abusivo ha de ser idóneo para causar un peligro a los socios minoritarios, se está poniendo en concreto peligro los intereses de las minorías societarias. Pero esta posición jurisprudencial, no resulta convincente, tal y como afirma FARALDO CABANA, y que hacemos propia, ya que en el tipo penal se exige que el acuerdo abusivo se adopte "*en perjuicio de los demás socios*", lo que alude al resultado de lesión para el patrimonio de los sujetos pasivos ("los demás socios")[648], siendo esta posición la más acorde con el tipo penal.

---

[644] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial ... *op. cit., p.* 509.

[645] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* p. 111.

[646] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial ... *op. cit., p.* 533-534.

[647] STS (Sala de lo Penal) núm. 654/2002 de 17 abril RJ\2002\6323 fija la doctrina jurisprudencial del delito del art. 291 del Código penal: FD. 1º: "El delito ha sido calificado como especial y de peligro concreto que no exige la existencia de un perjuicio real (agotamiento), bastando para su consumación la adopción del acuerdo abusivo".

En el mismo sentido MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Código Penal II…*, *op. cit.*, p. 697: "El delito es de resultado cortado, por cuanto la producción misma del perjuicio y la obtención del lucro irían más allá de la descripción típica. La consumación se alcanza con la adopción misma del acuerdo".

En cuanto a las dos posibles posiciones interpretativas en relación a si es necesario que se cause el efectivo perjuicio *vid.* CUGAT MAURI, M., en CÓRDOBA RODA, J. (dir.) y GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *Comentarios…*, *op. cit.*, p. 1103.

[648] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit., p.* 216.

En el mismo sentido FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos...*, *op. cit.,* pp. 223-224: "Resulta inevitable considerar que el tipo del art. 291 CP exige la presencia de una efectiva lesión patrimonial, ya que en el propio tipo se utiliza la expresión "en perjuicio", aunque este concepto no resulta unívoco, pero habrá que añadir la previsión en la pena de multa en atención al beneficio obtenido y finalmente para que

Para determinar el carácter abusivo de un acuerdo con relevancia penal, es necesario por una parte que el acuerdo sea antijurídico desde el punto de vista mercantil y adicionalmente sea idóneo para causar un perjuicio económico a los socios minoritarios. Así el acuerdo será abusivo cuando según un juicio de probabilidad *ex ante* se muestre adecuado para perjudicar a los socios minoritarios, favoreciendo a la mayoría y sin aportar beneficio alguno a la sociedad[649]. Adicionalmente, el hecho de que en la pena se prevea la imposición de *multa del tanto al triplo del beneficio obtenido*, lo relaciona directamente con el beneficio que habrá obtenido el infractor, de forma que no tendría sentido determinar de esta manera la pena si no se causara un perjuicio económico efectivo, lo que a su vez se acomoda mejor al principio de intervención mínima[650]. En conclusión, de acuerdo con la penalidad del tipo, y con base en el principio de intervención mínima el concepto de "*en perjuicio de los demás socios*" se debe referir al resultado de lesión al patrimonio de los sujetos pasivos, siendo necesario para la consumación del delito, que el sujeto activo o un tercero obtenga un beneficio patrimonial y a su vez los socios minoritarios, un correlativo perjuicio económico[651]. Quedando al margen del tipo penal acuerdos abusivos que, si bien pueden tener perjuicio para los socios minoritarios, sin embargo, carezcan de contenido económico o patrimonial, evitando así solapamientos con los mecanismos de impugnación de acuerdos sociales previstos por la LSC, que en la mayoría de los casos evitan la materialización del perjuicio económico ya que la impugnación del acuerdo supondrá las suspensión de su ejecución como medida cautelar y el perjuicio económico no llegará a producirse. El resultado típico se encuentra en la lesión del patrimonio de los demás socios con la obtención de un beneficio económico por el sujeto activo [652].

exista una debida coordinación entre la legislación penal y mercantil, lo que dará lugar a que sólo cuando existe un perjuicio efectivo porque el acuerdo abusivo adoptado por la mayoría es ejecutado, es cuando realmente entrará la normativa penal". Y RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Estudios …, op. cit.,* p. 57: "Repárese asimismo en que la exigencia de tal resultado reduce el ámbito de un tipo penal fuertemente criticado por su intervención en una clase de conflictos que parecían adecuada y suficientemente resueltos por los correspondientes mecanismos jurídico-mercantiles".

[649] GALLEGO SOLER, J.I.: "Delitos …" en CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Derecho…, op. cit., p.* 348.

[650] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* pp. 111-112.

[651] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios..., op. cit.,* pp. 216-217.

[652] FARALDO CABANA, P.: Idem, pp. 218-220.
En el mismo sentido GALLEGO SOLER, J.I.: "Delitos …" en CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Derecho…, op. cit.,* p. 351.
Asimismo, GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit.,* p. 255.

Y tal y como dice MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ en cuanto que se trata de un delito de resultado material, cabe siempre la tentativa[653], no obstante esta posición no es compartida por VALLE MUÑIZ, ya que las penas previstas en el art. 291 CP albergan una segunda función típica delimitadora de las conductas incriminadas, ya que la previsión alternativa entre la pena de prisión y de multa imposibilita la incriminación de las formas imperfectas de ejecución, como es la tentativa, de forma que para el castigo de la tentativa sólo estaría a disposición del juez la pena de prisión[654]. En mi opinión, y de acuerdo con la tesis antes mantenida sobre la necesidad del perjuicio económico real en este delito, entiendo que no cabe la tentativa en la conducta del delito del art. 291 CP, desde el momento que, tanto para la pena de multa proporcional, como para la de prisión, se exige en el art. 291 CP la existencia de un perjuicio económico para los demás socios y un beneficio correlativo obtenido por el sujeto activo. En caso contrario, se estará incumpliendo el principio de proporcionalidad, imponiendo la pena más grave, la de prisión, a conductas menos graves en las que no existe perjuicio económico ni beneficio obtenido, y por el contrario la imposición de multa proporcional a las conductas más graves en las que efectivamente existe ese beneficio por parte del sujeto activo.

IV. 7. 3. El perjuicio económico en el delito de imposición o aprovechamiento de acuerdo lesivo adoptado por mayoría ficticia (art. 292 CP)

El resultado del tipo penal del art. 292 CP está vinculado a la expresión *en perjuicio* patrimonial o económico que puede ser tanto para los socios como para la sociedad. El acuerdo será lesivo cuando resulta económicamente perjudicial para la sociedad o para alguno de sus socios[655]. Es decir, el propio tipo establece que el acuerdo debe ser lesivo, lo que significa que debe existir ese daño o perjuicio económico, ya que no cabe lesión alguna sin perjuicio y a diferencia del art. 291 no juega la exclusión de que se obtengan beneficios para la sociedad, sin duda por el carácter fraudulento con el que se ha obtenido

[653] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial..., op. cit.*, pp. 537-538. En el mismo sentido, FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit,* p.1179: La tentativa tendrá lugar cuando, pese a haber sido impuesto un acuerdo abusivo por los sujetos activos con la finalidad de lucrarse en perjuicio de los demás socios prevaleciéndose de su situación mayoritaria, no se obtiene el beneficio pretendido o no se produce el resultado de lesión para el patrimonio, por ejemplo, porque el acuerdo no llegue a ser ejecutado". De esta misma autora FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1910.

[654] VALLE MUÑIZ, J.M., QUINTERO OLIVARES G. y MORALES PRATS, F.: "De los delitos …" en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios …, op. cit.,* p. 993.

[655] GALLEGO SOLER, J.I.: "Delitos …" en CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Derecho…, op. cit.,* pp. 351.

el acuerdo mediante la mayoría ficticia, de forma que tendrá cabida en el tipo acuerdos que sean beneficiosos para la sociedad, pero perjudiciales para alguno de los socios a diferencia de lo previsto en el art. 291 CP[656]. El perjuicio patrimonial es el resultado del delito, que es común a las dos modalidades de conducta (*imponer y aprovecharse para sí o para un tercero del acuerdo lesivo*), y hay que espera a la producción del perjuicio para estimar que la consumación se ha producido, de forma que si el beneficio es un elemento del tipo habrá que exigir que el mismo se produzca[657].

Estamos ante un delito de resultado-lesión para el patrimonio, al igual que en el art. 291 CP, y no ante un delito de infracción de un deber institucional específico, que no aparece regulado en la normativa extrapenal. Ello supone que se exige un efectivo perjuicio económico a la sociedad o a los demás socios[658]. En ambas modalidades de la acción previstas en el tipo del art. 292 CP: *imponer o aprovecharse para sí o para un tercero* del acuerdo lesivo se requiere un efectivo perjuicio económico al patrimonio de la sociedad o de alguno de los socios[659]. Y sin que el perjuicio que se pueda causar a otras sociedades esté contemplado en el tipo penal quedando extramuros los acuerdos lesivos para terceros, ya sean personas físicas o jurídicas[660]. Y además en cuanto que se produce ese perjuicio económico a los sujetos pasivos de manera correlativa se produce un beneficio para el sujeto activo del delito. Tal y como dice FARALDO CABANA, *el delito es perfecto desde que el sujeto pasivo impone o se aprovecha del acuerdo lesivo adoptado por una mayoría ficticia, obteniendo un beneficio para sí o para un tercero*[661]. Frente a esta posición, algún sector doctrinal ha considerado, que el delito del art. 292 CP también puede ser de un resultado de peligro concreto para el bien jurídico, por lo que no resulta

[656] LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. en DE LA MATA BARRANCO, N.J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. y NIETO MARTÍN, A.: *Derecho …, op. cit., p.* 475.
[657] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial..., op. cit.,* pp. 548-549.
[658] FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, p.1188: "Ahora bien, aunque se opte, como parece más adecuado, por la configuración de este delito como de peligro, lo cierto es que en la práctica no se persigue hasta que se causa un efectivo perjuicio patrimonial…". De la misma autora FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en Cuerda Arnau, M. L. (dir.) y Raga i Vives, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1913.
En sentido contrario MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Código Penal II…, op. cit.*, p. 699: "La consumación se produce al perfeccionarse el acuerdo lesivo, sin requerirse la causación del perjuicio".
[659] GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit.,* p. 230.
[660] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios..., op. cit.,* p. 237.
[661] FARALDO CABANA, P.: *Idem,* p. 248. Y de esta autora FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, p.1191: "La causación de un perjuicio efectivo al patrimonio de los sujetos pasivos afecta al agotamiento del delito, no a su consumación. El delito es perfecto desde que el sujeto activo impone o se aprovecha del acuerdo lesivo adoptado por una mayoría ficticia, obteniendo un beneficio para sí o para un tercero".

imprescindible exigir que se produzca la efectiva lesión del bien jurídico para la completa integración del tipo penal, debiendo en todo caso existir un beneficio a su autor[662]. Considero que el delito del art. 292 CP, necesariamente debe producir un daño patrimonial o económico a los socios o a la sociedad o a ambos, tal y como viene manteniendo la jurisprudencia, en STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1032/2013 de 19 diciembre RJ\2013\8222, que en su FD. 1º establece que el acuerdo ha de ser perjudicial para la propia sociedad o para alguno de sus socios y no se contempla el perjuicio a otra sociedad[663]. En cuanto a la tentativa, en el delito del art. 292 CP cabe la tentativa tanto en cuanto a la imposición de los acuerdos lesivos, que se produce con el inicio de las acciones para formar la mayoría ficticia para la imposición de los acuerdos lesivos para los socios o la sociedad una vez se acredita la voluntad de consumar el delito. Y también en cuanto a la modalidad del aprovechamiento en los que también caben las formas imperfectas de ejecución, que se produce en el caso en el que se suspendan los acuerdos lesivos por su impugnación ante la jurisdicción ordinaria[664]. No obstante autores como VALLE MUÑIZ consideran que no cabe la tentativa en el delito del art. 292 CP, si bien están menos esclarecidas las razones por la que en el art. 292 CP no resulta punible la tentativa, dado el carácter ilícito o fraudulento e los medios comisivos con respecto del art. 291 CP[665].

En mi opinión y por razones análogas a las expuestas para el delito del art. 291 CP no cabe la tentativa en el delito del art. 292 CP ya que necesariamente debe producirse un perjuicio económico para la sociedad o alguno de sus socios, de forma que si no se produce dicho perjuicio la conducta no será punible, sin perjuicio de los actos

[662] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial ... *op. cit.*, p. 544. En este mismo sentido CUGAT MAURI, M., en CÓRDOBA RODA, J. (dir.) y GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *Comentarios…*, *op. cit.*, p. 1106: "A pesar de que la conducta se dirija a perjudicar a la Sociedad o alguno de los socios, paralelamente se exige que el acuerdo sea lesivo, lo que se entiende como contrario a los intereses sociales, sin que se exija que llegue a causar un perjuicio efectivo para la consumación del delito".

[663] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1032/2013 de 19 diciembre RJ\2013\8222: FD 1º: "…Así lo resalta el Ministerio Fiscal cuya argumentación en este punto merece ser acogida: el elemento fundamental del art. 292 es un acuerdo lesivo para la propia sociedad en cuyo seno se adopta o para uno de sus socios. Quedan extramuros del tipo acuerdos lesivos para terceros, sean personas físicas o jurídicas".

[664] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios..., op. cit.*, p. 248. De esta misma autora, FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, p.1191.
En el mismo sentido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial..., op. cit.*, pp. 548-549: Para este autor cabe la tentativa en ambas modalidades que se inicia con las acciones encaminadas a obtener la mayoría ficticia, y que por tanto deben ser consideradas acciones ejecutivas.

[665] VALLE MUÑIZ, J.M., QUINTERO OLIVARES G. y MORALES PRATS, F.: "De los delitos …" en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios …, op. cit.,* p. 998.

preparatorios que se hayan podido realizar, que podrán constituir otro delito, como el de falsedad para el caso de abuso de firma en blanco. En cuanto que el art. 292 CP se remite al art. 291 CP en la fijación de las penas (recordemos que son las de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido), si admitiéramos la tentativa, se estaría imponiendo la pena más grave, la de prisión, a conductas menos graves en las que no existe perjuicio económico ni beneficio obtenido, y por el contrario la imposición de multa proporcional a las conductas más graves en las que efectivamente existe ese beneficio por parte del sujeto activo. Lo que sí es importante resaltar es que el art. 292 CP sí tiene una autonomía respecto del Derecho mercantil, y justifica su existencia, frente a lo que hemos dicho en el art. 291 CP, ya que claramente se tipifican unas conductas fraudulentas consistentes en imponer o aprovecharse de acuerdos lesivos adoptados por una mayoría ficticia obtenida por medios fraudulentos[666].

IV. 7. 4. El posible perjuicio económico en el delito de obstaculización del ejercicio de los derechos de los socios (art. 293 CP)

Se generan amplias dudas sobre si es necesario que en la conducta del art. 293 CP se produzca un perjuicio a los socios. Así resulta altamente criticable, que no se mencione expresamente en el tipo penal la existencia de perjuicio patrimonial para que se produzca la consumación del delito, de forma que en el tipo no se ha incorporado ni lesión ni peligro para el patrimonio de los socios[667]. Llama la atención que a diferencia de los arts. 291 y 292 CP, en los que se fija una pena de multa proporcional al beneficio obtenido (multa del tanto al triplo del beneficio obtenido), en el delito del art. 293 CP se fija una pena de días-multa (de seis a doce meses). En mi opinión, las razones que han llevado al legislador a esta distinción se encuentran en que en los primeros el perjuicio económico es necesario para que el delito puede consumarse, mientras que en el caso del delito del art. 293 CP no es necesario que exista ese perjuicio económico, que lo podrá haber o no, siendo lo más

[666] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios..., op. cit.,* p. 255.

[667] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit.,* p. 296 y FARALDO CABANA, P.: "El delito …", en TERRADILLOS BASOCO, J. M. (coord.) y ACALE SÁNCHEZ, M. (coord.): *Nuevas …, op. cit.,* pp. 65 a 116: "El precepto, por tanto, no exige la causación de un perjuicio económico o patrimonial para estimarse consumado. Quizás hubiera sido conveniente, para delimitar el tipo y en aras del principio de intervención mínima, exigir dicho perjuicio, puesto que no puede afirmarse que concurra siempre que el socio vea impedido o denegado 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 las leyes. Con ello se establecería una necesaria restricción típica del ámbito de aplicación del delito".
CUGAT MAURI, M., en CÓRDOBA RODA, J. (dir.) y GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *Comentarios…, op. cit.*, p. 1111: "Ahora bien por el camino de prescindir de cualquier componente de perjuicio económico (que es distinto al patrimonial) se dificulta aún más la fijación de las zonas correspondientes a Derecho mercantil y al Derecho penal.

normal que no lo haya en atención a la propia naturaleza de los delitos que se mencionan en el tipo penal. Así cuando se niegan o impiden los derechos de información o de participación en la gestión y control de la actividad social, lo normal es que no exista el mencionado perjuicio económico. Y sólo en la negación de los derechos de suscripción preferente de acciones es cuando ese perjuicio económico podrá existir. En consecuencia, carecería de sentido penar este delito con una pena proporcional, cuando lo normal es que no exista perjuicio económico, lo que vaciaría de contenido la pena (y más cuando no se prevé la pena de prisión para el art. 293 CP), ya que podrá no existir beneficio económico alguno en el sujeto activo, y sin embargo sí producirse en delito. En consecuencia, acertadamente el legislador fija la pena, aunque de muy escasa relevancia, en días-multa (seis a doce meses).

En mi opinión y siempre desde un punto de vista de política criminal y de *lege ferenda* sería conveniente que así se hiciera constar en una futura reforma de este precepto, por respeto al principio de intervención mínima del derecho penal, y como manera de delimitar el tipo penal frente a la protección que tienen los socios a través de la acción individual, cuando por la negativa de los derechos sociales se ve su patrimonio directamente dañado como prevé el art. 241 LSC. Claramente estamos en el tipo del art. 293 CP ante la negación o impedimento de derechos de contenido político, el derecho de información de los socios y de control y gestión de la sociedad, y económico, el derecho de suscripción preferente de acciones de los socios. Lo que resulta evidentemente es que la negación de los derechos de información, de participación en el control y gestión de la sociedad no necesariamente van a generar un perjuicio económico a los socios, de forma que el tipo penal se produce con la negación o impedimento de estos derechos, se produzca o no el perjuicio económico. En el caso de la negativa o impedimento del ejercicio de los derechos de suscripción preferente resulta clara que la conducta conlleva *per se* la generación de un perjuicio económico a los socios, ya que los derechos de suscripción tienen un contenido claramente patrimonial, tal y como hemos podido analizar en el objeto de este delito, y en consecuencia su negociación o impedimento conlleva el mencionado perjuicio económico. En este sentido la mencionada STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 330/2013 de 26 marzo, FD Segundo, el tipo penal

del art. 293 CP no exige perjuicio patrimonial alguno pues el legislador no lo exige, pero sí se exige una idoneidad lesiva para el patrimonio del socio concernido[668].

IV. 7. 5. El resultado material del delito de obstaculización a la actuación de inspección o supervisión administrativa (art. 294 CP)

En el art. 294 CP se castiga la obstaculización de determinadas tareas de la Administración, mediante una descripción de la conducta típica que es absolutamente coincidente con la establecida en la legislación administrativa, y sin que se esté incorporando ningún *plus* de gravedad que justifique su tipificación, con lo que se está vulnerando el principio de intervención mínima del Derecho penal, en términos análogos a lo que ocurre con el art. 293 CP. En tal sentido, el art. 294 CP, es el único de los delitos societarios, en los que no se requiere para su consumación la existencia de un perjuicio económico o al menos que sea idóneo para ocasionarlo[669]. En cuanto que su conducta se encuentra en la negativa o impedimento a los órganos inspectores o supervisores del ejercicio de sus facultades de inspección y supervisión, la propia conducta negatoria determina que difícilmente pueda existir ese perjuicio económico. En este tipo penal estamos ante un delito de lesión para el bien jurídico inmediatamente protegido que como veíamos en el Capítulo I se encuentra en la claridad y transparencia en las relaciones con los organismos supervisores o inspectores. No siendo necesario, en atención a la naturaleza socioeconómica del delito, un perjuicio patrimonial, lo que hace que estemos ante un delito de peligro abstracto[670]. En el tipo del art. 294 CP no se protegen intereses patrimoniales de los socios, sociedad o terceros, y en consecuencia no entra en protección interés patrimonial alguno[671]. Y en cuanto que en el art. 294 CP la conducta típica consiste en un resultado como es el "negar o impedir", lo que determina que sí se admite la tentativa.

[668] La STS (Sala de lo Penal) núm. 1953/2002 de 26 noviembre RJ\2002\10513 en su FD Segundo afirma "que el tipo no exige la existencia de perjuicio patrimonial alguno para su consumación, como no puede ser de otra manera teniendo en cuenta que no se trata de un delito de resultado".
[669] MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Código Penal II…*, *op. cit.*, p. 704.
[670] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit., p.* 332.
[671] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit., p.* 292.

CAPÍTULO IV: EL SUJETO ACTIVO DE LOS DELITOS SOCIETARIOS

I. Introducción

Uno de los principales elementos comunes de los delitos societarios está constituido por los administradores de hecho y de derecho de las sociedades constituidas o en formación, como sujetos activos de los mismos; sin perjuicio que, en los delitos de los arts. 291 y 292 CP, también puedan ser sujetos activos los socios. En cuanto que el concepto de socio no genera dudas, ya que está íntimamente unido a la titularidad del capital social, vamos a centrarnos en el presente Capítulo en el estudio de los administradores de hecho o de derecho. Para entender en toda su extensión el concepto de órgano de administración y en concreto de las figuras de los administradores de hecho y de derecho, es necesario realizar una remisión normativa a las normas extrapenales, y en concreto a la legislación mercantil del derecho de sociedades, a la que de manera indirecta remiten algunos de los tipos de los delitos societarios. Para el estudio del concepto de administrador de derecho, bastará acudir a su regulación en la LSC, Cco. y RM. Todas estas normas hacen mención, entre otros, a la forma de organización, funcionamiento, deberes y códigos de conducta aplicables de los órganos de administración de los que forman parte los administradores de derecho.

Y si bien el concepto de administrador de derecho no genera dudas, sin embargo, el estudio del concepto de administrador de hecho es el que genera mayores dificultades interpretativas, tanto desde el punto de vista doctrinal como jurisprudencial. Para ello empezaremos con el análisis que de la definición legal que de administrador de hecho realiza el art. 236.3. LSC, y la interpretación que del mismo ha realizado la doctrina mercantilista. A continuación, examinaremos la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS sobre la figura del administrador de hecho, con especial mención al administrador de hecho oculto, figura que procede del derecho anglosajón (*shadow director*) y su coexistencia con el administrador de derecho. Pero como veremos, desde el punto de vista penal debe otorgarse al concepto de administrador de hecho, un significado más amplio que el que aparece en el ámbito civil, y en el que se atiende no tanto a la relación formal entre el administrador y la sociedad, como a la relación material fáctica ente el sujeto activo y el bien jurídico protegido. Para ello analizaremos la jurisprudencia de la Sala 2ª TS, y los requisitos que exige la misma para la consideración de administrador de hecho a los efectos de los delitos societarios. Finalizaremos con el estudio de las modalidades y con los supuestos dudosos de administrador de hecho. Y finalizaremos analizando la

delimitación de la responsabilidad penal y los supuestos especiales de autoría y participación, y en especial la responsabilidad penal de los administradores en el seno del consejo de administración como órgano colegiado; así como las del consejo de administración por los acuerdos adoptados por su comisión ejecutiva o el consejero delegado como órganos delegados del mismo.

II. Los administradores de hecho o de derecho como sujeto activo y elemento común de todos los delitos societarios

Tres son los tipos penales societarios en los que los que se menciona expresamente a los administradores de hecho o de derecho como sujetos activos de los mismos: el delito de falsedad de cuentas anuales y documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad (art. 290 CP); el delito de obstaculización del ejercicio de los derechos de los socios (art. 293 CP) y el delito de obstaculización a la actuación de inspección o supervisión administrativa (art. 294 CP). No obstante, y aunque no estén mencionados expresamente en los delitos de los arts. 291 y 292 CP, en cuanto que los acuerdos abusivos del primero y lesivos obtenidos por medios fraudulentos del segundo pueden estar adoptados en el órgano de administración, la conducta típica podrá ser realizada también por los administradores de hecho o derecho. Esta mención a los administradores de hecho y de derecho, guarda relación con la redacción de la cláusula general contenida en el art. 31 CP, en la que también aparece la mención a los administradores de hecho y de derecho. El hecho que el CP exija que el sujeto activo de los delitos societarios sea un administrador de hecho o de derecho convierte a estos tipos penales en tipos especiales propios con sus efectos en materia de autoría y de participación[672]. En tal sentido, los administradores de hecho o de derecho ejercen una posición de dominio en relación a los delitos societarios, que viene determinada por la posición de garantía que tienen respecto del bien jurídico protegido por los mismos, es decir el dominio que les capacita para lesionar el patrimonio de la sociedad, los socios o terceros, como bien jurídico protegido común a todos los delitos societarios (arts. 290 a 293 CP) con excepción del art. 294 CP en el que estaremos exclusivamente ante un delito

[672] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial ... op. cit.,* p. 471: *"*Conviene efectuar una aclaración: una cosa es que no resulte necesario acudir al art. 31 para imputar al administrador (en cuanto que persona física idónea para ser sujeto activo) alguno de los delitos societarios antes aludidos, y otra cosa distinta es que haya que prescindir totalmente de la cláusula general de actuaciones en nombre de otro en el ámbito de tales delitos. Antes, al contrario, en algunos casos será imprescindible aplicar el art. 31 para resolver problemas de autoría, como sucede señaladamente en el supuesto en que el administrador (sujetos idóneos con arreglo al correspondiente tipo societario) sea una persona jurídica*"*.

de infracción de un deber, consistente en colaborar con los órganos de supervisión e inspección de la Administración Pública. La consideración de los delitos societarios como delitos especiales, en el que su círculo de autores idóneos es limitado[673], determina que para que una persona sea sujeto activo de un delito societario, se le exigen condiciones especiales precisamente porque es el sujeto idóneo para la comisión de ese hecho delictivo según el propio tipo jurídico-penal[674]. Además, de acuerdo con la legislación mercantil, los administradores tienen uno deberes especiales de lealtad y diligencia en relación con las sociedades que gobiernan, por lo que la desvinculación de estos deberes de forma arbitraria determinará la responsabilidad penal del administrador[675].

II. 1. El sujeto activo en el delito de falsedad de cuentas anuales y otros documentos mercantiles que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad (art. 290 CP)

Los sujetos activos del delito del art. 290 CP sólo pueden ser los administradores de hecho o de derecho porque así viene delimitado por el tipo penal, y sin que sea necesario acudir a la norma general del art. 31 CP[676], lo que lleva a la configuración del tipo penal

[673] FERRÉ OLIVÉ, J. C.: "Sujetos …", *op. cit.*, pp. 21-30*: "*Los delitos societarios, en cuanto limitan la autoría a los administradores de hecho o de derecho, son delitos especiales propios". En el mismo sentido DEL AMO SÁNCHEZ, J.M.: *La responsabilidad penal de los administradores.* Madrid, Factum Libri, 2018, p. 97: "La mayoría de los delitos son delitos especiales propios pues sólo pueden ser autores de los mismos los administradores de hecho o de derecho que, por sus funciones de dirección y gestión de la sociedad mercantil, son los que pueden ejecutar las conductas típicas". En cuanto a la determinación de delitos de dominio o de infracción de un deber, *Vid.* GALLEGO SOLER, J.I.: "Criterios de imputación de la autoría en las organizaciones empresariales", *Derecho penal económico*, nº 72, 2005, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, p. 124: "Creo que, en los delitos especiales, la infracción del deber nos dirá quién puede ser eventualmente autor. Pero posteriormente la concreción de la autoría requerirá verificar que quien puede ser autor tenga el dominio originario o por delegación de controlar (en delitos de comisión activa) o evitar (en delitos de comisión omisiva) el riego típico. Es por ello que creo que es más acertado seguir diferenciando ante cada delito en cuestión si estamos ante un delito de domino o ante un delito de infracción de un deber".

[674] BAJO FERNÁNDEZ, M.: "Delitos de prevalimiento de situación mayoritaria", en AREÁN LALÍN, M. (coord.) y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (coord.): *El nuevo…op. cit.,* p. 36: "Pues bien, hay que buscar en el administrador de hecho o de derecho una posición equivalente consistente en colocarse en una situación determinada de que asuma la posición de garantía frene al propio bien jurídico".

[675] BACIGALUPO SAGGESE, S. y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Cuestiones prácticas… op. cit.*, p. 32.

[676] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Caso Arte y Naturaleza. Sentencia núm. 94/2018 de 23 febrero RJ\2018\964: FD Undécimo: "1. El delito previsto en el artículo 290 CP solamente puede ser cometido por el administrador de hecho o de derecho de una sociedad constituida o en formación. La conducta consiste en falsear las cuentas anuales o alguno de los documentos que menciona, que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, exigiéndose también que lo hagan de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero. Se requiere, por lo tanto, la condición de administrador de hecho o de derecho; el hecho objetivo del falseamiento de las cuentas, lo que ocurrirá cuando por incorporación de datos falsos o por omisión de datos verdaderos, el resultado no ofrezca la imagen fiel de la situación jurídica o económica de la sociedad; y la idoneidad de la falsedad para causar un perjuicio a quienes se mencionan".

como un delito especial propio[677]. En cuanto que los administradores son los responsables de formular las cuentas anuales que aprueba la junta general, tienen la obligación de que las cuentas anuales expresen la imagen fiel del patrimonio, la situación financiera y los resultados de la sociedad. Además, todo ello de conformidad con el marco normativo de información financiera aplicable a las sociedades en España y del control interno necesario para permitir la preparación de las cuentas anuales libres de incorrección material, debidas a fraude o error. En consecuencia, de la preparación de las cuentas anuales, los administradores son los responsables de la valoración de la capacidad de la sociedad para continuar como empresa en funcionamiento, utilizando para ello el principio contable de empresa en funcionamiento, salvo si tienen intención de liquidar la sociedad o de cesar sus operaciones.

El alcance de las categorías de sujetos activos del delito del art. 290 CP depende en gran medida en la posición que se adopte sobre la naturaleza del delito, es decir, si estamos ante un delito de dominio, un delito de infracción de un deber extrapenal específico o incluso de un delito de naturaleza mixta[678]. Si se considera que el art. 290 CP es un *delito de dominio*, el sujeto activo podrá ser cualquier persona que tenga un dominio social sobre la elaboración de las cuentas anuales, de forma que alcanzará tanto a los administradores de derecho como a los de hecho. Pero en el caso de considerarlo el tipo del art. 290 CP como un *delito de infracción de un deber específico*[679], en cuanto que esta obligación

[677] FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, p.1164: Esta autora entiende que el art. 290 CP estamos ante un delito especial propio cuando se trata de la modalidad de falsear consistente en faltar a la verdad en la narración de los hechos, pero no respecto del resto de falsedades en documento mercantil que pueden ser realizados por el particular que carezca de la condición de administrador. De la misma autora FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1903.
Y tal y como tiene dicho la STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 133/2024 de 14 febrero, JUR\2024\69666, FD Sexto: "Añadir que la STS n.º 1038/2005, de fecha 9 de mayo ha establecido que: "El tipo del art. 290 CP es un delito especial de propia mano realizable únicamente por los administradores de hecho o de derecho de una sociedad, si bien en esta clase de ilícitos es perfectamente posible la participación delictiva del *extraneus* a título de inductor, cooperador necesario o cómplice" que es lo que aquí concurre.
[678] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial ... op. cit.,* pp. 510.
[679] PAVÓN HERRADÓN, D.: *El delito …, op. cit.,* pp. 213-215: "Teniendo en cuenta todo lo anterior, no se está de acuerdo con la opinión acerca de la cual no es posible considerar el artículo 290 del Código Penal como un delito de infracción de deber"
Y en el mismo sentido OLMEDO CARDENETE, M. D. (dir.) y TÁRRAGO RUIZ A. (dir.), MUÑOZ RUIZ, J. (coord.): *Casos prácticos de Derecho penal económico con jurisprudencia.* Madrid, Dykinson, 2016: "Como opinión más autorizada, debemos decir que los delitos societarios y entre ellos el que nos ocupa del art. 290 CP, son delitos de infracción de deber predicable en relación a aquellas personas que por su posición en el organigrama societario, tienen un específico deber de lealtad y transparencia en relación a la sociedad que representan, por lo que son delitos con un sujeto activo especial, constituido por el que manda y dirige la actividad societaria, actuando como administrador de derecho, en virtud del oportuno nombramiento, o cuando de hecho así sea, aunque carezca de nombramiento".

corresponde exclusivamente a los administradores de derecho, de acuerdo con la normativa extrapenal, que establece que la elaboración y formulación de las cuentas anuales es una facultad indelegable, de acuerdo con el art. 249.2 LSC y el art. 365 RRM respecto del depósito de cuentas en el RM, entonces el delito del art. 290 CP respecto de la falsedad de las cuentas anuales sólo podrá ser cometido por los administradores de derecho pero nunca por los administradores de hecho, si bien podría ampliarse esta interpretación al supuesto de administrador de derecho con cargo caducado, y que por tanto actúa como administrador de hecho y sigue firmando las cuentas anuales[680].

Entiendo que la posición de considerar al delito del art. 290 CP como *delito de infracción de un deber específico*, no deja de tener graves problemas de política criminal, ya que como hemos avanzado, dejará fuera de la comisión del delito a los administradores de hecho que no tienen el citado deber, y como hemos apuntado limitará esta posición como sujeto activo del delito de falsedad de cuentas anuales exclusivamente a los administradores de derecho; quedando en consecuencia fuera aquellos supuestos en los que el administrador de hecho u oculto, utiliza al administrador de derecho como testaferro, lo que limitaría a que el administrador de hecho sólo pueda ser castigado como inductor o partícipe del delito cometido por el administrador de derecho, que actuaría en este caso como testaferro. Ante esta conclusión no deseable, entendemos más acorde con el propio tenor literal del art. 290 CP, que menciona expresamente a los administradores de hecho, junto a los de derecho, que estamos ante un delito de dominio en el que el sujeto activo también pueden ser los administradores de hecho, aunque los mismo no formulen las cuentas *strictu sensu* [681]. No obstante, no deja de ser interesante, la posición de PÉREZ

[680] NIETO MARTÍN, A. en DE LA MATA BARRANCO, N.J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. y NIETO MARTÍN, A.: *Derecho. ..., op. cit.,* p. 723.
Y en el mismo sentido en cuanto a la reducción del círculo de sujetos activos del art. 290 CP, CUGAT MAURI, M., en CÓRDOBA RODA, J. (dir.) y GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *Comentarios…, op. cit.,* pp. 1092-1093: "Sólo pueden ser autores de esta falsedad contable quienes puedan ofrecer la necesaria credibilidad de la que deben gozar ciertos documentos, capacidad que sólo puede estar vinculada al cargo formal que ostentan. Ello permite reducir considerablemente el círculo de sujetos genéricamente calificados de administradores, a aquellos que específicamente tengan competencias relativas a la formulación de las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado (arts. 171 LSA y 25 y 34 Cco.), y, por lo tanto, los únicos sujetos a un deber de veracidad que el delito atacaría".

[681] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 655/2010 de 13 julio RJ\2010\7340: FD Tercero: *"...* La condición del sujeto activo debe vincularse a la disponibilidad de los poderes o facultades que permiten la ofensa al bien jurídico protegido. La condición de sujeto activo la define el dominio sobre la vulnerabilidad jurídico-penalmente relevante del bien jurídico, lo que exige 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*"*. En el mismo sentido FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1901.

VALERO, que considera que en el delito del art. 290 CP estamos ante un delito especial propio, en el que la cualificación del sujeto depende de un dato normativo, por lo que el administrador de hecho no puede ser sujeto activo del delito de falsedad contable del art. 290 CP[682] Posición que no podemos compartir, tal y como hemos dicho, ya que como luego veremos, el concepto de administrador de hecho determina una posición de dominio sobre la sociedad y una especial aptitud para poder falsar las cuentas anuales y otros documentos que deben reflejar la situación jurídica o económica de la entidad. Lo que resulta evidente es que los administradores, no tiene por qué haber redactado las cuentas anuales, es decir lo normal en las grandes empresas es que las cuentas anuales se preparen por los departamentos de contabilidad, asesoría jurídica, departamento financiero etc. y se eleven al consejo de administración para su firma y formulación para su presentación ante la junta general. En este caso, los administradores seguirán siendo los sujetos activos del delito del art. 290 CP y los directivos y técnicos que hayan desempeñado un papel activo en su elaboración y en el diseño de las irregularidades contables se considerarán partícipes, normalmente colaboradores necesarios en la comisión del delito[683].

Respecto de la falsedad de los documentos que deben reflejar la situación jurídica o económica de la entidad de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a sus socios o terceros, se generan menos problemas, en la delimitación del sujeto activo, al no existir el mismo deber extrapenal que el que aparece para la elaboración, formulación y depósito de las cuentas anuales. De esta forma resulta evidente que, en estos casos, sí pueden ser claramente sujetos activos tanto los administradores de derecho

---

En este mismo sentido STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 133/2024 de 14 febrero, JUR\2024\69666, FD Segundo: "2.- …La falsedad contable no es un delito de propia mano. Debemos recordar que el delito de falsedad contable mantiene la estructura de las falsedades documentales, con el único matiz, que no se satisface con la lesión de la funcionalidad del documento, sino que también y muy especialmente atiende a la puesta en peligro o lesión del patrimonio de los sujetos pasivos. Así como que tiene declarado esta Sala en diversas resoluciones, como la STS 781/2014, de 18-11, que el delito de falsedad documental no es un delito de propia mano que requiera la realización corporal de la acción prohibida y el hecho de que no resulte acreditado que una persona hubiera intervenido materialmente en la falsificación no es óbice para atribuirle la autoría en tales falsificaciones ya que como se expresa en la s. 305/2011, de 12-4, para ser autor no se exige que materialmente la persona concernida haya falsificado de su propia mano los documentos correspondientes, basta que haya tenido el dominio funcional de la acción y que otra persona, aún desconocida, haya sido el autor material, de modo que tanto es autor quien falsifica materialmente, como quien se aprovecha de la acción con tal que tenga el dominio funcional sobre la falsificación".

[682] PÉREZ VALERO, I: *El delito …, op. cit.,* pp. 306-310: "En definitiva, como ya se ha señalado, ha sido un error, por inútil y distorsionador incluir la administración de hecho en el ámbito del art. 290 CP".

[683] NIETO MARTÍN, A. en DE LA MATA BARRANCO, N.J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. y NIETO MARTÍN, A.: *Derecho. ..., op. cit.,* p. 723.
En este sentido STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 352/2024 de 30 abril, JUR\2024\141081. FD Tercero: "Y, en cuarto lugar, que el acusado ha intervenido de alguna forma relevante en la formulación, confección o configuración de las cuentas o de los otros documentos mencionados".

como los de hecho, siempre que éstos últimos, estén en condiciones de elaborar los documentos mercantiles de forma idónea para causar un perjuicio a los sujetos pasivos[684]. Así, junto con los administradores de hecho y de derecho, deberán quedar incluidos en el ámbito del delito del art. 290 CP tanto el secretario del consejo, cuando no tenga la condición de administrador de derecho, como el letrado asesor del consejo, siempre que unos u otros hayan redactado, los informes obligatorios a los que se refiere la LSC para su aprobación por el consejo de administración, al igual que las actas de los consejos o los certificados, de forma idónea para causar el citado perjuicio económico a la sociedad, los socios o terceros. Y lo mismo se puede decir respecto de los fundadores, los promotores y los liquidadores de la sociedad, en relación con los informes y documentos que deben redactar en atención a las funciones que les asigna la LSC; habida cuenta su posición de garantes *ex lege* de la corrección y exactitud de la entidad, habría sido conveniente su mención expresa como sujetos activos en el tipo penal del art. 290 CP[685]. El que resulta evidente que no puede ser sujeto activo del delito del art. 290 CP (al igual que del resto de los delitos societarios) es el empresario individual, en cuanto que dirige una empresa no constituida como sociedad, y en consecuencia no puede ser objeto de los delitos societarios que como ya hemos visto sólo se pueden producir en el marco de las sociedades con el alcance en cuanto al concepto penal de sociedad del art. 297 CP.

II. 2. El sujeto activo en el delito de obstaculización o impedimento del ejercicio de los derechos de los socios (art. 293 C.P.)

En el delito del art. 293 CP el sujeto activo se circunscribe exclusivamente a los administradores de hecho y de derecho, lo que lo configura como un delito especial propio[686]. Y al ser un delito de dominio, el concepto de administrador de hecho se extiende a todos aquellos que tienen el dominio social de las funciones de administración, aunque no tengan un título válido de nombramiento[687]. Si en el momento de producirse el delito no se pueden considerar administradores de hecho o de derecho, la conducta no constituirá un delito societario, sin perjuicio que pueda constituir otra infracción penal[688].

---

[684] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit.,* p. 157.
[685] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial ... op. cit.* p. 511.
[686] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.* p. 259.
[687] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial ... op. cit.* p. 560.
[688] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit.* p. 290. Y de la misma autora, FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, p.1201: "Estamos ante un delito especial propio que solo puede ser cometido por los administradores de hecho o de derecho de una sociedad constituida o en formación".

Podrá darse la circunstancia que concurra el deber de diligencia del administrador en la gestión de la sociedad que justifique la limitación de los derechos mencionados en el art. 293 CP, lo que dará lugar a que se excluyera la responsabilidad penal de los administradores en esos casos[689], al igual que cuando venga la limitación o exclusión de los derechos de los socios en la LSC o en los propios estatutos sociales[690]. Igualmente a lo que hemos visto para el art. 290 CP, cabe la consideración como administrador de hecho del presidente y secretario de la junta general, en los casos en los que no tenga la consideración de administradores, y que en el ejercicio de las funciones legal y estatutariamente previstas nieguen el derecho de información a los socios para su ejercicio en la junta general o el ejercicio de los derechos de suscripción preferente, en cuanto que éstos están intrínsecamente unidos al acuerdo de ampliación de capital social, que como modificación estatutaria necesariamente deberán acordarse por la junta general[691].

II. 3. El sujeto activo en el delito de obstaculización a la actuación de inspección o de supervisión en entidades que actúen en mercados sujetos a supervisión administrativa (art. 294 C.P.)

El delito del art. 294 CP es un delito especial, ya que tal y como aparece en el tenor literal de este precepto lo pueden cometer los administradores de hecho y de derecho: no obstante, en la práctica resultará difícil que los administradores de hecho lo puedan cometer ya que los órganos de supervisión e inspección se dirigirán a quiénes son administradores de derecho o representantes legales de las sociedades sujetas a supervisión administrativa[692]. Los administradores de hecho o de derecho serán exclusivamente de las sociedades que actúan en el mercado sujetas a supervisión administrativa, lo que hace que estemos en este tipo penal ante un delito doblemente especial, al deber concurrir la condición de administrador de hecho o de derecho y que se trate de sociedades sujetas a supervisión e inspección[693]. Existe en consecuencia, una infracción de un deber extrapenal específico consistente en la obligación de colaborar con

---

689 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial ... op. cit.* p. 559.
690 FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit.* p. 285.
691 FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos …, op. cit.,* p. 259.
692 FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit.* p. 323. De esta misma autora, FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII. …" en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios …, op. cit.,* p. 1133.
693 FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit,* p.1210. Y FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1922.
En el mismo sentido, RÍOS CORBACHO, J.M.: "Delitos …", en ACALE SÁNCHEZ, M. (Coordinación): *Lecciones..., op. cit.*, p. 155.

las autoridades administrativas supervisoras, por lo que no se pueda calificar este delito como un delito de dominio, ya que lo fundamental es la titularidad del deber específico de colaborar con las autoridades inspectoras o supervisoras, que es distinto del dominio de las facultades de administración[694]. La jurisprudencia ha realizado una interpretación restrictiva del sujeto activo del delito del art. 294 CP, de forma que sólo pueden ser los administradores de hecho o de derecho, y sin que alcance a los secretarios del consejo de administración o a los letrados asesores[695].

Y como indica FERNÁNDEZ TERUELO, las leyes extrapenales de cada uno de los sectores supervisados, mediante sencillas formulas, han logrado incluir como sujetos activos no sólo a los administradores sino también a los directores generales y apoderados, que no parce que tengan cabida en el tipo penal, ni incluso como administradores de hecho, lo que sin duda supone de *lege ferenda*, para que exista una perfecta coordinación entre el tipo penal y las normas extrapenales sectoriales, una ampliación del sujeto activo descrito en el tipo del art. 294 CP a todos aquellos que tenga un poder de decisión y que con su actuación lesionen el bien jurídico protegido, negando la actuación supervisora o inspectora[696].

III. Delitos societarios en los que se prevé expresamente que el sujeto activo sean los socios

Partiendo del concepto de sociedad que ya conocemos, procede dar una definición de socio. Así, se entiende por socio a la persona física o jurídica que realiza una aportación social de bienes o industria al fondo común de la sociedad, constituyendo dicha aportación el activo de esta, y siendo como consecuencia de ello titular de derechos políticos y económicos en la sociedad, de acuerdo con la modalidad de que se trate. Dos son los tipos penales en los que los socios o accionistas pueden ser sujetos activos de los delitos societarios junto con los administradores de hecho o de derecho; ambos están

[694] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial ... op. cit.* p. 569.

[695] AAP de Madrid (Sección 6ª) Auto núm. 234/2011 de 29 abril JUR\2011\226153: FD Tercero: "... en el art. 294 de dicho Código Penal se tipifica penalmente la conducta de 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; siendo delitos especiales por cuanto que los sujetos activos de los mismos sólo pueden ser cometidos por los que tengan la condición de administradores de la sociedad; por lo que no puede resultar imputado por tales delitos quien sólo ostente la condición de secretario del consejo de administración".
En el mismo sentido DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y POLO VEREDA, J.: *Problemas …, op. cit.*, p. 75.

[696] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.* p. 297.

referidos a la adopción de acuerdos sociales consistentes en la imposición de acuerdos abusivos mediante prevalimiento de situación mayoritaria previsto en el art. 291 CP y la imposición o aprovechamiento de acuerdo lesivo adoptado por mayoría ficticia del art. 292 CP, y sin que la responsabilidad penal tenga diferencias especiales respecto de lo dicho para los administradores. Actuando el socio como sujeto activo de estos dos delitos societarios, constituye el principal problema la determinación de si la adopción del acuerdo abusivo o lesivo por mayoría ficticia debe atribuirse a todos los socios que han votado a favor de los acuerdos o sólo a aquellos que hayan propuesto los acuerdos a adoptar. Siendo ésta una cuestión de hecho que deberá apreciarse en cada caso por los tribunales y en el que para ello deberá tenerse en cuenta una serie de indicios como son la relación de los socios con el órgano de administración, la participación que tengan cada uno de los socios en el capital social, el beneficio que obtengan con el acuerdo abusivo o lesivo adoptado y finalmente la concurrencia en la conformación de la mayoría ficticia en el supuesto del art. 292 CP[697].

III. 1. La imposición de acuerdos abusivos mediante prevalimiento de situación mayoritaria (art. 291 C.P.)

Los sujetos activos del delito son los socios o accionistas, y excepcionalmente los administradores, que podrán ser o no socios, quiénes prevalecen de su situación mayoritaria en la junta general u órganos de administración de una sociedad mercantil, lo que hace que estemos ante un delito especial en sentido estricto, ya que sólo puede ser cometido por un círculo de sujetos que tengan la condición de socios o administradores que ostenten las mayorías en los citados órganos[698].

Cabe la duda si necesariamente el sujeto activo tiene que ser accionista, desde el momento que, al estar en el órgano de administración, podría no ser accionista, por ejemplo, un administrador que no tiene la condición de socio. Siendo ello posible, caben dudas razonables ya que el propio tenor literal del tipo penal habla del perjuicio de los "*demás socios*", por lo que en mi opinión indirectamente parece que debe tener la

[697] SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M: *Los Delitos …, op. cit.,* p. 74. En el mismo sentido MOYA JIMÉNEZ, A.: *La responsabilidad penal de los administradores: Delitos societarios y otras formas delictivas,* 2ª ed., Barcelona, Bosch, 2010, pp. 107-108.

[698] GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit.,* p. 250.
En el mismo sentido MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Código Penal II…*, *op. cit.*, p. 697: "De nuevo se trata de un delito especial propio cuyos sujetos activos son los socios con mayoría en la Junta de accionistas o los administradores".
En el mismo sentido CUGAT MAURI, M., en CÓRDOBA RODA, J. (dir.) y GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *Comentarios…*, *op. cit.*, p. 1100.

condición de socio el sujeto activo del delito, si bien también puede admitirse que sea sujeto activo del delito los miembros del órgano de administración que no sean socios pero que tengan una posición de dominio en el mismo[699]. Lo cierto es que parece más un fallo de redacción del precepto que la voluntad de excluir el legislador a los administradores que no sean socios, como sujetos activos del delito, existiendo en consecuencia una falta de cohesión entre los distintos elementos del delito[700]. Frente a lo que mantiene algún autor, todos los administradores de derecho, sean o no socios, ya sean únicos, mancomunados o se constituyan en consejo de administración, tienen la consideración de administradores de derechos a los efectos del delito del art. 291 CP[701]. En cuanto que se trata de un delito de dominio y no de infracción de un deber, la aplicación del art. 31 CP permite extender la cualidad de autores típicos a los administradores de hecho de los sujetos activos idóneos, siempre que se encuentren en situación de vulnerar el bien jurídico, por poder disponer de las facultades de administración, aunque formalmente no las tenga, debiéndose producir en el seno de la Junta de accionistas, asamblea de socios, junta directiva, patronato, en atención a la forma social del sujeto pasivo, o en el órgano de administración [702].

En cuanto a la referencia al concepto de "*Junta de accionistas*" que realiza el tipo penal, parece que se limitaría a las SA y las sociedades comanditarias por acciones, únicas en las que hay juntas de accionistas. Posición estricta que es seguida por FERNÁNDEZ TERUELO para quién deberemos realizar una interpretación restrictiva de "Junta de accionistas" y no extender la aplicación del tipo penal a sociedades mercantiles en los que no aparece ni el concepto de junta general ni de accionistas. Para este autor, debe limitarse la aplicación del precepto a las sociedades cuyo capital social se encuentra dividido en acciones y los acuerdos adoptados en el seno de la junta general, entendido ésta tal y como la define el art. 159 LSC como *la reunión de los accionistas quiénes decidirán por la mayoría legal o estatutariamente establecida, en los asuntos propios de la competencia*

[699] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios ..., op. cit., p*. 112. En el mismo sentido RÍOS CORBACHO, J.M.: "Delitos …", en ACALE SÁNCHEZ, M. (Coordinación): *Lecciones..., op. cit.,* p. 145. En el mismo sentido FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, p.1177. Y de la misma autora FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1908. Y en el mismo sentido BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho…, op. cit.*, p. 622.

[700] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.* p. 216.

[701] FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO, J.M. y FERNÁNDEZ DEL TORCO PADRÓN, J. L.: "Consideraciones generales de las figuras penales de los delitos societarios". *Boletín de la Real Sociedad Económica de amigos del País de Tenerife núm. 1*, Tenerife, 2012, pp. 87 y ss.

[702] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial ... op. cit.*, pp. 538.

de la junta, quedando todos los socios incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, sometidos a los acuerdos de la junta general[703].

No obstante, esta posición estricta, considero que no la podemos compartir, ya que quedarían fuera tanto las SL, en las que no hay acciones sino participaciones y las cooperativas en las que hay aportaciones al capital social y en las que a la junta general la legislación cooperativa la denomina asamblea general de socios, aunque el concepto como órgano social obligatorio es idéntico en ambos casos[704]. En mi opinión, la expresión "*Junta de accionistas*" que utiliza el art. 291 CP, debe interpretarse en sentido amplio, entendiendo a los distintos grupos o asambleas de socios determinantes de la voluntad social, presentes en las distintas modalidades de sociedades. Esta sin duda es la interpretación más acorde con el concepto teleológico de Junta de accionistas como equivalente a órgano de representación de los socios, accionistas o participes de la sociedad y con el concepto penal de sociedad que a los efectos de los delitos societarios establece el art. 297 del CP[705]. Y a la misma conclusión debe llegarse respecto del concepto de accionista, donde debe hacerse una interpretación extensiva del concepto penal de accionista para que alcance igualmente a SL, cooperativas, mutuas, e incluso fundaciones que actúan de forma permanente en el mercado. Al fin y al cabo, todas estas formas de societarias y de personalidad jurídica aparecen mencionadas en el art. 297 CP.

Lo que resulta pacífico en la doctrina es que el acuerdo se adopte prevaleciéndose de su "*situación mayoritaria*". El concepto de mayoría no debe entenderse como resultado de una votación efectiva que se ha producido sino por el contario como aquella conformada a través de acuerdos o pactos previos (expresos o tácitos) de manera independiente de la celebración de la junta de accionistas o del consejo de administración[706]. Además, el concepto de *mayoría* está íntimamente unido a su correlativo que es la *minoría*, al no poderse dar el uno sin el otro. Y en el ámbito societario, sobre todo en las grandes sociedades del IBEX-35 y resto de las que cotizan

[703] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.,* p. 219. En el mismo sentido, FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, p.1174

[704] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial ... op. cit.* pp. 526: "La expresión Junta de accionistas no debe ser entendida en sentido técnico mercantil, sino en un sentido específicamente jurídico-penal, que permite abarcar todos los supuestos de Juntas de decisión u órganos asamblearios deliberantes no permanentes en los diversos tipos de sociedades, aun cuando en ella no exista accionista alguno*".*

En el mismo sentido BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho…, op. cit.*, pp. 622-623.

[705] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* p. 113.

[706] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.,* p. 219.

en mercados secundarios, en las que su capital social se encuentra muy atomizado, el control de la sociedad lo tienen al final los accionistas que ostentan una pequeña parte del capital social, quiénes dominan a su vez la gestión de la sociedad. Se constituye así unas verdades mayoría minoritaria, lo que conlleva tal y como prevé el art. 291 CP la necesidad de controlar estas mayorías minoritarias, en interés de los derechos de los socios minoritarios reales, que quedan marginados dentro de la sociedad. Siendo además necesario que el acuerdo sea adoptado prevaliendo de la situación mayoritaria, por ostentar la misma en el capital social o mediante acuerdos con otros socios o finalmente por acuerdos de sindicación de acciones, pero en el caso de que el ejercicio lo hiciera un representante no socio, no aplicará el art. 291 CP y sí el art. 31 CP[707].

III. 2. La imposición o aprovechamiento de acuerdo lesivo adoptado por mayoría ficticia (art. 292 C.P.)

En el tipo penal del art. 292 CP lo primero que llama la atención, es que a diferencia del art. 291 CP con el que guarda absoluta relación, sin embargo, en relación con el sujeto activo no se menciona ni a los accionistas, socios o administradores. Y lo único que realiza es una remisión a la expresión genérica e indeterminada "los que". Para la determinación del sujeto activo del tipo, debemos distinguir las dos modalidades de la acción: a) La de "imponer" el acuerdo lesivo en la que necesariamente deben ser los socios o administradores mayoritarios que infringen el deber genérico de no perjudicar a la sociedad o alguno de sus socios y b) La de "aprovecharse" del mismo, lo que llevaría a que podrán aprovecharse tanto los socios o administradores como terceros ajenos a la sociedad que resultan beneficiados por la adopción del acuerdo lesivo por medios fraudulentos[708].

En cuanto a la primera modalidad la de "imponer" el acuerdo lesivo, el tipo penal parece limitarse inicialmente a los socios y a los administradores de hecho y de derecho como sujetos activos del delito[709]. Y es esa condición de socio o de administrador de hecho o de derecho como sujetos activos del delito del art. 292 CP lo que determina que en este caso estemos ante un delito especial propio, pues es necesario tener esa cualidad

[707] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Idem*, pp. 219-220.
[708] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial ... op. cit.*, pp. 545-547.
[709] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit.*, pp. 241. De esta misma autora, FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, p.1189.

de socio o administrador para poder realizar la conducta típica[710]. Para ello es necesario que los autores hayan utilizado los procedimientos ilícitos establecidos en el tipo, de forma que, sin esta utilización de estos, no se podrán considerar autores ni cooperadores necesarios, además de que deberán estar en situación mayoritaria en la junta general o en el consejo de administración[711]. En esta modalidad de imponer cabría la posibilidad de que sean sujetos activos del art. 292 CP terceros que no tengan ni la condición de socios ni de administradores, como será el caso de que en la junta general de accionistas, el presidente y el secretario (vicepresidente o vicesecretario en su caso) que no tengan la condición ni de socios ni de administradores, y sin embargo en el seno de la junta general se adopte algún acuerdo lesivo por mayoría ficticia obtenida por alguno de los cauces ilícitos que menciona el tipo, si bien en estos casos en mi opinión, más que de terceros deberíamos considerarlos verdaderos administradores de hecho. Por tanto, entiendo que sólo podrán ser sujetos activos de esta modalidad del delito del art. 292 CP, los terceros cuando éstos tengan la condición de administradores de hecho [712]. No obstante, parece que deben ser en todo caso, o bien los socios o bien los administradores los que han impuesto el acuerdo lesivo ya que no es posible que el acuerdo lesivo pueda ser impuesto por terceros ajenos a la sociedad[713].

Y en cuanto a la segunda modalidad, la consiste en "aprovecharse" del acuerdo lesivo, aquí no estamos ante un delito de dominio sobre la acción, de forma que, respecto de esta modalidad, podrán ser sujetos activos tanto los socios o administradores como terceros ajenos a la sociedad que se aprovechan del acuerdo lesivo adoptado por los medios ilícitos que fija el tipo. Esta segunda acción, la de *aprovecharse*, aproxima este delito al de receptación o encubrimiento lucrativo[714], lo que supondrá que serán sujetos activos del

[710] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* p 121. En el mismo sentido MORENO CHAMORRO, I.: *Delitos…, op. cit.,* p. 80.
[711] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial ... op. cit.*, p. 549.
[712] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.* p. 234. Frente a esta posición *Vid.* DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* p. 122. Este autor entiende que los terceros en ningún caso podrán haber tomado parte en la elaboración del acuerdo lesivo, por medio de los procedimientos ilícitos que fija el tipo penal.
[713] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial ... op. cit.* p. 543: *"*Se trata de un tipo mixto alternativo, para cuya integración basta, por tanto, la concurrencia de una de las acciones típicas, más el delito continúa siendo único, aunque se ejecuten las dos*".* En el mismo sentido RÍOS CORBACHO, J.M.: "Delitos …", en ACALE SÁNCHEZ, M. (Coordinación): *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 149.
[714] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit.*, p. 231. En sentido contrario CUGAT MAURI, M., en CÓRDOBA RODA, J. (dir.) y GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *Comentarios…*, *op. cit.*, p. 1105: "Autor de la modalidad de aprovechamiento del acuerdo fraudulento, solo puede ser alguien vinculado a la Sociedad. No puede considerarse autor del delito societario el tercero que se beneficia".

delito no sólo aquellos que imponen el acuerdo lesivo, sino también los que sin haberlo adoptado se aprovechan del mismo. No obstante, no faltan autores que consideran que el término "aprovecharen" se puede estar refiriendo también a socios que no han propuesto el acuerdo para su aprobación por el órgano, pero que se han aprovechado del mismo, de forma que siempre que hay una conducta de aprovechamiento es porque hay alguien distinto que ha impuesto el acuerdo lesivo. Y en estos casos los que se aprovechan del acuerdo, que deberán ser partícipe de la conducta de imposición, responderá como autor de la conducta[715], y de esta forma hará también responsable a aquellos terceros que en el momento de la votación del acuerdo, se ausentaron o se abstuvieron de la misma de forma premeditada, es decir que no hicieron nada para evitar la adopción del acuerdo, a sabiendas del carácter lesivo del mismo y el beneficio que con su adoptación les reporta aprovechándose del mismo[716]. En relación a los terceros no socios ajenos a la adopción del acuerdo lesivo y que se puedan aprovechar del mismo, entiendo que resultará excesiva la exigencia de responsabilidad penal[717]

IV. Los administradores de derecho en las sociedades mercantiles

IV. 1. Concepto

El concepto de administrador de derecho no presenta especiales problemas en el ámbito penal. Para examinar la figura de administrador de derecho en los delitos societarios debemos acudir a las normas extrapenales del Derecho de sociedades regulada por la LSC, Cco. y RRM, mediante las técnicas de remisión normativa que realizan de forma expresa los arts. 290, 293 y 294 CP. Y lo mismo pasa con la remisión que deba realizarse a otras leyes mercantiles que regulan el resto de las modalidades societarias, como es el caso de las sociedades con base mutualista (cooperativas, mutuas y SGR) e incluso a los órganos de gobierno de personas jurídicas con naturaleza de fundaciones (patronatos) o asociaciones (junta directiva). En consecuencia, el concepto de administrador de derecho lo delimita la normativa extrapenal, que es la que establece los requisitos y formalidades exigidas en su nombramiento para las distintas modalidades societarias. Y a falta de una definición legal de administrador de derecho, lo será el designado por el órgano con competencia para ello, de acuerdo con los requisitos y formalidades establecidos en la Ley y los estatutos sociales, actuando de forma individual

[715] GALLEGO SOLER, J.I.: "Delitos …" en CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Derecho…, op. cit.,* p. 350.
[716] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.,* pp. 237-238.
[717] En este sentido MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Código Penal II…*, *op. cit.*, p. 698.

en el caso de administrador único, solidario o de forma mancomunada cuando sean dos, o finalmente de forma colegiada como integrante de un consejo de administración cuando sean más de dos. Los administradores están autorizados para tomar decisiones de gestión y representación en nombre de la persona jurídica de acuerdo con un título jurídicamente válido, como es el nombramiento por la junta general, o la designación en la escritura de constitución de la sociedad, debiendo en todos los casos tener su cargo inscrito en el RM y publicado el mismo en el BORME[718].

Desde el punto de vista jurisprudencia, tal y como tiene dicho la Sala 2ª del TS en STS 59/2007 de 26 de enero, el administrador de derecho es el que cumple con los requisitos legales de nombramiento e inscripción, o en otras palabras, quién tiene efectuado el nombramiento como tal administrador de acuerdo con las normas legales que rigen la respectiva modalidad societaria y por tanto, la administra en virtud de un título jurídicamente válido, perteneciendo al órgano de administración de las distintas clases de sociedades formalizando su nombramiento e inscribiéndolo en el RM [719]. Son por tanto tres los requisitos que viene exigiendo la jurisprudencia de la Sala 2ª del TS para la consideración de una persona física o jurídica como administrador de derecho: que administre la sociedad en virtud de un título jurídicamente válido de acuerdo con las normas legales que rigen la respectiva modalidad societaria; que haya sido nombrados

[718] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 6ª Edición, p.472: *"*Con carácter general puede indicarse aquí, que, según reconoce la opinión mayoritaria, la expresión *administrador de derecho* encierra un término normativo jurídico (*Vid.* Por todos ya MARTÍNEZ-BUJÁN, 1996; BAJO, 1997) ya valorado, que habrá de ser interpretado a la luz de la legislación extrapenal correspondiente. Por tanto, baste con señalar en este lugar que pueden ser administrador de derecho los órganos de administración de las diferentes clases de sociedades siempre que reúnan todos los requisitos y formalidades exigidos por la legislación mercantil, y, en particular, siempre que hayan formalizado su nombramiento y se hayan inscrito en el RM". En el mismo sentido y del mismo autor MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (XI): delitos societarios" en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coordinador) y otros: Derecho Penal. *Parte Especial.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 8ª Edición; pp. 544.
En el mismo sentido DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* p. 59: Resulta clarificadora la definición que realiza DEL ROSAL BLASCO del administrador de derecho como aquella persona, física o jurídica, que, habiendo sido designado en la forma prevista estatutariamente por el órgano competente de la sociedad, ha aceptado dicho nombramiento, siendo a partir del momento de su nombramiento cuando puede empezar a actuar como tal y siendo sus actos válidos frente a la sociedad, los socios y terceros.
Asimismo, del mismo autor DEL ROSAL BLASCO, B.: "El concepto de Administrador de hecho y de derecho" en DEL ROSAL BLASCO, B. (coord.): *Derecho penal de sociedades mercantiles,* 2ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2023, p. 223: "El nombramiento del administrador de una sociedad anónima surte efectos, ad intra, desde el momento de su aceptación (art. 215 LSC), pero es necesario que sea inscrito en el RM para que surta efectos frente a terceros".
[719] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 59/2007 de 26 enero RJ\2007\1586. En el mismo sentido STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 424/2018 de 26 septiembre RJ\2018\4218. En el mismo sentido la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 598/2012 de 5 julio RJ\2013\2300 en su FD Octavo y la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 86/2017 de 16 febrero RJ\2017\1910.

por acuerdo de su junta general y que esté inscrito en el RM.

En consecuencia, tal y como hemos avanzado, para el análisis del concepto de administradores de derecho debemos acudir a la regulación contenida en la LSC, al ser las SA y SRL las principales sociedades mercantiles que actúan en el tráfico jurídico mercantil de España. El órgano de administración es un órgano necesario y permanente de las sociedades mercantiles, que se puede organizar de cuatro formas distintas: administrador único, correspondiendo la gestión y representación social a una sola persona; administradores solidarios, en el que cada uno de ellos de forma independiente, tienen todas las facultades del órgano y de usar el nombre de la sociedad obligándola frente a terceros; Varios administradores mancomunados en el que necesariamente éstos deben actuar conjuntamente para adoptar los acuerdos y usar el nombre de la sociedad frente a terceros y finalmente el consejo de administración como órgano pluripersonal de funcionamiento colegiado, integrado al menos por tres miembros, en el que actúan de forma colectiva por régimen de mayorías y que por su importancia es ampliamente regulado por la LSC, frente a las otras formas de organización que se regulan básicamente en el RRM y en los estatutos de la sociedad[720]. Tratándose de una SRL son los propios estatutos sociales los que podrán establecer la forma de organizar la administración, atribuyendo a la junta general la facultad de optar por uno u otra forma de organización, sin necesidad de modificación estatutaria (art. 110 LSC). En cuanto a su estructura del órgano de administración, la LSC permite a cada sociedad que opte por la forma que mejor convenga a sus necesidades organizativas y funcionales en atención a su tamaño, complejidad de su actividad u otros factores, sin perjuicio que tratándose de sociedades que operan en mercados regulados y las sociedades cotizadas, necesariamente deberán tener la forma de órgano de administración que la legislación sectorial así determine, siendo éste el de consejo de administración[721].

El órgano de administración puede estar constituido tanto por personas físicas como jurídicas, sin que sea necesario que tengan la condición de socios, salvo disposición en

[720] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I…op. cit.,* p. 509. Y art. 124.1 del RRM: *1. En los estatutos se hará constar la estructura del órgano al que se confía la administración, determinando si se atribuye: a) A un administrador único. b) A varios administradores que actúen solidariamente. c) A dos administradores que actúen conjuntamente. d) A un Consejo de Administración, integrado por un mínimo de tres miembros.*

[721] GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y IGLESIAS PRADA J.L.: "Los órganos …" en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ, A.: *Lecciones …, op. cit.,* pp. 459-460.

contra de los estatutos (art. 212 LSC)[722]. Para ser miembro del órgano de administración se requiere tener plena capacidad de obrar, no sufrir ninguna incompatibilidad o prohibición ni inhabilitación para ejercer el comercio y no sufrir inhabilitación por la comisión de determinados delitos en los términos previstos en el Art. 213.1 LSC[723]. En consecuencia, no podrán serlo los menores no emancipados[724]. Adicionalmente a las limitaciones establecidas por el art. 213.1 LSC, existen múltiples leyes, fundamentalmente en el ámbito del derecho administrativo, que establecen prohibiciones para por ser administradores de sociedades mercantiles[725]. Si los administradores incurren en incapacidad o están sometidos a alguna prohibición, deberán destituirse a petición de cualquier accionista, al igual que deberán cesar aquellos administradores que lo sean de sociedades competidoras o que tengan intereses opuestos a los de la sociedad (arts. 224 y 230 LSC)[726]. Tratándose de personas jurídicas administradoras de una sociedad de capital no cotizada, ya que respecto de las sociedades cotizadas sólo cabe nombrar administradores personas naturales (art. 529 bis.1 LSC),[727] es necesario que ésta designe a una sola persona física para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo, que se inscribirá en el RM en los términos previstos en el artículo 215 LSC[728] y sin que

[722] A diferencia de las sociedades cooperativas, en las que el administrador necesariamente debe ser socio según prevén los arts. 32 y ss. LCoop.

[723] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción …, Volumen I, op. cit.,* p. 1163: El derecho de sociedades exige para ser administrador la concurrencia de determinados créditos: *Crédito legal*, es decir capacidad de obrar plena y ausencia de prohibiciones y de incompatibilidades; *crédito moral*, consistente en no sufrir inhabilitación por haber incurrido en determinados delitos o infracciones legales; *crédito profesional*, es decir tener la formación y experiencia necesaria para la gestión de empresas del sector de la administrada y *crédito de solvencia* consistente en ser accionista o presentar las correspondientes garantías.

[724] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I…op. cit.,* p. 516: Respecto de los menores emancipado resulta incongruente que puedan ser administradores del patrimonio de una sociedad mercantil, y sin embargo tengan limitaciones para administrar su propio patrimonio, en atención a la falta de capacidad que tienen para ejercer la actividad mercantil (art. 4 Cco.).

[725] No pueden ser administradores, los funcionarios al servicio de la Administración pública con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de las sociedades de que se trate, al respecto debe tenerse en cuenta la Ley 53/1984, de 26 de diciembre de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, la Ley 3/2015 de 30 de marzo reguladora del ejercicio de alto cargo de la Administración General del Estado, los jueces o magistrados y las demás personas afectadas por una incompatibilidad legal, en este última caso estarían los auditores de cuentas respecto de las sociedades que auditan (art. 16 a) de la Ley 22/2015, de 20 de julio de Auditoría de Cuentas) y para los miembros de los consejos de administración de las entidades de crédito será de aplicación el régimen de idoneidad previsto en los arts. 24 y ss. de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

[726] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: *Principios..., op. cit.,* p. 274.

[727] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción …, Volumen I, op. cit.,* p. 1166: *"Tras la reforma introducida por la Ley 5/2021 en este tema tenemos dos sistemas, según se trate de sociedad no cotizada o cotizada, lo que parece injustificable".*

[728] La reforma introducida por la Ley 31/2014 ha establecido en su art. 236.5 LSC la necesidad de que la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica debe reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, y está sometido a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador.

la revocación del representante de la persona jurídica administradora produzca efecto en tanto no designe a la persona que le sustituya (art. 212 bis LSC).

Los administradores constituyen por tanto un órgano necesario de la sociedad estando sus miembros ligados por una relación orgánica[729]. El carácter necesario del órgano de administración se encuentra por tener conferida la gestión y representación de la sociedad, siendo su actuación necesaria para la realización del objeto social de la sociedad, ocupándose igualmente de la organización de la sociedad, de su relación con los accionistas y del normal funcionamiento de los demás órganos de la sociedad, gozando de autonomía respecto del resto de los órganos sociales, incluso respecto de la junta general que los nombra y que puede revocarlos[730]. La actuación de los administradores se desarrolla en un doble plano, de orden interno, al ser el órgano encargado de administrar la sociedad, y al que corresponden la realización de aquellos actos de gestión necesarios para el desarrollo de las actividades empresariales que constituyen su objeto social, y de orden externo, al ser el órgano con facultades de representación de la sociedad en el tráfico jurídico y que vincula a la misma en la celebración de contratos y en las relaciones con terceros[731].

IV. 2. Facultades de gestión y de representación del órgano de administración

Se define el órgano de administración de las sociedades mercantiles como *la persona o personas físicas o jurídicas que asumen las funciones de gobierno, gestión y representación de la sociedad*[732]. Así el art. 209 LSC hace una declaración taxativa cuales son las competencias de la administración de la sociedad: *Es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley*, siendo en consecuencia sus funciones principales las de administrar y gestionar la sociedad, ejecutar la voluntad adoptada mediante los acuerdos de la junta general, a la que se encuentra sometida, y representar a la sociedad frente a los terceros con los que mantiene vínculos jurídicos, tanto contractuales como extracontractuales[733]. Correspondiendo a los administradores todas aquellas facultades

[729] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I…op. cit.,* p. 509.
[730] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: *Principios..., op. cit.,* p. 272.
[731] En el mismo sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y IGLESIAS PRADA J.L.: "Los órganos …" en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ, A.: *Lecciones …, op. cit.,* pp. 459-460: Los administradores tienen todas aquellas facultades necesarias para realizar operaciones que sean idóneas para el desarrollo del objeto social de la sociedad, tanto desde el punto de vista interno y organizativo de la empresa, como de las actuaciones de esta frente a terceros en el mercado o tráfico económico.
[732] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción …, Volumen I, op. cit.*, p. 1160.
[733] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I…op. cit.,* p. 505.

que no estén atribuidas a la junta general y se extiende a todos aquellos actos que por su importancia y finalidad no pueden considerarse acontecimientos normales en una empresa, ya que en caso contrario corresponde a los órganos de gestión de la empresa (directores generales, gerentes, apoderados etc.).

La función de gestión por el órgano de administración incluye la fijación de la política general de la empresa, de objetivos a corto, medio y largo plazo y el control de la actividad de gestión diaria de la empresa en sus aspectos administrativos, contables, técnico-productivos, comerciales y financieros[734], y en concreto tiene las siguientes funciones: revisar y orientar la estrategia de la empresa y de sus principales planes de actuación, de la política riesgos, de los presupuestos anuales y de los planes de la empresa; el establecimiento de los objetivos en materia presupuestaria y de resultados y realizar evaluaciones periódicas de seguimiento de los mismos; controlar la ejecución y consecución de los objetivos del plan estratégico; supervisar los desembolsos de capital, las adquisiciones y desinversiones de mayor cuantía; diseñar la estructura organizativa de la compañía; determinar la asignación de los diferentes recursos; tomar las decisiones relacionadas con inversiones y operaciones financieras importantes (fusiones, joint-ventures, etc.); el nombramiento, control y supervisión de altos directivos y ejecutivos de la empresa; el establecer una relación continuada con los demás órganos de gestión, de los cuales se encarga del nombramiento, remuneración, destitución y en su caso sucesión. No deja de ser paradójico que actualmente tienen más importancia los órganos de administración en la toma de decisiones de las empresas, incluso por encima de la junta general, y ello es debido, a tres razones que se encuentran en el hecho que el órgano de administración tiene encomendada la explotación de la empresa, a la cada vez más creciente complejidad de esa gestión y de los asuntos sociales y finalmente al hecho de que en las grandes empresas, especialmente aquellas que cotizan en mercados de valores (IBEX-35 y resto de sociedades cotizadas), existe un mayor abstencionismo de los accionistas en las juntas generales, que tiene como lado negativo el que los administradores se autoperpetúen en el cargo. Pero es que adicionalmente en el ámbito de las grandes sociedades cotizadas, existe una delegación de facultades del consejo de administración en uno o varios consejeros delegados o en una comisión ejecutiva, siendo

[734] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción …, Volumen I, op. cit.*, pp. 1172.

éstos últimos los que *de facto* llevan la gestión principal de la sociedad y convirtiéndose el consejo de administración en meros órganos de supervisión de aquéllos[735].

En cuanto a las facultades de representación de la sociedad que tienen encomendadas los administradores, debemos distinguir entre la atribución del *poder de representación* y el *ámbito del poder de representación*. Como afirma GARCÍA DE ENTERRÍA, se trata de una facultad exclusiva e inderogable del órgano de administración, que no puede ser asumida por la junta general, ni sustraída al órgano de administración[736]. El *poder de representación* debe entenderse como orgánico, en cuanto que es la manera que la sociedad manifieste externamente su voluntad y ejecuta los actos necesarios para el desarrollo de su actividad, de forma que los actos de los administradores, cuando actúan en la forma y dentro de los límites que les marca la Ley en el ejercicio del poder de representación, obligan a la sociedad al considerarse actos propios de la misma[737]. Y en cuanto al *ámbito del poder de representación*, la LSC establece que la representación se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social fijado en los estatutos, de forma que cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se encuentre inscrita en el RM, será ineficaz frente a terceros, quedando la sociedad obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave (art. 234 LSC). Esta norma, que establece una protección de los terceros, incluso respecto de las posibles limitaciones al poder de representación de los administradores reguladas en sus estatutos e inscritas en el RM, procede de la Primera Directiva comunitaria, sin embargo, no jugará cuando los terceros conozcan la extralimitación o la desconozcan con negligencia grave. En definitiva, sólo quedarán excluidos del poder de representación de los administradores, los *actos liquidativos* o contrarios al objeto social y sin perjuicio de los efectos ya comentados respecto de los terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave[738]. Cualquier limitación de las facultades que tienen los administradores reconocidos en estatutos tendrá una eficacia exclusivamente interna sin que pueda afectar al poder de representación de la sociedad frente a terceros[739] En estos casos, y por un

[735] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I…op. cit.,* pp. 505-506.
[736] GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y IGLESIAS PRADA J.L.: "Los órganos …" en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ, A.: *Lecciones …, op. cit.,* p. 465.
[737] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: *Principios..., op. cit.,* p. 291.
En el mismo sentido VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción …, Volumen I*, *op. cit.,* p. 1175: "El ejercicio del poder de representación de la sociedad exige que los administradores actúen en el ejercicio del cargo, que tengan capacidad de obrar emitiendo su declaración de voluntad sin vicios, adoptando el acuerdo de conformidad con la forma legal del órgano, y no contradiga ninguna norma legal prohibitiva".
[738] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I…op. cit.,* pp. 514-515.
[739] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: *Principios..., op. cit.,* p. 292.

evidente principio de protección del tráfico jurídico, los contratos que sean contrarios al objeto social celebrados con terceros de buena fe y sin culpa grave no podrán ser anulados[740]. Con la finalidad de que las limitaciones no induzcan a confusión se prohíbe el acceso al RM las enumeraciones de facultades del órgano de administración que se encuentran ya consignadas en los estatutos (art. 124.4. RRM)[741].

IV. 3. Nombramiento, duración y cese del cargo de los administradores

El nombramiento de los administradores puede ser o bien en el momento de constitución de la sociedad, en cuyo caso puede ser por acuerdo de sus fundadores en caso de fundación simultánea (art. 22 e) LSC), o por junta constituyente en el caso de fundación sucesiva de la sociedad (art. 47 e) LSC). En otro caso el nombramiento deberá ser a través de junta general mediante votación separada para cada administrador (art. 197 bis) LSC)[742]. Es competencia exclusiva de la junta general el nombramiento de administradores surtiendo efecto el nombramiento desde el momento de su aceptación. (art. 214 LSC), sin perjuicio del régimen especial de cooptación en el consejo de administración o designados por la autoridad judicial (art. 622 y ss. LEC) y en el seno de las empresas de capital público o mixtas el nombramiento del consejo de administración que se realiza por acuerdo de la corporación pública titular del capital social de la misma, mediante acto administrativo[743].

Una vez que aceptan el cargo los administradores, que podrá realizarse ante la propia junta general o en el consejo de administración, o mediante documento público, deberá inscribirse su nombramiento en el RM, haciendo constar su identidad y cuando tengan

[740] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción …, Volumen I*, *op. cit.*, p. 1177: "Habría sido mejor desligar los efectos de la representación del objeto social, y ello sin perjuicio de la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad por actuar fuera del mismo, violando los estatutos y excediéndose de sus facultades".

[741] GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y IGLESIAS PRADA J.L.: "Los órganos …" en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ, A.: *Lecciones …, op. cit.,* pp. 465-466: Existe una primacía de la tutela del tercero de buena fe que contrata con la sociedad, y sin perjuicio de que la actuación de la administración pueda generar una responsabilidad interna frente a la sociedad. Su fundamento se encuentra en la protección del tráfico jurídico, ya que de este modo los terceros se ven descargados de la obligación de tener que indagar y valorar en cada caso si las facultades representativas de los administradores con los que contratan son o no suficientes a los efectos de vincular a la sociedad

[742] Cabe igualmente la figura del administrador suplente, debiendo preverse esta figura necesariamente en los estatutos sociales, y su finalidad es ocupar la plaza del administrador que causa baja por cese, dimisión, fallecimiento o disolución de la persona jurídica en aquellos casos en los que el administrador sea una persona jurídica y estuviera actuando como representante de la misma. El nombramiento será por el tiempo de mandato que le quedaba al sustituido aplicándoles las mismas reglas que el del resto de administradores. El nombramiento y aceptación de los suplentes como administradores se inscribirán en el RM una vez producido el cese del anterior titular (art. 216 LSC).

[743] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción …, Volumen I*, *op. cit.*, p. 1169.

atribuida la representación de la sociedad si la misma es solidaria o mancomunada. La presentación de la inscripción debe realizarse dentro de los diez días siguientes a su aceptación, si bien no estamos ante un plazo preclusivo, pero su cumplimiento estará íntimamente unido a la buena gobernanza de la sociedad (art. 215 LSC). Los efectos del nombramiento frente a la sociedad se producen desde el momento de la aceptación, que podrá ser en la propia junta general que les ha nombrado o posteriormente mediante escrito dirigido al órgano de administración de la sociedad, pero para que despliegue todos sus efectos frente a terceros es necesario que se inscriba el nombramiento en el RM y se publique en el BORME[744]. Esto significa que la inscripción en el RM, aunque es obligatoria no es constitutiva o esencial[745], siendo por tanto válidos los actos realizados por los administradores antes de la inscripción[746]. Esta regla sin embargo no es de aplicación respecto del nombramiento del consejero delegado y miembros de la comisión ejecutiva, ya que, en estos casos, en cuanto que tienen atribuidas facultades delegadas del consejo de administración, la inscripción en el RM es constitutiva (art. 249.2 LSC y 149 a 152 RRM). La inscripción se realizará o bien mediante certificación del contenido del acta de la junta general o del consejo (en caso de haberse utilizado el procedimiento de cooptación), con firma legitimadas del presidente y el secretario; por testimonio notarial del acta; mediante copia autorizada del acta notarial prevista en los arts. 101 y ss. del RM y finalmente mediante escritura pública, debiéndose en todos ellos acreditarse la aceptación (art. 142 RRM)[747].

La LSC establece un régimen distinto en relación con la duración del mandato de los administradores, según el tipo de sociedad de capital de que se trate. En las SRL el nombramiento de los administradores es por tiempo indefinido, salvo que los estatutos sociales establezcan un plazo determinado en cuyo caso podrán ser reelegidos una o más veces por periodos iguales. Mientras que en las SA rige el principio de temporalidad en el cargo, de forma que los administradores ejercerán el cargo durante el plazo que señalen los estatutos sociales que en ningún caso podrá exceder de seis años y será igual para todos ellos, pudiendo ser reelegidos una o varias veces, por periodos de igual duración máxima (art. 221 LSC). El plazo máximo de seis años se reduce a cuatro años tratándose

[744] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I…op. cit.,* p. 519.
[745] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción …, Volumen I, op. cit.*, pp. 1169.
[746] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: *Principios...*, *op. cit.*, p. 275.
En el mismo sentido la Resolución de la DGRN de 18 de agosto de 2018 en el asunto *Insula Space and Design, SL* (BOE 5-10-2018).
[747] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción …, Volumen I, op. cit.*, pp. 1169.

de sociedades cotizadas, tal y como prevé el art. 529 undecies LSC. En cuanto a la caducidad del nombramiento, éste se produce cuando vencido el plazo para el que se han nombrado, se haya celebrado junta general o haya transcurrido el plazo para la celebración de la junta que ha de resolver sobre la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior (art. 222 LSC).

El cese de los administradores está previsto en los art. 223 y 224 LSC y además de la expiración del plazo para el que se han nombrado, y causas objetivas como son el fallecimiento, incapacidad del administrador o disolución de la persona jurídica administrador[748], el cese puede tener también lugar mediante la revocación del mandato. Esta podrá producirse en cualquier momento por acuerdo de la junta general y aunque no conste la separación del administrador como punto del orden del día de la convocatoria de la junta general (art. 223.1 LSC). La revocación puede tener lugar, aunque no exista justa causa que lo motive (separación *ad nutum*), y deberá realizarse mediante votación separada para cada administrador[749]. Tratándose de SRL los estatutos pueden exigir una mayoría reforzada que en ningún caso puede ser superior a los dos tercios de los votos correspondientes al capital social de la sociedad (art. 223 LSC), mientras que en las SA al guardar silencio la LSC, bastará para ello la mayoría simple en la adopción del acuerdo. Cualquier cláusula estatutaria contraria al principio de la libre revocabilidad o destitución de los administradores por parte de la junta general, deberá considerarse inválida, y no podrá acceder al RM[750]. La revocación también puede tener lugar mediante resolución judicial y por resolución administrativa en el caso de los administradores nombrados por acuerdo o resolución de una entidad pública[751]. La revocación deberá inscribirse en el RM y publicada en el BORME para que produzca sus efectos respecto de terceros. Además, y como supuestos especiales de cese, junto con la expiración del mandato y la revocación de encuentran los supuestos legales de cese previstos en el art. 224 LSC[752]. Y

[748] VICENT CHULIÁ, F.: *Idem*, p. 1177
[749] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I…op. cit.,* p. 520.
[750] GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y IGLESIAS PRADA J.L.: "Los órganos …" en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ, A.: *Lecciones …, op. cit.,* p. 463.
[751] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción …, Volumen I, op. cit.,* pp. 1179.
[752] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I…op. cit.,* p. 521: "El cese legal afecta: a) A los administradores que estén incursos en cualquiera de las prohibiciones legales del art. 213 LSC, quiénes deben de ser inmediatamente destituidos, a solicitud de cualquier accionista y ello sin perjuicio de la responsabilidad en que puedan incurrir por su conducta desleal; y b) Los administradores y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad, quiénes cesarán en su cargo a solicitud de cualquier socio por acuerdo de la junta general. Así como en el primero de los casos la ley es taxativa y no da lugar a dudas, en el segundo la LSC contiene también una verdadera obligación de separación, si bien lo condiciona a que realmente exista una contraposición de intereses, siendo un acto obligado que no facultativo para la junta general".

como último supuesto de la finalización del mandato del administrador, éste se puede producir también mediante su dimisión o renuncia, correspondiendo al consejo de administración aceptar la dimisión de los consejeros (art. 245.2. LSC), produciéndose la misma siempre que el órgano no quede inoperante paralizando la sociedad, ya que en caso contrario puede el consejo de administración negarse a aceptar la dimisión al no poder quedar la sociedad "*descabezada*"[753]. La comunicación de la dimisión se realizará de forma fehaciente a la sociedad, salvo haya tenido lugar de manera presencial en el propio consejo de administración o en la junta general y deberá inscribirse en el RM produciendo sus efectos frente a la sociedad desde el momento en que ésta tiene conocimiento de su dimisión y frente a terceros desde su publicación en el BORME[754].

IV. 4. Los deberes de diligencia y lealtad de los administradores

Como manifestación de las facultades de gestión y administración, y como límite a las mismas, la LSC en la reforma llevada a cabo por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre establece una enumeración completa de los deberes de los administradores en sus arts. 225 a 232 LSC que se concretan básicamente en dos, el deber de diligencia y en el deber de lealtad. Ambos deberes proceden de la doctrina norteamericana, que, sistematizando en los casos judiciales, establece los principios de *duty of care* (deber de diligencia o cuidado) y del *duty of loyalty* (deber de lealtad o fidelidad), al que debemos unir el *duty of disclosure* o deber de información por el administrador a los socios y a terceros[755]. Estos deberes establecen las pautas o criterios de actuación de los administradores en el desempeño de sus funciones, y sirven en caso de incumplimiento para fundamentar una posible acción de responsabilidad, ya sea civil o penal, constituyendo verdaderos deberes fiduciarios[756].

IV. 4. 1. El deber de diligencia

El deber de diligencia, como afirma SÁNCHEZ CALERO, se proyecta en una doble dirección, el *deber general de diligencia* regulado en el art. 225.1 LSC y la incorporación en el derecho español del principio procedente del derecho norteamericano, *business*

[753] Res. DGRN de 26 y 27 de mayo de 1992 y 8 y 9 de junio de 1993 y 17 de julio de 1995.
[754] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I…op. cit.,* p. 522.
[755] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción …, Volumen I*, *op. cit.*, p. 1207.
[756] GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y IGLESIAS PRADA J.L.: "Los órganos …" en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ, A.: *Lecciones …, op. cit.,* p. 468.

judgement rule o *protección de la discrecionalidad empresarial*[757]. De acuerdo con *deber general de diligencia*, los administradores deben desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, en atención a la naturaleza del cargo y las funciones que tengan atribuidas, y subordinando su interés particular al interés de la empresa, teniendo la dedicación adecuada y adoptando las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad[758]. En cuanto que el órgano de administración le corresponde controlar y supervisar a la dirección ejecutiva de la sociedad, el *deber general de diligencia* se ve concretado en la necesidad de que los administradores fijen la línea de actuación por medio de políticas que orienten y delimiten esa dirección, siendo responsables de ello y de igual manera deberán ejercer la función de control y supervisión del resto de órganos de la sociedad y de su buen funcionamiento[759]. Especial importancia tiene en el seno de los órganos de administración los derechos de información, como manifestación del deber de diligencia, que se concreta en el deber de exigir y el derecho de recabar la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones (art. 225.3 LSC). Debe entenderse como un derecho limitado, y será correcto y leal siempre que guarde relación con el cumplimiento de las obligaciones que tienen los administradores, siendo un ejercicio desleal del derecho de información cuando el administrador lo realiza sin que tenga que ver con el ejercicio de sus funciones como administrador[760]. Existe por tanto una diligencia exigible en atención a la naturaleza del cargo y las funciones que tiene el administrador atribuidas, de forma no se puede esperar la misma diligencia al presidente del consejo, al consejero delegado o a un consejero ejecutivo que, a un consejero común que no tiene atribuidas tales funciones, ya que respecto de los primeros

[757] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: *Principios..., op. cit.*, p. 276. La LSC ha sido modificada recientemente en relación al deber de diligencia mediante la Ley 5/2021, de 12 de abril. En el mismo sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y IGLESIAS PRADA J.L. en MENÉNDEZ. A. y ROJO, A.: *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen I. ... op. cit.* p. 468.
Y AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R.: *El delito en la empresa. Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario.* Barcelona, Atelier, 2010, pp. 130-133: "A este respecto convendría analizar el alcance del deber de informarse, el deber de investigar y el deber de vigilancia como manifestaciones concretas del deber genérico de diligencia (*duty of care*), así como la posible relación de causalidad entre la omisión y el resultado lesivo en el caso concreto".
[758] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: *Principios..., op. cit.*, p. 277. En el mismo sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y IGLESIAS PRADA J.L.: "Los órganos …" en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ, A.: *Lecciones …, op. cit.,* p. 469: "Todos los administradores están sometidos a un deber de diligencia, pero éste no es único y uniforme para todos, sino que debe delimitarse con las funciones que efectivamente desempeñadas por cada uno de ellos".
[759] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: *Idem*, p. 278.
[760] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: *Idem*, p. 279.

les corresponde una completa y puntual información de la sociedad y una especial capacidad para impulsar la actividad de ésta[761].

El deber de diligencia de los administradores se ve matizada por el principio denominado *business judgment rule* o *protección de la discrecionalidad empresarial*, que como ya hemos comentado procede del derecho estadounidense y que se regula en el derecho español en el art. 226.1 LSC. De acuerdo con este principio, la diligencia de un ordenado empresario se entiendo cumplida cuando tratándose de decisiones estratégicas y de negocio sujetas a la discrecionalidad empresarial, el administrador haya actuado de buena fe con información suficiente, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado, esto es de acuerdo con las normas que se establecen en la sociedad para la adopción de los acuerdos. Se establece así un espacio de inmunidad judicial, en relación con aquellos actos realizados por el empresario, que se presuponen adoptados por los administradores de buena fe y en la creencia de tomarlos en el interés de la sociedad, sin perjuicio que acaben siendo fallidos o perjudiciales para ésta. Con ello se intenta evitar un régimen severo de responsabilidad por negligencia que opere como una limitación a la asunción de riesgos propios de cualquier actividad empresarial[762]. Estas decisiones de los administradores, para que puedan quedar sujetas al denominando *business judgement rule* y excluidas del control judicial, es necesario que cumplan con cuatro requisitos: en primer lugar que sean decisiones estratégicas y de negocio sujetas a la discrecionalidad empresarial, de forma que no se aplicará cuando el comportamiento de los gestores venga impuesto por una norma legal; se adopten de buena fe en el mejor interés de la entidad, y con la creencia que no se está infringiendo deber alguno, ni vulnerando ninguna norma; no exista interés

[761] MERCEDES MARTÍN, V.: "Novedades en materia de responsabilidad de administradores", *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 900, 2015: "Se introduce la *business judgement rule* del Derecho americano. El estándar de diligencia quedará cumplido, en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio de la compañía, cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal, con la información suficiente y conforme al procedimiento de decisión adecuado. Acreditados estos requisitos, el administrador quedará exonerado de responsabilidad en el caso, salvo prueba en contrario. La prueba de la información suficiente y del procedimiento decisorio adecuado imponen contar con documentos corporativos que reflejen, con mayor o menor detalle en cada caso, y atendiendo al perfil de la sociedad, el procedimiento de toma de decisiones".

[762] GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y IGLESIAS PRADA J.L.: "Los órganos …" en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ, A.: *Lecciones …, op. cit.,* p. 469.
Matizando esta excepción de inmunidad *Vid.* VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción …, Volumen I, op. cit.*, pp. 1209-1210: *"*La pretensión de que merced a esta norma los Jueces no puedan entrar a valorar las decisiones empresariales de los administradores (objetivo de la regla en su origen en los EE. UU.) nos parece discutible, porque los Tribunales en el estándar de diligencia de un ordenado empresario no puedan olvidar que en la "profesión mercantil" (art. 14 Cco.) existen también regla del arte, protocolos o pautas profesionales como en los medios, abogados o arquitectos*".*

personal en el asunto por parte de los administradores, es decir no se amparan las situaciones de conflicto del administrador con la sociedad y finalmente los administradores actúen con información suficiente y con arreglo a un proceso de información adecuado[763]. De conformidad con el *business judgment rule* para poder hacer responsables a los administradores, corresponderá a la parte actora en un procedimiento judicial, demostrar que los administradores adoptaron el acuerdo en situación de conflicto de intereses y a la parte demanda (a los administradores) demostrar que actuaron con toda la información suficiente y siguiendo un proceso de decisión adecuado. El *business judgement rule* supone una regla de exoneración de la responsabilidad que en circunstancias concretas impedirá a los jueces y tribunales revisar las decisiones de los administradores. Esta protección de los administradores se producirá sólo cuando su actuación se produce exclusivamente por negligencia, por lo que nunca resultará de aplicación cuando su actuación responda a una falta de lealtad a la sociedad[764].

IV. 4. 2. El deber de lealtad

El deber de lealtad supone que los administradores deben atender el interés social e ignorar cualquier otro, eligiendo la actuación que mejor defiende los intereses de la sociedad, aunque ello pueda ser perjudicial para otros intereses, incluso los propios del administrador, de forma que como establece el art. 225.1. debe subordinar su interés particular al interés de la empresa[765]. Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un *fiel representante,* obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad, de forma que su infracción conlleva no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador (art. 227 LSC). El art. 232 LSC prevé el ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad, siendo compatible esta acción con la de responsabilidad prevista en los arts. 236 y ss. LSC. El art. 228 LSC establece las obligaciones del deber de lealtad, que se concretan

[763] MORENO VÁZQUEZ, P.: "La protección de la discrecionalidad empresarial" en FRAGO AMADA, J.A. (Dir.): *Actualidad Compliance 2019, Thomson Reuters*-Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 34-36.
[764] MORENO VÁZQUEZ, P.: "La protección…", *op. cit.,* pp. 28-29: "Pero lo que en ningún caso es susceptible de protegerse por este cauce son las conductas desleales en las que los gestores anteponen sus propios intereses a los de las compañías; ni tampoco aquellas otras en las que la fuente de la antijuridicidad procede de un comportamiento doloso, de un incumplimiento de la ley o los estatutos (en teste caso no habría discrecionalidad del administrador, sino comportamiento debido) o, en todo caso, cuando no concurran los presupuestos contemplados en el citado artículo 226.1 LSC".
[765] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: *Principios..., op. cit.,* p. 280.

en cinco, de las cuales las cuatro primeras pueden considerarse obligaciones básicas o sustantivas derivadas de este deber y la quinta una obligación instrumental que encierra prohibiciones relativas que pueden ser objeto de dispensa *en casos singulares*[766]:

a) *Ejercicio leal de las facultades recibidas que se* concreta en no ejercitar las facultades para fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas y que afectan en especial a aquellos administradores que tienen facultades o poderes concedidos como son los administradores únicos, solidarios, mancomunados y consejeros delegados y ejecutivos. Se trata de la prohibición del "*abuso de facultades*" que se manifiesta en el abuso del poder de representación y siendo muy frecuente en la jurisprudencia los casos de responsabilidad de los administradores por incumplir el deber de lealtad en la realización de operaciones vinculadas[767]. b) *Deber de guardar secreto o confidencialidad s*obre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él. Este deber de secreto o de confidencialidad constituye el núcleo esencial de la lealtad en cualquier forma de relación de confianza[768] y se formula de la forma más amplia posible, de forma que los administradores deben presumir que cualquier información que conocen por el ejercicio de su cargo y que afecte a la sociedad, deben guardar secreto sobre la misma, salvo en aquellos casos que la ley permita o requiera el compartirla. c) *Deber de abstenerse en la adopción de acuerdos en situaciones de conflicto de intereses.* que supone la necesidad del administrador de abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que el propio administrador o persona vinculada al mismo tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto, debiendo constar como punto del orden del día de la convocatoria, ya sea en el caso de la junta general ya sea en el del consejo de administración. El hecho que le impide al administrador participar no sólo en la votación sino también en la deliberación, conlleva que deba abandonar la reunión del consejo en el que se adopte el acuerdo, ausentándose de la misma, hasta que se adopte el acuerdo en un sentido u otro. De esta regla se excluye el derecho que tiene el administrador de votar en asuntos que afectan a su nombramiento o renovación, revocación de su cargo o para los que fuera propuesto en el seno del órgano de administración [769.] El consejero que se encuentra en conflicto de intereses deberá informar al consejo de administración de esta situación antes de la adopción del acuerdo, solicitar autorización del órgano correspondiente y finalmente, tal y como hemos dicho, a abstenerse de tomar parte en la adopción del acuerdo[770]. d) *Libertad de criterio o*

[766] GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y IGLESIAS PRADA J.L.: "Los órganos …" en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ, A.: *Lecciones …, op. cit.,* p. 470.
[767] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción …, Volumen I, op. cit.*, p. 1212.
[768] VICENT CHULIÁ, F.: *Idem*, p. 1213.
[769] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: *Principios..., op. cit.*, pp. 281-282.
[770] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción …, Volumen I, op. cit.*, p. 1214.

juicio e Independencia del administrador al desempeñar sus funciones, que realizará bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia. Este principio de independencia de criterio afecta a las relaciones del administrador con otros administradores y con los accionistas, de forma que no se vea el administrador vinculado por las instrucciones expresadas por terceros[771]. e) *Evitar situaciones de conflicto de intereses*: íntimamente unido a la obligación del administrador de abstenerse en tomar parte en la adopción de acuerdos en situación de conflicto de intereses aparece la obligación de evitar esas situaciones de conflicto de intereses prevista en el art. 229 LSC. En tal sentido, el administrador debe adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.[772].

El régimen legal del deber de lealtad de los administradores y la responsabilidad por su infracción es imperativo[773] no se puede excepcionar mediante disposiciones estatutarias, ya que el art. 230.1 LSC se encarga de calificarlas como no válidas y en consecuencia como nulas de pleno derecho. En todo caso, a instancia de cualquier socio, la junta general resolverá sobre el cese del administrador que desarrolle actividades competitivas cuando el riesgo de perjuicio para la sociedad haya devenido relevante. La propuesta de cese no es un derecho de la minoría, sino que lo puede proponer cualquier socio, si bien la propuesta no vincula a la junta general que es libre para acordarla o denegarla[774]. No obstante, la LSC prevé un *régimen de dispensa* por parte de la sociedad en aquellos casos en los que se trate de una determinada transacción con la sociedad, el

[771] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: *Principios..., op. cit.*, p. 282.
[772] El art. 229 LSC a modo ejemplificativo y sin que sean *numerus clausus* establece los supuestos en los que el administrador debe evitar las situaciones de conflicto de interés, que se pueden concretar en los siguientes supuestos: a) Realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, siendo este el supuesto más frecuente de conflicto de intereses sobre todo en sociedades participadas en las que alguno de los socios realiza una actividad que le permite celebrar contratos con aquella. b) Utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas, lo que supone un abuso de representación. c) Hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados. d) Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad, que, por la concreción del mismo, deja a una amplia interpretación judicial. e) Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía y desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, actual o potencial, con la sociedad. f) Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad. Respecto de la obligación de no competir con la sociedad, sólo cabe dispensa, en el supuesto de que no quepa esperar un daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa, debiéndose adoptar mediante acuerdo expreso y separado de la junta general (art. 230.3 LSC).
[773] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: *Principios..., op. cit.*, p. 285.
[774] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: *Idem*, p. 289.

uso de ciertos activos sociales, el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio, la obtención de una ventaja o remuneración de un tercero. Para esta dispensa se requiere un acuerdo adoptado por la junta general o por el órgano de administración, en los términos previstos en el art. 230.2. LSC, asegurando siempre la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso[775]. El régimen de conflicto de intereses de los administradores se ha extendido también a las denominadas *operaciones vinculadas intragrupo*, en el que existe una sociedad dominante y sociedades filiales, cuya regulación en el art. 231 bis LSC ha sido introducida por la Ley 5/2021, de 12 abril que traspone la Directiva 2017/828, de 17 de mayo.

IV. 5. Los Códigos de buen gobierno corporativo en el derecho español

La denominación *corporate governance* o *buen gobierno corporativo* se corresponde con el movimiento que se inicia en los años 70 del S. XX en EE. UU., cuya finalidad es definir las funciones, normas y recomendaciones, que deben observar los consejos de administración y sus miembros de las grandes sociedades, especialmente de las cotizadas[776]. En España el buen gobierno corporativo se ha desarrollado a través de una serie de Códigos todos ellos extra legislativos que son los siguientes: el *Código de Buen Gobierno o Código Olivencia* elaborado en 1998 en el que parte de un consejo de administración ideal que estaría formado por consejeros ejecutivos y una mayoría de consejeros externos que serían no ejecutivos. Y dentro de éstos últimos los que tendrían carácter dominical por representar a los socios de aquellos otros que son independientes en atención a su alta cualificación o prestigio profesional como manera de garantizar su imparcialidad y objetividad. Adicionalmente existirán unas comisiones delegadas de control formadas por consejeros externos exclusivamente proponiendo las siguientes cuatro comisiones delegadas: auditoría, nombramientos, retribuciones y de

[775] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: *Idem*, p. 286: "La autorización de la dispensa deberá ser necesariamente acordada por la junta general cuando tenga por objeto la dispensa de la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros, o afecte a una transacción cuyo valor sea superior al diez por ciento de los activos sociales, y en los demás casos, la autorización también podrá ser otorgada por el órgano de administración siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del administrador dispensado (art. 230.2 LSC). La transparencia en la decisión supone una mejor defensa de los intereses de la sociedad y tutela en consecuencia a la sociedad y al beneficiario cuando se conceda la misma".

[776] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I…op. cit.,* p. 506. MORENO VÁZQUEZ, P.: "La protección …", *op. cit.* p. 29: "La expresión gobierno corporativo hace referencia al conjunto de iniciativas, normas y recomendaciones encaminadas, fundamentalmente, a reducir los costes de agencia que se producen en las sociedades como consecuencia del riesgo de desalineamiento entre el interés de los gestores y el de los propietarios".

cumplimiento. El denominado *Informe Aldama,* elaborado en 2002 por una Comisión Especial nombrada por el Consejo de ministros y que va dirigido a SA cotizadas, buscando una mayor transparencia en la actuación de estas en los mercados, con la finalidad de que los participantes en el mercado tengan una imagen fiel y completa de las sociedades cotizadas y puedan adoptar decisiones fundadas[777]. Con base en lo anterior se propone la elaboración de un Informe anual sobre la estructura y práctica de gobierno corporativo que tiene que elaborar el consejo de administración y se potencia las nuevas tecnologías como manera de difundir la información a través de páginas web corporativas. Finalmente, reformula los deberes de diligencia y lealtad de los administradores. Se establecen dos Comisiones como obligatorias y formadas por consejeros externos, que son la de Auditoría y la de Nombramientos y Retribuciones que realizan informes y propuestas al consejo. En el ámbito legislativo, como consecuencia de las recomendaciones del "Informe Aldama", se promulgó la Ley 26/2003, de 17 de julio, de Transparencia.

El *Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas* elaborado en el seno de la CNMV aprobado el 22 de mayo de 2006, cuya finalidad fue la armonización y actualización de las recomendaciones contenidas en el *Código Olivencia* y en el *Informe Aldama,* que ha dado lugar a diversas modificaciones legislativas entre las que se encuentran como más relevantes las contenidas LSC, que en su Título XIV regula el funcionamiento de las sociedades cotizadas y que ha sido posteriormente modificada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre para incorporar las recomendaciones del Código de 2006, y la Ley 25/2011, que incorpora al derecho español la Directiva 2007/36/CE, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de las sociedades cotizadas. Finalmente, el *Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas* de 18 de febrero de 2015, que fue objeto de revisión en junio de 2020 y al igual que los anteriores sus recomendaciones son voluntarias, pero que si no se siguen por las sociedades cotizadas deben explicarlo en el informe anual de gobierno corporativo que deben realizar estas sociedades, tal y como en tal sentido establece el art. 540 LSC.

IV. 6. El consejo de administración de las sociedades de capital

[777] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Idem*, p. 507.

IV. 6. 1. Concepto y nombramiento

En las SA, la forma más frecuente de organizar la administración es a través del consejo de administración, que se produce siempre que la administración se confíe mancomunada o conjuntamente a más de dos personas tal y como prevén los arts. 210.2. y 242 LSC, asumiendo los poderes o facultades de administración de forma colegiada por todos los miembros del órgano debidamente constituido y actuando mediante el régimen de mayorías en la adopción de los acuerdos, sin que sea válida la cláusula que exija la unanimidad para la adopción de los acuerdos[778]. El funcionamiento por medio del consejo de administración en las sociedades de capital conlleva una serie de ventajas claras como son las sinergias de diferentes formaciones y experiencias, la garantía de la responsabilidad solidaria, la armonización de intereses de los socios en el órgano de administración y la representación de las minorías[779]. Corresponde a la junta general el nombramiento de los miembros del consejo de administración. Así en los estatutos sociales se podrá fijar un número fijo de miembros del consejo de administración o una horquilla con un número máximo y mínimo, en cuyo caso corresponde a la junta general el determinar el número concreto de su componente, si bien en las SRL el número máximo de componentes del consejo no podrá ser superior a doce[780]. Dos son las excepciones que se producen exclusivamente en el ámbito de las SA, en relación con el sistema de nombramiento de los miembros del consejo de administración por la junta general, el *sistema de representación proporcional*, como forma de evitar un control del consejo por parte de los accionistas mayoritarios y el *sistema de cooptación*, ambos debidamente regulados por la LSC.

En el s*istema de representación proporcional* las acciones que voluntariamente se agrupen en la junta general en el que se lleva el acuerdo de nombramiento de administradores, hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de componentes del consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción. Las acciones así agrupadas no intervendrán en la votación de las restantes

[778] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Idem*, p. 530.
En el mismo sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y IGLESIAS PRADA J.L.: "Los órganos …" en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ, A.: *Lecciones …, op. cit.,* p. 466: "El consejo de administración es como un órgano pluripersonal de carácter colegiado que adopta sus decisiones por mayoría de sus miembros".
[779] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción …, Volumen I, op. cit.*, p. 1238.
[780] VICENT CHULIÁ, F.: *Idem*, pp. 1236-1237.

vacantes del consejo que se elijan por junta general (art. 243 LSC). Al designar los consejeros por este sistema, los accionistas podrán nombrar hasta tres suplentes sucesivos para el caso que por cualquier causa el nombrado deje de pertenecer al consejo[781]. La posición jurídica del representante de la minoría en el consejo de administración origina muchas dudas y problemas, lo que ha llevado a un sector doctrina a decir que este sistema de representación proporcional imperativo y parcial resulta censurable, ya que no tienen la condición de representantes de los accionistas minoritarios, porque son miembros del órgano de administración y por tanto no quedan sujetos a las instrucciones de aquellos[782]. No obstante, lo que resulta evidente es su carácter de representantes, ya que pueden ser revocados en cualquier momento libremente y sin indemnización por parte de los socios minoritarios que les nombraron[783]. La junta general, no podrá separar al consejero así nombrado. No obstante, y como excepción, sí que será posible cuando concurra justa causa para ello, *v. gr.* cuando el administrador lo sea también de una sociedad competidora de la que es consejero o cuando se produce una infracción del deber de lealtad del consejero. Criterio que es seguido por la jurisprudencia en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 613/2020 de 17 noviembre RJ\2020\5282[784]. De no existir esa justa causa, cualquier separación por la junta general del consejero nombrado por la minoría dará lugar a la posibilidad de impugnar tal acuerdo con base en el art. 7 CC., por considerarlo un acuerdo lesivo al interés social y adoptado de forma arbitraria y caprichosa por la mayoría. Y otro de los supuestos que pueda dar lugar a limitar este derecho por parte de la mayoría en la junta general es la modificación de la forma del órgano de administración, pasando del consejo de administración a ser administradores

[781] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: *Principios..., op. cit.,* p. 303.

[782] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción …, Volumen I, op. cit.,* p. 1246: Junto con el sistema de representación proporcional legal previsto en el art. 243 de la LSC cabe también un sistema de representación proporcional convencional fijado en los estatutos sociales de la sociedad, es lo que se denomina sistema estatutario de representación proporcional total o global, de reparto de los puestos del Consejo entre los accionistas o grupos de accionistas, siendo un pacto que resulta válido tanto para las SA como para las SRL, a pesar que para ésta últimas la LSC excluye el sistema de representación proporcional como un derecho legal.

[783] VICENT CHULIÁ, F.: *Idem,* p. 1243.

[784] VICENT CHULIÁ, F.: *Idem,* pp. 1244-1245.

En este mismo sentido STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 613/2020 de 17 noviembre RJ\2020\5282 que establece en su FD 6º y 8º: FD 6º: "15.- La infracción del deber de lealtad por parte de los administradores designados ….., al haber incurrido en la conducta prohibida prevista en el art. 229.1.f) LSC, constituye la justa causa que exige la jurisprudencia de esta sala para que el cese de los administradores nombrados por el sistema de representación proporcional sea lícito (sentencias 761/2012, de 11 de diciembre (RJ 2013, 915) , y 609/2014, de 11 de noviembre (RJ 2014, 6459)). FD 8º: 8.- El régimen legal relativo al deber de lealtad es imperativo, sin perjuicio del régimen de dispensas previsto en la ley, y se impone a una regulación estatutaria que lo limite indebidamente o que imposibilite la efectividad de dicho deber…".

únicos o solidarios o mancomunados, o reduciendo el número de administradores del consejo de administración. En estos casos debe entenderse que, si por los socios minoritarios se ha anunciado la voluntad de hacer uso del derecho de representación proporcional, la mayoría no puede alterar los presupuestos de dicho derecho, al tener la consideración de ser un derecho potestativo, lo contrario podría considerarse un fraude de ley que podría quedar incluido en el tipo del art. 293 CP en cuanto a la limitación de los derechos políticos de control y gestión de los socios[785].

En cuanto a la segunda excepción, consistente en el s*istema de nombramiento mediante cooptación*, el propio consejo de administración tiene la facultad de que si durante el plazo para el que fueron nombrados los administradores, se produjesen vacantes sin que existieran suplentes, podrá designar entre los accionistas las personas que hayan de ocupar las vocalías vacantes hasta que se reúna la primera junta general, no siendo válida la cláusula que extienda la facultad del consejo de nombrar administradores a personas que carezcan de la condición de accionistas(esta regla constituye una excepción al principio general de que los administradores no tienen por qué tener la condición de socios) [786]. Es decir, el administrador nombrado por cooptación cesará con la celebración de la primera junta general que debe cubrir la vacante producida en el consejo de administración (art 244 LSC)[787] de forma que en caso de que no se le nombrara y siguiera ejerciendo como administrador, estaremos ante un verdadero administrador de hecho[788].

IV. 6. 2. Funcionamiento del consejo de administración

IV. 6. 2. 1. El Reglamento de régimen interno del consejo de administración

El régimen jurídico del consejo de administración de las sociedades de capital está constituido por la regulación legal que del mismo realizan los arts. 242 a 251 LSC, el RRM y los estatutos sociales de cada sociedad. Junto con la anterior normativa, cada vez adquiere más importancia, especialmente en el ámbito de las SA cotizadas, el Reglamento

[785] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I…op. cit.,* p. 532.
[786] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: *Principios..., op. cit.,* p. 302.
[787] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I…op. cit.,* pp. 532-533: Los requisitos, son que se produzcan vacantes anticipadas, es decir antes del cumplimiento del plazo por el que han sido nombrados y que recaiga sobre accionistas, ya sean personas físicas o jurídicas, siendo un nombramiento interino al tenerse que someter a la primera junta general de forma que si no se le ratificara en dicha junta general se producirá el cese del nombramiento de acuerdo con lo establecido en el art. 145.2 RRM.
[788] RÍOS CORBACHO, J.M.: *El Administrador de hecho en los delitos societarios.* Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2005, p. 92.

de régimen interno del consejo de administración que puede aprobar cada sociedad y que es susceptible de inscribirse en el RM. En el mismo se fija la estructura y funcionamiento del consejo de administración y complementa a lo establecido en las normas legales y en los estatutos sociales (art. 245.2 LSC). Y en el caso de las sociedades cotizadas es obligatorio que cuenten con el mismo, siendo aprobado por el consejo, informando a la junta general y comunicándolo a la CNMV, debiendo elevarlo a público e inscribirlo en el RM y publicarlo en la página web de la sociedad (art. 528 LSC)[789]. No obstante, tratándose de SRL, no se ha mención al reglamento del consejo, de forma que serán los estatutos los que deberán establecer el régimen de organización y funcionamiento del consejo de administración, que deberá comprender, las reglas de convocatoria y constitución del órgano, así como el modo de deliberar y adoptar acuerdos por mayoría, si bien en mi opinión, en cuanto el consejo de administración goza de autonomía para autoorganizarse, nada impediría que en una SRL se aprobara por su consejo de administración su propio reglamento de régimen interno, dotándole de sus reglas de funcionamiento.

IV. 6. 2. 2. La convocatoria del consejo de administración

El hecho que el consejo de administración tenga naturaleza de órgano colegiado, determina que deba funcionar mediante la adopción de acuerdos[790], reuniéndose al menos, una vez al trimestre. Como órgano de estructura no permanente, deberá reunirse cuando es convocado por su presidente o por quién ejerza sus funciones, si bien materialmente es convocado por el secretario invocando la autorización del presidente y sin que sea necesario que incluya el orden del día, aunque sí resulta conveniente para tener conocimiento previo de los puntos a tratar. A la convocatoria deberá acompañarse la documentación que sustentan los puntos que son objeto de la adopción de acuerdos. En el punto de *asunto varios*, podrá incorporarse temas no previstos en el orden del día de la convocatoria, siempre que el consejo no acuerde lo contrario [791]. Adicionalmente a la regla general de la convocatoria, la LSC prevé que los administradores que constituyen al menos un tercio de los miembros del consejo pueden convocarlo, indicando el orden del día, para su celebración en la localidad donde radique el domicilio social, si, previa

[789] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción …, Volumen I*, *op. cit.*, pp. 1257-1258.
[790] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: *Principios..., op. cit.*, p. 303.
[791] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción …, Volumen I*, *op. cit.*, pp. 1253-1254.

petición al presidente, éste sin causa justificada no hubiera hecho la convocatoria en el plazo de un mes (art. 246.2 LSC).

IV. 6. 2. 3. Quórum para la válida constitución del consejo de administración

En cuanto a la válida constitución del consejo de administración, hay que distinguir entre el régimen aplicable según se trate de SA o SRL. Para las SA quedará válidamente constituido el consejo de administración con la concurrencia, presentes o representados, de la mayoría de sus vocales, es decir más de la mitad de sus miembros[792]. Mientras que, en la SRL, lo será cuando concurran, presentes o representados, el número de consejeros previsto en los estatutos, siempre que alcancen, como mínimo, la mayoría de los vocales, por lo que a *sensu contrario* puede fijarse estatutariamente un quórum superior de asistentes presentes o representados para su válida constitución (art. 247 LSC). Una vez constituido el consejo, si se produjera la ausencia de alguno de sus miembros, no podrá impedirse la continuación de éste y la adopción de acuerdos válidos, ya que el consejo se ha constituido con quórum suficiente y lo es para toda la sesión, siendo esta una medida necesaria para evitar que los consejeros hostiles se opongan al normal funcionamiento del consejo e impidan que éste adopte acuerdos necesarios para la marcha ordinaria de la sociedad[793]. La representación del administrador que no pueda asistir a la sesión sólo puede recaer en otro administrador, y nunca en persona ajena al consejo (art. 97. 4ª párrafo 2 del RRM) y sin que se puede otorgar con carácter general para todas las sesiones, sino que deber realizar de forma *ad hoc*, es decir para cada sesión concreta, debiendo indicar la fecha y orden del día y pudiéndose acreditar por cualquier medio a juicio del presidente del consejo, si bien es conveniente que lo sea por escrito[794]. En cuanto a la asistencia por videoconferencias, se generalizó esta forma de celebrar consejo de administración como consecuencia del estado de alarma derivado de la pandemia de la Covid-19, en el que se dictó el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19[795], si bien finalizado ese

[792] VICENT CHULIÁ, F.: *Idem*, p. 1255.
[793] VICENT CHULIÁ, F.: *Idem*, p. 1256.
[794] VICENT CHULIÁ, F.: *Ibidem.*
[795] Art. 40.1 RD Ley 8/2020: *Aunque los estatutos no lo hubieran previsto, durante el periodo de alarma y, una vez finalizado el mismo, hasta el 31 de diciembre de 2020, las sesiones de los órganos de gobierno y de administración de las asociaciones, de las sociedades civiles y mercantiles, del consejo rector de las sociedades cooperativas y del patronato de las fundaciones podrán celebrarse por videoconferencia o por conferencia telefónica múltiple, siempre que todos los miembros del órgano dispongan de los medios necesarios, el secretario del órgano reconozca su identidad, y así lo exprese en el acta, que remitirá de inmediato a las direcciones de correo electrónico de cada uno de los concurrentes. La misma regla será*

periodo es necesario que conste en los estatutos o en el reglamento del consejo la posibilidad de celebrar reuniones del consejo por sistemas telemáticos de videoconferencia. Será válido el consejo de administración que, por la dimisión o incapacidad de uno de sus miembros, ha quedado reducido a dos, siempre que asistan ambos y se adopten los acuerdos por unanimidad. Criterio que es seguido igualmente por la jurisprudencia en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 24/2019 de 16 enero RJ\2019\149[796].

IV. 6. 2. 4. Adopción de acuerdos

En las SA los acuerdos se adoptarán por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión, presentes o representados, quiénes votarán por cabezas y no por el capital que representen, siendo posible igualmente en las SA la votación por escrito y sin sesión cuando ningún consejero se oponga a este procedimiento (Art. 248 LSC).

---

de aplicación a las comisiones delegadas y a las demás comisiones obligatorias o voluntarias que tuviera constituidas. La sesión se entenderá celebrada en el domicilio de la persona jurídica.

[796] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción …, Volumen I, op. cit.*, p. 1236.

Y en el mismo sentido STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 24/2019 de 16 enero RJ\2019\149 en sus FD 2 a 4 establece: "2.- La interpretación y aplicación de los arts. 171, 242 y 247.2 LSC ha de permitir que la sociedad esté dotada, como regla general y salvo supuestos excepcionales, de un órgano de administración con capacidad de actuación. Para ello, la propia ley ofrece mecanismos para que así sea, incluso cuando se dan situaciones especiales. De igual manera, en la medida de lo posible también debe preservarse la capacidad de funcionamiento del consejo de administración, incluso en circunstancias excepcionales, para evitar situaciones de bloqueo que, en los supuestos más graves, puedan dar lugar a la concurrencia de una causa de disolución de la sociedad. Conforme al art. 247.2 LSC, para la válida constitución del consejo de administración de una sociedad anónima es preciso que "concurran a la reunión, presentes o representados, la mayoría de los vocales", y esta mayoría sólo puede estar referida, como resulta del precepto, al número previsto en los estatutos o determinado por el acuerdo de nombramiento (art. 242 del propio texto legal). Interpretación que, como resalta la RDGRN de 14 de marzo de 2016 (RJ 2016, 1269) , queda confirmada por el art. 171 LSC que, para el caso de "cese de la mayoría de los miembros del consejo de administración", habilita a cualquier socio para instar la convocatoria judicial de junta, lo que confirma que, en caso de cese de la mayoría, el consejo no puede constituirse válidamente (como demuestra la equiparación que hace el propio precepto a la imposibilidad de funcionamiento de las otras formas de organizar la administración). Lo que no sucede si el cese no ha afectado a la mayoría de los consejeros. 3.- La habilitación que el art. 171 LSC confiere a cualquiera de los administradores que permanecen en el cargo para convocar la junta general cuando se produce alguno de los cuatro supuestos especiales que prevé (muerte o de cese del administrador único; muerte o de cese de todos los administradores solidarios; muerte o de cese de alguno de los administradores mancomunados; y muerte o de cese de la mayoría de los miembros del consejo de administración) implica que, en el resto de casos, el consejo puede constituirse válidamente y adoptar todo tipo de acuerdos. Es decir, al no tratarse de un consejo deficitario, que queda paralizado por el cese de la mayoría de sus vocales, sino mayoritario, por aplicación de la regla de la mayoría consagrada en el citado art. 247.2 LSC, puede seguir en funcionamiento mientras se provee a la cobertura de la vacante. 4.- En consecuencia, si como es el caso, el consejo de administración se compone de tres miembros y puede quedar válidamente constituido con el acuerdo de dos de ellos, no se da el supuesto de hecho previsto en el art. 171 LSC. Por lo que el consejo así constituido tiene competencia plena para convocar la junta general y para fijar el orden del día.

Esta interpretación de la DGRN, que refrendamos, también tiene apoyo en el art. 141 RRM, del que se desprende que, en caso de nombramiento de un consejo de administración, basta que acepten la mayoría de los componentes designados para que el órgano quede válidamente constituido".

Resulta válida la cláusula estatutaria que refuerce esta mayoría[797]. En las SRL los estatutos podrán fijas libremente la mayoría (245.1 LSC). Los estatutos sociales pueden conferir al presidente del consejo de administración el voto dirimente en el caso de empate[798]. En cuanto a las discusiones y acuerdos del consejo de administración se llevarán a un libro de actas, que será firmado por el presidente y el secretario (Art. 250 LSC), con cuya firma garantizan la veracidad del acta, ya que el secretario es el responsable de la fe pública dentro de la sociedad, de forma que si faltara la firma de alguno de ellos deberá ser sustituida por alguna persona que tenga su nombramiento inscrito en el RM (vicepresidente o vicesecretario).[799] El funcionamiento del consejo de administración presenta analogías con el de la junta general, ya que debe ser convocado, presidido y dirigido por su presidente, levantarse acta por un secretario y aprobarla y ejecutar sus acuerdos y elevarlos a escritura pública cuando proceda e inscribirlos en el RM[800].

IV. 6. 2. 5. El presidente y el secretario del consejo de administración

La regulación de ambas figuras la realiza la LSC con especial atención para las sociedades cotizadas si bien resultan aplicables al resto de sociedades de capital siempre que exista identidad de razón (art. 4.1. CC.)[801]. Tanto uno como otro, pueden ser personas físicas o jurídicas, y el presidente necesariamente debe ser miembro del consejo mientras que el secretario lo puede ser o no, es decir, podrá ser secretario consejero o no consejero. Es conveniente el nombramiento de vicepresidente y vicesecretario para el caso que deba sustituirse a los primeros por ausencia, vacante o enfermedad de estos[802]. En cuanto a su continuidad en el cargo, el art. 146 RRM establece que el presidente y secretario del consejo de administración (al igual que el vicepresidente y el vicesecretario), salvo disposición contraria de los estatutos, en el caso que sean reelegidos miembros del consejo por acuerdo de la junta general, continuarán desempeñando los cargos que ostentaran con anterioridad en el seno del consejo sin necesidad de nueva elección y sin perjuicio de la facultad de revocación en cualquier momento que respecto de dichos cargos corresponde al propio consejo de administración.

[797] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción …, Volumen I, op. cit.*, p. 1257.
[798] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: *Principios..., op. cit.*, p. 304.
[799] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: *Principios..., op. cit.*, p. 304.
[800] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción …, Volumen I, op. cit.*, p. 1250.
[801] VICENT CHULIÁ, F.: *Idem*, p. 1251.
[802] VICENT CHULIÁ, F.: *Ibidem.*

Al presidente le corresponde la representación legal de la sociedad, siendo el máximo responsable del eficaz funcionamiento del consejo de administración al que además de las facultades otorgadas por la ley y los estatutos sociales o el reglamento interno del consejo de administración, tiene las siguientes: convocar y presidir las reuniones del consejo de administración; fijar el orden del día de las reuniones y dirigir las discusiones y deliberaciones; presidir la junta general de accionistas salvo disposición estatutaria en contra; velar por que los consejeros reciban con carácter previo la información suficiente para deliberar sobre los puntos del orden de día; estimular el debate y la participación de los consejeros durante las sesiones, salvaguardando su libre toma de posición (Art. 529 sexies LSC).

El secretario del consejo está nombrado por el consejo de administración, normalmente entre abogados, pudiendo ser letrados de los propios servicios jurídicos internos de la sociedad mercantil o externos, y al ser un cargo de confianza del consejo, éste puede prescindir del mismo en cualquier momento revocando su nombramiento. Si bien en el caso de las sociedades cotizadas, para garantizar la estabilidad se exige que el nombramiento como la revocación tenga el informe previo de la comisión de nombramientos y retribuciones de la sociedad y que el propio secretario por medio de carta dirigida al consejo explique las razones de cese, cualquiera que sea su causa[803]. Al secretario le corresponden las siguientes funciones además de las funciones asignadas por la ley y los estatutos sociales o el reglamento interno del consejo de administración: conservar la documentación del consejo de administración; dejar constancia en los libros de actas del desarrollo de las sesiones y dar fe de su contenido y de las resoluciones adoptadas; velar por que las actuaciones del consejo de administración se ajusten a la normativa aplicable y sean conformes con los estatutos sociales y demás normativa interna; asistir al presidente para que los consejeros reciban la información relevante para el ejercicio de su función con la antelación suficiente y en el formato adecuado (art. 529 octies LSC). El secretario responderá civilmente frente a la sociedad de los perjuicios que se ocasionen por el incumplimiento de sus obligaciones legales y estatutarias y en cuanto a sus obligaciones de asesoramiento jurídico tiene la responsabilidad propia de los abogados en ejercicio[804].

[803] VICENT CHULIÁ, F.: *Ibidem.*
[804] VICENT CHULIÁ, F.: *Idem*, p. 1253.

IV. 6. 2. 6. Delegación de facultades por el consejo de administración: la comisión ejecutiva y el consejero delegado

Con la finalidad de llevar una gestión más ágil en el funcionamiento del gobierno de la sociedad de capital, el art. 249 LSC prevé que el consejo de administración puede delegar aquellas facultades que no se consideren indelegables legalmente (art. 249 bis LSC) en una comisión ejecutiva, en cuyo caso deberá designar los consejeros que vayan a formar parte de la misma, o en uno o varios consejeros delegados, estableciendo el contenido, los límites y las modalidades de delegación, requiriendo para ello el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del consejo. La delegación de facultades, tanto en la comisión ejecutiva como en el consejero delegado, deberá constar en escritura pública debiéndose inscribir en el RM, siendo la inscripción es constitutiva (Art. 249.2 LSC), si bien inscrita la delegación sus efectos en relación con los actos otorgados desde la fecha de nombramiento se retrotraerán al momento de su celebración (art. 152 RRM). Sin embargo, la inscripción de la aceptación, cuando no conste en la escritura de delegación, la revocación y la renuncia puede realizarse mediante certificación del secretario con el visto bueno del presidente y con las firmas legitimadas notarialmente, sin necesidad de elevarse a escritura pública.[805]

Tanto los miembros de la comisión ejecutiva como el consejero delegado tienen la consideración de administradores de derecho[806], en cuanto que tienen un nombramiento formal realizado por los órganos competentes, ya sea la junta general ya sea el órgano de administración y son inscritos en el RM. Como afirma GARCÍA DE ENTERRÍA en estos casos el consejo deja de ser desde una perspectiva funcional un órgano de gestión de la sociedad para asumir una función preponderante de control y de supervisión de la actividad desplegada por los consejeros delegados o por la comisión ejecutiva[807]. El consejo puede establecer limitaciones en esta delegación, si bien respecto de terceros el poder de representación de los órganos delegados es el ordinario de todo administrador, de forma que las limitaciones que puedan establecerse tienen un carácter interno frente a terceros[808], en consecuencia, el poder de representación del consejero delegado o de la comisión ejecutiva es ilimitable frente a terceros[809]. La norma resulta muy flexible, ya

[805] VICENT CHULIÁ, F.: *Idem,* p. 1264.
[806] MESTRE DELGADO, E. "Delitos …", *op. cit.,* p. 554.
[807] GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y IGLESIAS PRADA J.L.: "Los órganos …" en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ, A.: *Lecciones …, op. cit.,* p. 467.
[808] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual... Volumen I…op. cit.,* p. 535.
[809] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción …, Volumen I, op. cit.,* p. 1261.

que cabe el nombramiento de varios consejeros delegados que actúen de forma mancomunada o solidaria, un consejero delegado y una comisión ejecutiva, que son órganos distintos, si bien el consejero delegado suele ser miembro también de la comisión ejecutiva, actuando ésta como un consejo reducido. El órgano delegante no perderá en ningún momento la facultad delegada, de forma que el consejo podrá en todo momento suspender o modificar un acuerdo adoptado por la comisión ejecutiva siempre que no hay sido ejecutado, celebrado un acto o contrato con terceros[810]. Pero es importante aclarar que el hecho que el consejo haya optado por realizar una delegación de facultades en el consejero delegado o en la comisión ejecutiva no es óbice para que a su vez pueda conceder poderes generales o particulares o especiales a empleados de la empresa que en ningún caso tendrán la consideración de administradores[811].

En cuanto al régimen legal del consejero delegado, éste deberá tener un contrato de arrendamiento de servicios que le una con la sociedad, que podrá ser laboral o común[812], que deberá ser aprobado por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, quedando incorporado como anejo al acta de la sesión. En el contrato constarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo la indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro. El sistema de retribución del consejero delegado exige que conste en estatutos sociales el carácter retribuido o no del cargo, y deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada por la propia junta general si bien como hemos visto su concreción dentro de ese marco corresponde al consejo de administración[813]. El consejero delegado y los miembros de la comisión ejecutiva cesan cuando por cualquier causa cesen como administradores, de forma que, si fueran reelegidos por la junta general como miembros del consejo, deberá adoptarse un

[810] VICENT CHULIÁ, F.: *Ibidem.*

[811] GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y IGLESIAS PRADA J.L.: "Los órganos …" en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ, A.: *Lecciones …, op. cit.,* p. 468.

[812] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción …, Volumen I, op. cit.,* p. 1265: "Tanto el presidente ejecutivo como en su caso el consejero delegado son considerados por la LSC como "employee-directors" (en la terminología norteamericana), es decir, consejeros/empleados, que celebran con la sociedad un contrato de arrendamiento de servicios, sea laboral o común, que se diferencian de los "outside directors", o consejeros que no forman parte de la dirección de la empresa*".*

[813] VICENT CHULIÁ, F.: *Idem,* p. 1262: Distinta de la figura del consejero delegado es la del "Primer Ejecutivo o CEO" *("Chief Executive Officer"*) que es un apoderado general nombrado por el consejo de conformidad con el art 249 bis, h), que no es miembro del consejo y su aceptación se produce con la misma firma del contrato y basta con que el consejo apruebe las condiciones básicas de su contrato, sin que sea necesario, el adjuntar al acta el contrato como documento anexo.

nuevo acuerdo en relación con la delegación de facultades en el consejero delegado o en la designación de miembros de la comisión ejecutiva (art. 146.2 RRM)[814]. El acuerdo de destitución de los consejeros delegados o miembros de la comisión ejecutiva es un acuerdo ordinario que se adopta por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión (art. 248.1 LSC).

V. Los administradores de hecho

V. 1. Concepto de administrador de hecho en la legislación mercantil

La especial trascendencia que tiene la figura del administrador de hecho en el ámbito de los delitos societarios se encuentra en que, con el mismo, se amplía el círculo de sujetos activos tal y como prevé el art. 31 CP y, por otra parte, porque es directamente el sujeto activo de los delitos societarios, con mención expresa en los arts. 290, 293 y 294 e incluidos de forma indirecta también en los arts. 291 y 292 CP. En tal sentido resulta evidente, que el concepto penal deberá ir íntimamente unido al mercantil, de acuerdo con la regulación que realiza el art. 236.3 LSC de la figura del administrador de hecho, asignando a otras personas distintas de los administradores de derecho, las responsabilidades propias de éstos al realizar funciones propias de los mismos[815]. El art. 236.3 LSC establece que la responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho definiendo legalmente a los mismos como *aquella persona que ejercen las funciones propias de administrador sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad*.

Siguiendo esta definición legal, VICENT CHULIÁ, distingue cuatro supuestos de administrador de hecho de una sociedad de capital: el que tiene el cargo caducado al que deberá añadirse el supuesto del administrador que sigue ejerciendo el cargo después de su renuncia formal[816]; aquel cuyo nombramiento es nulo por ser contrario a la ley; el que realiza una actuación como administrador frente a terceros sin haber sido designado para ello y finalmente el administrador oculto o indirecto, que es el que tiene un control de

[814] SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: *Principios..., op. cit.*, p. 305.
[815] LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. en DE LA MATA BARRANCO, N.J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. y NIETO MARTÍN, A.: *Derecho …, op. cit.,* p. 487.
[816] HERNANDO CEBRIÁ, L.: "La posición jurídica del administrador con cargo caducado*", Cuadernos de Derecho y Comercio*, Año 2012, núm. 58, 2012, Consejo General del Notariado, p.227: "A diferencia del supuesto de los administradores ocultos o de los apoderados, la limitación de una esfera de actuación de los administradores con cargo caducado no permite exonerarles del régimen de la responsabilidad que diman de la condición de "administrador de hecho".

hecho ejerciendo una influencia decisiva pero que no aparece como administrador frente al exterior[817]. Si bien esta clasificación se agrupa en dos supuestos: la persona que ejerce las funciones de administrador públicamente, pero que carece de título de nombramiento para ello, por ser nulo, inexistente o estar caducado o por tener un título distinto, como el de un apoderado general, gerente o director general de una sociedad. Y la persona que de forma oculta (*shadow director* en terminología anglosajona) ejerce las funciones de administrador y el que es administrador aparente se limita a ejecutar. Esta distinción responde a la clásica contraposición entre comerciante aparente y comerciante oculto[818]. Lo cierto es que los administradores de hecho son administradores y responden por el incumplimiento de los deberes de lealtad y de los inherentes al conflicto de intereses (arts. 231.2 b) y 236 LSC)[819]. No obstante, la definición legal, constituyendo un gran avance en la delimitación del concepto de administrador de hecho, sin embargo no elimina las incertidumbres que se generan al examinar por una parte el caso concreto de si una persona ha actuado como administrador de hecho de la sociedad, siendo especialmente relevante en el ámbito de los delitos societarios esa delimitación, y por otra parte en atención a los términos utilizados por el legislador en relación al ejercicio indirecto a

[817] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción …, Volumen I*, *op. cit.*, p. 1182.
FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.*, pp. 72-74: Para este autor la figura de administrador de hecho puede abarcar los siguientes supuestos: a) Aquél en el que no exista nombramiento o designación formal de la persona que efectúa los actos de administración, sino que a través de un mandato tácito o implícito desempeña todas o alguna de las funciones propias del administrador de la sociedad; b) Cuando tras la revocación de un administrador, éste continúa desempeñando las funciones del cargo de administrador y c) El administrador que dimite y sigue desempeñando las funciones del cargo de administrador. En todo caso como afirma este autor, el administrador de hecho lo será aquel que ejerce la actividad de administración de la sociedad sin estar legalmente legitimado para ello.

[818] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción …, Volumen I*, *op. cit.*, p. 1182: Este autor critica la definición de administrador de hecho oculto ya que bastaría con que los administradores de la sociedad siguieran las indicaciones esporádicas del primero para considerar a este administrador de hecho. Parece por tanto necesario que las indicaciones o instrucciones que dé el administrador de hecho u oculto sean continuas y que sean seguidas las mismas por los administradores.

[819] VICENT CHULIÁ, F.: *Idem*, pp. 1218-1219: Tal y como afirma este autor se echa de menos en la lista del art. 231 LSC la mención al *administrador oculto* y al socio de control, como supuestos de administrador de hecho *(shadow director)*, de forma que sin revestir en un caso y otro la condición de administrador, sin embargo, imparten instrucciones al administrador y dirigen la sociedad.
En cuanto a la distinción entre administrador de hecho y administrador oculto *Vid.* RODRÍGUEZ DÍAZ, I.: "El administrador oculto", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 138, 2015: "Lo cierto es que siendo ambas categorías supuestos de administración fáctica, nos encontramos en presencia de dos figuras próximas por los rasgos que comparten pero no idénticas, lo que a la hora de decidir sobre la actuación de un sujeto en calidad de administrador de hecho en sentido estricto o de administrador oculto, requerirá demostrar la concurrencia de una serie de requisitos diferentes en cada caso, a fin de poder extender y aplicar al individuo en cuestión las normas legales sobre responsabilidad de los administradores de derecho por su condición de administrador de hecho……Para calificar entonces a un sujeto de administrador oculto, tendría que verificarse su influencia efectiva en el órgano administrativo de la compañía, circunstancia que quedaría confirmada si el administrador único, cualquiera de los administradores solidarios, todos los administradores mancomunados y la mayoría de los miembros del Consejo de administración suelen seguir regularmente sus instrucciones".

través de intermediarios, *aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad*, así como si a los mismos se les aplica el régimen de responsabilidad de los administradores previsto en el art. 367 LSC[820].

Para la delimitación del concepto de administración a los efectos de los delitos societarios, resulta importante distinguir entre el concepto civil y penal de administrador de hecho. No hay que olvidar que el Derecho penal goza de autonomía respecto del Derecho mercantil, en el sentido que nociones técnicas procedentes de este último pueden experimentar una transformación cuando entran en contacto con el Derecho penal[821]. En el ámbito civil se busca imputar la actividad de los administradores de hecho a la sociedad, sobre la base de la legítima confianza que en terceros a la sociedad haya podido generar la relación notoria entre el administrador de hecho y la sociedad. Mientras que desde el punto de vista estrictamente penal lo que interesa es atribuir la responsabilidad penal a la persona que de hecho desempeña las labores de administración y comete un delito societario al realizar alguna de las conductas previstas en los arts. 290 a 294 CP[822].

V. 2. Concepto penal de administrador de hecho

Tal y como hemos podido ver, no existiendo dudas respecto de la figura del administrador de derecho, y su integración de las normas extrapenales para tener un complemento conocimiento de su concepto y funciones, al Derecho penal, el concepto que le plantea importantes problemas de determinación es el de administrador de hecho[823]. De forma que en atención a la amplitud que se quiera dar a la figura del administrador de hecho, se estará trazando un ámbito de intervención penal más amplio o limitado. En otras palabras, en cuanto que la figura de administrador de hecho aparece como contrapuesto al administrador de derecho, los contornos que fija la legislación

[820] RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S.: "La delimitación de la figura del administrador de hecho", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 301, 2016.
[821] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios..., op. cit.,* p. 55.
[822] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos…, op. cit.,* pp. 74-75.
[823] RÍOS CORBACHO, J.M.: *El Administrador…, op. cit.,* p. 87: "Además el administrador de hecho es el que tiene preponderancia sobre el de derecho, cuando el primero de éstos puede decidir sin condicionamiento ni dependencia alguna sobre determinados aspectos de la administración que constituyen la estructura social en la que se encuentra el objeto penalmente protegido; aquí se puede señalar que existe un domino social que le hará responsable, a la vez, que al administrador de derecho, por ello, esta situación de predominio del administrador de hecho frente al de derecho hace, que mientas se mantengan los parámetros del ejercicio de sus funciones por parte del administrador de derecho se trate también de un supuesto de coautoría". En el mismo sentido RÍOS CORBACHO, J.M.: "Delitos …", en ACALE SÁNCHEZ, M. (Coordinación): *Lecciones..., op. cit.*, p. 140: "De modo que se puede definir al administrador de hecho, desde el punto de vista penal, como todos aquellos que de facto ejerzan las funciones o realicen los actos propios del desempeño de dicho cargo sin tener formalizado su nombramiento conforme a las disposiciones legales"

extrapenal para determinar a los administradores de derechos sirven a su vez para definir los requisitos máximos y mínimos que debe cumplir una persona para ser considerado administrador de hecho[824]. En los delitos societarios, la figura del administrador de hecho se introduce en el CP de 1995, ya que como venía reclamando por la doctrina, evidentes razones de política criminal, aconsejaban no dejar a los administradores de hecho al margen de los delitos societarios, porque en caso contrario se estaría favoreciendo a los que por desidia o negligencia no hubieran regularizado el nombramiento de administradores con el cumplimiento de sus requisitos formales como es la inscripción en el RM; y peor todavía, a aquellos que dolosamente hubieran creado una situación irregular para sustraerse del ámbito de aplicación de los delitos societarios, con las consecuencias que sobre la impunidad o problemas de legalidad se podrían generar por su exclusión del tipo penal[825]. El CP de 1995 introduciendo la figura del administrador de hecho, ha opuesto los conceptos de administrador de hecho y de derecho como manera de evitar las situaciones indeseadas desde el punto de vista de la punición, respecto de aquellos sujetos que estén ejerciendo las funciones de administrador, pudiendo afectar con su conducta al bien jurídico protegido por los delitos societarios, y sin embargo su nombramiento no sea válido por no cumplir los requisitos establecidos en la legislación mercantil[826].

Pero el concepto jurídico-mercantil de administrador de hecho del art. 236.3 LSC resulta insuficiente desde el punto de vista del Derecho penal. Y ello es debido a que en el ámbito penal, el concepto de administrador de hecho, no debe quedar limitado exclusivamente a la definición jurídico-mercantil, que lo limita a las situaciones en las que existe una irregularidad de índole formal, sino que por el contrario deberá ser examinado de acuerdo con las reglas de interpretación reservadas para las normas penales, dándole una interpretación más amplia que trasciende de la pura relación jurídico-mercantil y que alcanza a la relación material y fáctica entre el sujeto y el bien jurídico protegido en los tipos penales societarios[827]. DEL ROSAL BLASCO define a los administradores de hecho desde el punto de vista penal, como "los que de facto ejercen las funciones del cargo de administrador o realicen los actos materiales inherente al

[824] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* p. 61
[825] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Idem,* p. 58
[826] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Idem,* p. 60
[827] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial ... op. cit.* p.473. Y del mismo autor MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (XI): delitos societarios" en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coordinador) y otros: Derecho Penal. *Parte Especial. ... op. cit.* p. 544.

desempeño del mismo y que estén descritos en los correspondientes tipos penales societarios, habiendo sido designados como tales por la sociedad, pero sin tener perfeccionado o formalizado su nombramiento, de acuerdo con las disposiciones legales, por estar afectos a una causa de nulidad o por no haber sido inscritos o tener el cargo caducado"[828]. Siendo perfectamente válida la definición anterior, no obstante, la considero excesivamente restrictiva. Entiendo que, en el ámbito del derecho penal, se debe otorgar al concepto de administrador de hecho, un significado amplio, en el que se atiende no tanto a la relación formal entre el administrador y la sociedad, como a la relación material fáctica ente el sujeto activo y el bien jurídico protegido, interpretación resulta más acorde en la configuración por el legislador de los delitos societarios como delitos especiales[829].

Una de las cuestiones más debatidas se encuentra en saber si hace falta un mínimo de requisitos formales propios de la normativa extrapenal, y en concreto del derecho de sociedades, para ser considerado administrador de hecho a efectos penales. Y en tal sentido resulta evidente que al menos el administrador de hecho en el ámbito de los delitos societarios y su capacidad para ser sujeto activo de los mismos requiere que al menos tenga una capacidad de lesionar el bien jurídico protegido del tipo penal societario de que se trate. Es decir, la necesidad de vincular la condición de sujeto activo a la disponibilidad de los poderes o facultades que a su vez le permitan la ofensa del bien jurídico protegido. Y esta posición adquiere más fuerza en el ámbito de los delitos societarios, ya que estamos ante delitos especiales de dominio, que se caracterizan por el dominio que sobre la estructura del bien jurídico protegido ejercen los sujetos activos, que a su vez determina su necesidad de protección por el Derecho penal[830]. En otras palabras, lo decisivo en los delitos societarios no va a ser el estatus formal con el que se describe al sujeto activo del

[828] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* p. 63.
En el mismo sentido DIAZ ECHEGARAY, J.L.: *La Responsabilidad…, op. cit.*, p. 99: "Dentro de la casuística de los administradores de hecho es posible distinguir dos grupos: a) Los que, sin ocupar formalmente cargo alguno, de hecho, controlan y gobiernan la sociedad sustituyendo a los administradores o ejerciendo sobre ellos una influencia decisiva. b) Los que ocupando formalmente el cargo de iure no lo ostentan por estar afectado su nombramiento por algún vicio, sea de fondo o de forma."
[829] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios..., op. cit.,* p. 55.
[830] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* p. 64.
En el mismo sentido HERNÁNDEZ SAINZ, E.: *La Administración de sociedades de capital por personas jurídicas. Régimen jurídico y responsabilidad.* Madrid, Civitas, 2014: "La clave para considerar a un sujeto administrador de hecho a efectos penales reside en determinar si posee poderes o facultades que permiten la ofensa del bien jurídico protegido en las mismas condiciones que un administrador de derecho. La condición de sujeto activo viene determinada por el dominio sobre la vulnerabilidad jurídico penalmente relevante del bien jurídico, esto es, por el hecho de poseer el dominio sobre la concreta estructura social en la que el bien jurídico se halla necesitado de protección".

delito, ni la infracción de un deber extrapenal, sino la *relación de dominio* que tiene el sujeto activo con el bien jurídico protegido[831]. En tal sentido será administrador de hecho quién sin tener la consideración de administrador de derecho, por falta de nombramiento e inscripción del cargo, sin embargo, tenga un poder real que ejerce sobre la persona jurídica[832]. El administrador de hecho realiza una actuación idéntica al administrador de derecho, que tiene atribuido, como hemos visto, las funciones de gestión y representación de la sociedad, y en tal sentido el administrador de hecho debe poder gestionar, para lo que necesariamente deberá contar con el consentimiento de la sociedad o un poder de dominio sobre la misma que le reconoce la propia sociedad, así como el poder de representarla frente a terceros para lo que necesita una actuación *ad extra* no oculta. En otras palabras, en el administrador de hecho debe existir una relación externa del agente con el bien jurídico sobre el que tiene una posición de dominio (teoría del dominio social), y por otra parte es necesario que realice una acción típica y produzca lesión o peligro al bien jurídico de forma idéntica al que realizaría el administrador de derecho, debiendo tener para ello las facultades de gestión o administración, aunque no cumpla con los requisitos formales exigibles en la legislación extrapenal[833].

De acuerdo con la teoría del dominio social, el administrador de hecho tiene una posición de dominio sobre la sociedad análogo al que tiene el administrador de derecho, lo que conlleva un reconocimiento de la sociedad, al menos de forma tácita de esos poderes o facultades y una actuación frente a terceros. De acuerdo con esta teoría, tal y como dice FARALDO CABANA quedaría fuera del derecho penal el administrador de hecho como administrador oculto (*shadow director*), ya que no estaría realizando una

[831] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit.* pp. 56-57: El concepto de administrador de hecho se puede distinguir en los delitos de dominio y en los delitos de infracción de un deber. Así, el administrador que no ha sido nombrado y que sin embargo ejerce las funciones de tal, responde de los delitos de dominio como si de un administrador de derecho se tratara y sin que interese penalmente si el administrador esté nombrado ineficazmente o actúe sin nombramiento, bastando con que cuenta con el consentimiento de los socios. Y ello se fundamenta en que en los delitos de dominio el principio que fundamenta la responsabilidad es la liberad de organización que se produce en estos casos. Sin embargo, en aquellos delitos de infracción de un deber, como son los delitos de falsedad de cuentas anuales y documentos mercantiles del art. 290 CP y de la obstaculización a la actuación inspectora o supervisora del art. 294 CP (en sentido estricto este el único delito societario de infracción de un deber) el concepto de administrador de hecho debe restringirse, ya que difícilmente podrá llevar a cabo la conducta tipificada, lo que hará que en estos delitos el concepto de administrador de hecho debe verse caso por caso para determinar quién, en ausencia de nombramiento, tiene acceso al domino social sobre el bien jurídico, ya que ese dominio se erige en el fundamento material de los elementos especiales de la autoría. En el mismo sentido DEL ROSAL BLASCO, B.: "El concepto …" en DEL ROSAL BLASCO, B. (coord.): *Derecho penal…, op. cit.,* pp. 223 y ss.

[832] EIRANOVA ENCINAS, E.: *La responsabilidad…, op. cit*., p. 105.

[833] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit.,* p. 57.

actuación *ad extra* frente a terceros. De forma que aquellos no serían sujetos activos de los delitos societarios, aun teniendo el control de la sociedad, ya que lo estarían ejerciendo a través de testaferros o hombres de paja nombrados regularmente evitando revelarse frente a terceros [834]. No obstante, no podemos compartir esta posición, y debemos entender que el *shadow director* o administrador oculto, fiduciarios es un verdadero administrador de hecho de la que el testaferro es el administrador de derecho, recayendo la responsabilidad penal por la comisión de un delito societario en ambos, siempre que en el caso del testaferro se pueda acreditar una mínima actividad y un conocimiento de la actividad delictiva[835]. Y en cuanto que la inclusión a los administradores de hecho en los distintos tipos penales societarios no puede constituir una excepción a las reglas de autoría y de participación, nos lleva a hablar de autoría mediata en los casos en los que la sociedad actúa a través de testaferros o personas físicas o jurídicas interpuestas. Siendo la autoría mediata perfectamente aplicable en el ámbito de los delitos societarios[836]. Es decir, los casos en los que existe un hombre delante, que no responde como autor del delito societario y un hombre de detrás, que sí responde como autor del mismo. De esta forma con el concepto de administrador de hecho sirve en los delitos societarios para aplicar a los mismos, los casos de autoría mediata, en los supuestos de utilización de sujetos fiduciarios o sociedades interpuestas, en los que los administradores de hecho tienen el poder de decisión en la empresa y que utilizan a simples administradores de derecho como instrumentos para la comisión de los delitos[837]. Ante la comisión de un delito societario

[834] FARALDO CABANA, P.: *Idem,* pp. 58-59. En el mismo sentido y de la misma autora FARALDO CABANA, P.: *El delito…, op. cit.,* p. 79-80 que refiriéndose al "administrador oculto afirma: "Tal sujeto no responde como administrador, puesto que falta la exteriorización de las funciones, característica tanto del administrador de derecho como del administrador de hecho; su conducta se encuadra en la participación (inducción, cooperación necesaria o complicidad) en el delito societario cometido por el administrador".

[835] CORCOY BIDASOLO, M.: "Mecanismos de atribución de responsabilidad penal individual en la empresa: Responsabilidad de los órganos de administración, asesores y oficiales de cumplimiento" en DEMETRIO CRESPO, E. (dir.), DE LA CUERDA MARTÍN, M. (coord.) y GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F. (coord.): *Derecho Penal Económico y Teoría del Delito.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 109 y ss.

[836] DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y POLO VEREDA, J.: *Problemas …, op. cit.*, p. 100: "Con excepción del artículo 292 CP, el que no reúne tales características, esto es, el no administrador de hecho o de derecho o el no socio, según el tipo correspondiente, no puede ser nunca autor mediato".

[837] FERRÉ OLIVÉ, J. C.: "Sujetos …", *op. cit.*, pp. 21 y ss.*: "*Utilización de fiduciarios o testaferro. Será administrador de hecho todo aquel que gobierne una sociedad desde la sombra, utilizando personas interpuestas como administradores de derecho de la sociedad. Este es, sin duda, un aspecto muy importante y discutido. El administrador oculto no exterioriza sus funciones de administración, pero domina la sociedad. Su peligro potencial para los bienes jurídicos es mucho mayor por la situación de impunidad en la que se quiere colocar, intentando eludir de forma directa sus responsabilidades. Fácticamente domina la sociedad y ejerce funciones de administración". Y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: "Desarrollos de la dogmática de la autoría en el Derecho penal económico y empresarial. Peculiaridades a la luz de la concepción significativa de la acción (y del Código penal español)" en DEMETRIO CRESPO, E. (dir.),

concreto, para poder ver la autoría de este, habrá que ver en cada caso concreto la estructura y organización de la sociedad, y así atribuir responsabilidad al verdadero autor de la misma, ya sea el administrador de derecho o el de hecho o a ambos[838].

La convivencia de administrador de hecho y de derecho resulta muy frecuente sobre todo en el ámbito de las sociedades familiares, en los que existen vínculos de parentesco entre el administrador de hecho y de derecho o cuando se designa un administrador de derecho a una persona insolvente para eludir responsabilidades y eludir prohibiciones o incompatibilidades que afectan al administrador de hecho. En estos casos, el administrador de derecho será el autor y el administrador de hecho estará actuando como inductor si es el que le da las instrucciones o indicaciones al primero para que actúe. Y en el caso que el administrador de derecho sea una testaferro, en ese caso, y con base en la teoría del dominio antes vista, el administrador de hecho responderá como autor del delito societario y el administrador de derecho como autor mediato a título de cómplice o de cooperador necesario. La responsabilidad penal del testaferro en los delitos societarios dependerá que no sea un mero instrumento utilizado por el administrador de hecho, sino que por el contrario tenga pleno conocimiento de los hechos delictivos requiriendo para ello que su conducta sea igualmente dolosa. Entiendo que no resulta correcto en estos casos la utilización por los tribunales en determinadas ocasiones de la doctrina de la ignorancia deliberada con base en los conocimientos que se le pueden exigir al testaferro en su condición de administrador de derecho derivado de sus deberes de diligencia y lealtad, ya que ello resulta contrario con el principio de presunción de inocencia y el principio del carácter subjetivo e individual de la responsabilidad penal[839].

DE LA CUERDA MARTÍN, M. (coord.) y GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F. (coord.): *Derecho Penal Económico y Teoría del Delito.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 257 y ss.: Refiriéndose este autor a la posible impunidad del administrador de hecho que utiliza un testaferro como administrador de derecho, quién a su vez desconoce sus obligaciones jurídicas de forma que resulta inimputable. En este caso se deberá acudir al criterio de la accesoriedad mínima objetiva para castigar la participación adoptándose el esquema teórico de la concepción significativa, pudiéndose castigar al administrador de hecho no como autor, pero sí como partícipe.

[838] GALLEGO SOLER, J.I.: "Criterios …", *op. cit.* p. 76.

[839] PÉREZ MANZANO, M.: "La delimitación entre pruebas y subsunción del dolo en derecho penal económico: el caso de los testaferros" en DEMETRIO CRESPO, E. (dir.), DE LA CUERDA MARTÍN, M. (coord.) y GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F. (coord.): *Derecho Penal Económico y Teoría del Delito.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 348-349: "Por tanto, en este caso, pretender que, por figurar formalmente como administrador, se "han de tener" los conocimientos necesarios de la gestión de la empresa o los específicos de la actividad concreta, constituye un razonamiento carente de la racionalidad necesaria para establecer una inferencia inductiva a partir de una máxima de experiencia. En suma, afirmar que el sujeto "tenía que conocer" porque figuraba como administrador vulnera desde cualquier perspectiva el derecho a la presunción de inocencia en la medida en que configura inferencias inductivas que no superan

Siguiendo a FARALDO CABANA, existen una serie de supuestos dudosos en los que faltando los requisitos formales que desde el punto de vista jurídico-privado podrían determinar que estemos en alguno de los supuestos del art. 236.3 LSC, pero que sin embargo suponen que en el ámbito penal no sean de aplicación, y estemos ante verdaderos administradores de derecho teniendo importantes efectos práctico, siendo los siguientes: *la aceptación tácita o implícita de nombramiento de administrador*. En este caso no podemos considerar que exista un administrador de hecho ya que es una posibilidad legalmente prevista en el art. 214.3 LSC, por lo que en los casos de aceptación tácita o implícita de nombramiento de administrador estaremos ante un verdadero administrador de derecho. *La falta de publicidad del nombramiento*, al igual que el supuesto anterior, esa falta de publicidad no impide que el nombrado que haya aceptado el cargo de administrador, ejerza sus funciones como tal, ya que la inscripción en el RM no es constitutiva (art. 215 LSC y art. 25 Cco. en relación con los arts. 96 y 138 RRM), y ello sin perjuicio de los efectos que se puedan producir respecto de los terceros de buena fe que hayan contratado con la sociedad, de acuerdo con lo que consta en el RM inscrito. *La nulidad inicial del nombramiento por existir una causa originaria o sobrevenida de inelegibilidad*. En este caso, en cuanto que la doctrina de los actos nulos del art. 6.3 CC permite que pueda existir un efecto distinto para el caso de contravención, el art. 224.1 LSC prevé la destitución inmediata de los administradores que se encuentren en tal situación, lo que conlleva a sensu contrario, que el nombramiento es eficaz en tanto no se produzca la citada destitución y en consecuencia estaremos ante un administrador de derecho. *La renuncia válida o sobrevenida*: en este caso la renuncia no produce sus efectos hasta que es aceptada por el órgano de administración, en consecuencia, el administrador sigue siendo administrador de derecho hasta ese momento. Piénsese que la renuncia no podrá darse en aquellos casos que el órgano quede inoperante por falta de quórum para su válida constitución (art. 245.2 LSC). *La revocación expresa realizada por la junta general de acuerdo con el art. 223.1 LSC* en cuyo caso siguen siendo administradores de derecho mientras no se produzca esa revocación, quedando subordinada su eficacia frente a terceros a la inscripción de la revocación en el RM[840]. Y

la duda razonable: o implica la sustitución de la prueba del conocimiento por el deber de conocer o suponer la aplicación de una máxima de experiencia débil -para todo administrador real- o inaplicable al caso de los testaferros".

[840] GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: *Curso …, op. cit.,* pp. 100-101*: "*No parece que pueda mantenerse la ficción legal del administrador de derecho por el mero hecho de la no cancelación registral de un nombramiento. Pero ciertamente, nada se opone a que estos supuestos entren a formar parte de la categoría penal específica-

a conclusiones análogas llegaremos en el caso de dimisión de los administradores. Y finalmente *el cese en el cargo por cumplimiento del término*: en este supuesto entra en juego el art. 145.1 RRM de forma que los administradores, aunque haya vencido el término para el que fueran nombrados, siguen en el cargo hasta la celebración de la primera junta general que debe aprobar las cuentas anuales del ejercicio en el que les ha vencido el cargo, y hasta ese momento, siguen siendo administradores de derecho, y la duda se plantea si celebrada esa junta general, y no renuevan el cargo los que lo tengan caducado o no se nombra otros administradores que les sustituyan. Lo que resulta evidente es que la sociedad no puede quedar descabezada y sin órgano de gobierno, de forma que mientras no se nombren nuevos administradores los anteriores seguirán en ejerciendo las funciones de administradores, aunque tengan el cargo caducado, y por tanto no podemos considerar que estamos ante administradores de hecho, sino que habrá que entender que son verdaderos administradores de derecho, pero con el cargo caducado y pendiente de nuevo nombramiento[841].

V. 3. Concepto de administrador de hecho en la jurisprudencia

V. 3. 1. Jurisprudencia de la Sala 1ª del TS en relación con el administrador de hecho

El Tribunal Supremo se ha encargado de delimitar el concepto de administrador de hecho mediante una jurisprudencia muy consolidada. En tal sentido la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 421/2015 de 22 julio[842] en su FD 16 recoge la doctrina jurisprudencial sobre el concepto de administrador de hecho, haciendo remisión expresa a la STS 721/2012, de 4 de diciembre (RJ 2013, 2405), y en tal sentido entiende que son administradores de hecho:

> "quienes, sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades, pero no a quienes actúan regularmente por mandato de los administradores o como gestores de éstos, pues la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador con inobservancia de las formalidades mínimas que la Ley o los estatutos exigen para adquirir tal

y muy diferente de la mercantil- de los administradores de hecho, ya que, en caso contrario, se produciría una efectiva desprotección de los terceros frente a esta clase de delitos, pese a que en sus relaciones con la sociedad están amparados por los efectos de la publicidad del RM".

[841] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit.,* pp. 66-72.

[842] STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 421/2015 de 22 julio RJ\2015\3512.

condición (sentencias 261/2007, de 14 marzo (RJ 2007, 1793) , 55/2008, de 8 de febrero (RJ 2008, 2664) , 79/2009 , de 4 de febrero. (RJ 2009, 1364), 240/2009, de 14 de abril (RJ 2009, 2897), 261/2007, de 14 de marzo (RJ 2007, 1793)). Es decir, cuando la actuación supone el ejercicio efectivo de funciones propias del órgano de administración de forma continuada y sin sujeción a otras directrices que las que derivan de su configuración como órgano de ejecución de los acuerdos adoptados por la junta general" [843].

La STS núm. 421/2015 de 22 julio establece que en la noción de administrador de hecho existe un elemento negativo consistente en carecer de la designación formal de administrador, con independencia de que lo hubiera sido antes, o de que lo fuera después, *y* hay tres elementos caracterizadores en la el administrador de hecho: debe desarrollar una actividad de gestión sobre materias propias del administrador de la sociedad; esta actividad tiene que haberse realizado de forma sistemática y continuada, esto es, el ejercicio de la gestión ha de tener una intensidad cualitativa y cuantitativa; y se ha de prestar de forma independiente, con poder autónomo de decisión, y con respaldo de la sociedad. La citada STS establece que cabe la posibilidad que el administrador de hecho sea oculto (*shadow director*), ya que no se exige que el administrador de hecho actúe de forma directa o en primera persona, por lo tanto, de modo aparente y notorio, como ahora ha recogido expresamente el art. 236.3 LSC, tras la reforma de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre. Así el administrador de hecho puede concurrir con los administradores de derecho, tal y como dice la citada Sentencia:

"Es cierto que, en principio, bajo la reseñada noción jurisprudencial de administrador de hecho, podría resultar contradictorio que en la exigencia de responsabilidad por una actuación concreta pudieran concurrir como sujetos responsables el administrador de derecho y el administrador de hecho. La concurrencia de este último exige que, por ejercer de facto la gestión de la sociedad, el poder de dirección, de forma soberana e independiente, el administrador de derecho carezca de la autonomía de decisión propia del cargo, porque la tenga supeditada al administrador de hecho. Y ello con independencia de que éste sea administrador de hecho notorio o que lo sea oculto, y que actúe por medio del administrador de derecho".

Y sin que ello suponga como dice la Sentencia STS núm. 421/2015 de 22 julio que el administrador de derecho pueda eludir su responsabilidad. En este sentido, en la citada Sentencia 721/2012, de 4 de diciembre establece:

[843] STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 721/2012 de 4 diciembre RJ\2013\2405. FD Sexto: 4. "Valoración de la Sala. 4.1. Los administradores de hecho*...".*

> "Aunque no cabe descartar la posible coexistencia de administradores de derecho puramente formales con otro u otros de hecho -singularmente cuando se acredita que la designación formal tiene por objeto eludir la responsabilidad de quien realmente asume el control y gestión de la sociedad bajo la cobertura del apoderamiento-, como regla quién debe responder de los daños derivados de la administración lesiva es el administrador de derecho (Sentencias 261/2007, de 14 marzo (RJ 2007, 1793) ; 55/2008, de 8 de febrero (RJ 2008, 2664)), ya que, como afirman las Sentencias 509/1999, de 7 de junio (RJ 1999, 4730) , y 222/2004, de 22 de marzo (RJ 2004, 1661) , "al existir un administrador nombrado legalmente es el auténtico responsable de la marcha de la sociedad".

Y ello es así debido a que legalmente hay determinadas conductas que sólo puede realizar quién es administrador de derecho, como son la formulación de las cuentas anuales cuya y la convocatoria de la junta general.

V. 3. 2. Jurisprudencia de la Sala 2ª del TS en relación con el administrador de hecho

Frente al concepto de administrador de derecho, que no plantea problemas algunos su determinación en cuanto que basta su remisión a la normativa extrapenal, sin embargo, existen mayores dificultades en la jurisprudencia penal en la determinación del concepto de administrador de hecho. En este sentido, la mencionada STS núm. 598/2012 de 5 julio que remite a su vez a la doctrina fijada por la STS (Sala de lo Penal) núm. 816/2006 de 26 julio, define a los administradores de hecho en los siguientes términos:

> "…todos los demás que no son administradores de derecho y que hayan ejercido tales funciones en nombre de la sociedad, siempre que esto se acredite, o los que ofrezcan alguna irregularidad en su situación jurídica, por nombramiento defectuoso no aceptado, no inscrito o caducado; o prescindiendo de conceptos extrapenales, se entenderá por administrador de hecho a toda persona que por sí sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad, y concretamente los expresados en los tipos penales, quien de hecho manda o gobierna desde la sombra"[844].

[844] STS (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 816/2006 de 26 julio RJ\2006\7317. FD Segundo: *"*En efecto por administradores «de derecho» se entiende en cada sociedad los que administran en virtud de un título jurídicamente válido y en la sociedad anónima los nombrados por la Junta General (art. 123 LSA o, en general, los que pertenezcan al órgano de administración de la Sociedad inscrita en el RM. Los «de hecho» serán todos los demás que hayan ejercido tales funciones en nombre de la sociedad, siempre que esto se acredite, o los que ofrezcan alguna irregularidad en su situación jurídica, por nombramiento defectuoso no aceptado, no inscrito o caducado; o prescindiendo de conceptos extrapenales, se entenderá por administrador de hecho a toda persona que por sí sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad, y concretamente los expresados en los tipos penales, quien de hecho manda o gobierna desde la sombra*"*.

En el mismo sentido la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 86/2017 de 16 febrero RJ\2017\1910 FD Octavo. Y recogiendo toda esta línea jurisprudencia la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Caso Arte y Naturaleza. núm. 94/2018 de 23 febrero[845] en su FD Cuarto considera al administrador de hecho, siendo coincidente con el nuevo art. 236.3 LSC, el que, sin título suficiente, desempeñe, sin embargo, las funciones propias del administrador en la materia que resulta fácticamente de su competencia, adoptando decisiones que son respetadas y ejecutadas por los demás como si procediesen de un administrador nombrado con todas las formalidades previstas en la ley. El elemento decisorio en la jurisprudencia penal para delimitar la figura del administrador de hecho se encuentra en que éste ejerza funciones de administración, tal y que ahora el art. 236.3LSC ha ampliado al administrador oculto pero que ya se avanzaba por la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 59/2007 de 26 enero que declaraba:

> *"*Una concepción restringida incluiría en su entendimiento al concepto puramente mercantil del término, es decir, aquél que pudiendo ser administrador de derecho no pueda, todavía, serlo por no reunir las condiciones de nombramiento, por falta de aceptación o de inscripción registral o de mantenimiento y prórroga del mandato, o supuestos de formación social a los que se alude en preceptos del ordenamiento mercantil. Esta acepción supondría una subordinación del ordenamiento penal al mercantil sin base legal que lo permitiera y dejando al margen del derecho penal situaciones fácticas del mundo negocial en el que intervienen personas con funciones reales de administración formalmente no señaladas en sus respectivas normas de funcionamiento……Se ha de integrar en su comprensión a las situaciones de ejercicio real de las funciones de administración dando preferencia a la realidad económica y negocial frente a la realidad registral, de manera que puedan solventarse a través de esta concepción los supuestos de autoría mediata o de la inducción y cubrirse lagunas de

[845] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Caso Arte y Naturaleza. núm. 94/2018 de 23 febrero RJ\2018\964. En el mismo sentido STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 436/2023 de 7 junio, RJ 2023\3428. Caso Caja de Ahorros del Mediterráneo que citando la STS 552/2021, de 23 de junio (RJ 2021, 2915), dice en su FD 8.3: "…La jurisprudencia de esta Sala, por su parte, ha entendido de forma sustancialmente coincidente con lo que recogió el citado precepto, que es administrador de hecho el que, sin título suficiente, desempeñe, sin embargo, las funciones propias del administrador en la materia que resulte fácticamente de su competencia, adoptando así decisiones que son respetadas y ejecutadas por los demás como si procediesen de un administrador nombrado con todas las formalidades previstas en la ley. En este sentido se decía en la STS 86/2017, de 16-2 (RJ 2017, 1910), que se entenderá por "administrador de hecho a toda persona que por sí sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad y concretamente las expresadas en los tipos penales, quien de hecho manda o quien gobierna desde la sombra. La condición del sujeto activo debe, por ello, vincularse a la disponibilidad de los poderes o facultades que permitan la ofensa del bien jurídico protegido, la condición de sujeto activo lo define el dominio sobre la vulnerabilidad jurídico penalmente relevante del bien jurídico" (STS 94/2018, de 23-2 (RJ 2018, 964))".

> punibilidad aprovechando las formalidades previstas en el ordenamiento para la administración de la sociedad" [846].

En consecuencia, de acuerdo con la consolidada jurisprudencia penal del TS, será administrador de hecho quién, sin ostentar formalmente la condición de administrador de la sociedad, ejerza poderes de decisión de la sociedad y concretando en él los poderes de un administrador de derecho. Es la persona que, en realidad manda en la empresa, ejerciendo los actos de administración, de obligación de la empresa, aunque formalmente sean realizadas por otra persona que figura como su administrador (testaferro). En esta concepción de administrador de hecho "no ha de estarse a la formalización del nombramiento, de acuerdo con la respectiva modalidad societaria, ni a la jerarquía en el entramado social, sino a la realización efectiva de funciones de administración, del poder de decisión de la sociedad, la realización material de funciones de dirección. Son muchas las situaciones que pueden plantearse, normalmente referidas a apoderados para obligar a la sociedad, y será la concurrencia de una dirección real de la sociedad la que marque el sujeto activo del delito, en este caso, como destinatario de un deber especial de cumplir la exigencia de veracidad en la presentación anual de las cuentas de la sociedad"[847].

Más recientemente, la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 424/2018 de 26 septiembre[848] en su FD Segundo establece que el concepto de administrador de hecho es, mucho más amplio que el de administrador de derecho, porque, además, no está limitado por la noción que se contiene en la legislación mercantil sino que abarca todas aquellas hipótesis en que se ejercen funciones propias del cargo de administrador como órgano de gestión y representación de la sociedad, atribuyéndose al mismo igual responsabilidad que al administrador de derecho (art.236.1 LSC). Como dice esta Sentencia, con ello se pretende:

> "… evitar las lagunas de punibilidad que se producirían indefectiblemente si se dejasen al margen del Derecho penal situaciones de hecho en las que determinadas personas ejercen funciones reales de administración sin estar formalmente designadas…Además, materialmente estos sujetos activos se encuentran en la misma posición que los administradores de derecho para lesionar el bien o bienes jurídicos protegidos en los distintos tipos penales …El administrador de hecho es la persona que por sí sola o conjuntamente con otras, adopta o impone sus decisiones en la gestión, esto es, ejerce materialmente las

[846] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 59/2007 de 26 enero RJ\2007\1586.
[847] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 59/2007 de 26 enero RJ\2007\1586.
[848] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 424/2018 de 26 septiembre RJ\2018\4218.

funciones de dirección, gobierna en la sombra, ejerce los actos de administración que constituyen las conductas que se definen en los distintos tipos penales*".*

Por consiguiente, la jurisprudencia del orden penal vincula la condición del sujeto activo como administrador de hecho a la disponibilidad de los poderes o facultades que permiten la ofensa del bien jurídico protegido. Así la condición de sujeto activo lo define el dominio sobre la vulnerabilidad jurídico penalmente relevante del bien jurídico. De conformidad con esta concepción, la mencionada STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Caso Arte y Naturaleza. núm. 94/2018 de 23 febrero[849] hace responsable penalmente como administrador de hecho a un director general que desde 2001, se ocupó una posición en el funcionamiento de la empresa que le permitía adoptar las decisiones necesarias para la marcha del negocio ilícito. Y, además, que, como hombre de confianza del administrador único, participaba de la toma de decisiones en el núcleo duro de la dirección empresarial, lo que lo sitúa también en la posición de administrador de hecho, aun cuando sea conjuntamente con otras personas que igualmente formaban parte del referido núcleo duro, aunque éste no llegara a constituir un auténtico órgano de administración. Y en su FD Cuarto establece que la condición del sujeto activo debe, por ello, vincularse a la disponibilidad de los poderes o facultades que permiten la ofensa del bien jurídico protegido. En conclusión, la condición del administrador de hecho como sujeto activo viene definida por la posición de dominio de vulnerar penalmente el bien jurídico protegido.

V. 4. Modalidades de Administrador de hecho

V. 4. 1. El presidente de la junta general cuando no sea administrador de derecho y el secretario no consejero del consejo de administración y de la junta general

Con carácter general y así se recoge tanto en el art. 191 LSC, salvo disposición en contra de los estatutos sociales, el presidente y el secretario de la junta general serán los del consejo de administración y, en su defecto, los designados por los socios concurrentes al comienzo de la reunión. En consecuencia, cabe que estatuariamente se prevea el nombramiento de un presidente y un secretario para la junta general en los que no concurra la condición de miembros del consejo de administración y por tanto que no sean administradores de derecho. En los casos en los que la junta general esté presidida por

[849] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Caso Arte y Naturaleza. núm. 94/2018 de 23 febrero RJ\2018\964.

persona distinta del presidente del consejo, y que por tanto no tiene la condición de administrador, que puede ser incluso un socio sin cargo alguno en la sociedad, cabe plantearse la posible responsabilidad de este por la comisión de alguno de los delitos societarios. Y en concreto de los delitos de falsedad contable y documental previsto en el art. 290 CP y el delito de impedimento del ejercicio de los derechos del socio previstos en el art. 293 CP. Incluso también en la adopción por la junta general de los acuerdos abusivos o lesivos por medios fraudulentos previstos en los art. 291 y 292 CP respectivamente. En mi opinión, siguiendo la posición de dominio de vulnerar el bien jurídico protegido, en estos supuestos, estamos ante verdaderos administradores de hecho, susceptibles de ser sujetos activos de los delitos societarios antes mencionados[850]. Y lo mismo pasará respecto del secretario no consejero, tanto en su actuación en el consejo de administración en el que no ostente el cargo de administrador, como en la junta general en la que participe, ya que en un caso y en otro le corresponden las importantes tareas de redactar la convocatoria, las actas y certificar los acuerdos que se adopten para su elevación a escritura pública, en definitiva unas facultades de control y vigilancia de que los acuerdos que se adoptan por el consejo de administración o la junta general son conformes a derecho[851].

V. 4. 2. El letrado asesor del consejo de administración y del consejo rector de las cooperativas

Distinta de la figura del secretario del consejo es la del letrado asesor del mismo, que puede actuar junto al secretario del consejo, cumpliendo la función de asesoramiento legalmente establecida o también, desempeñar el cargo de secretario, teniendo en este último caso una dimensión más completa, al realizar funciones de secretario y las propias

[850] RÍOS CORBACHO, J.M.: *El Administrador..., op. cit.,* pp. 142-143. En el mismo sentido MOYA JIMÉNEZ, A.: *La responsabilidad …, op. cit.*, p. 116: "Parece claro que son responsables penales los presidentes de las Juntas Generales de Accionistas por su condición de socio de la sociedad o, caso de no serlo, por su condición de administrador de hecho de la misma". Y FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1917: "Entre los administradores de hecho se debe incluir al presidente y secretario de la junta general cuando no son administradores de derecho".

[851] RÍOS CORBACHO, J.M.: *El Administrador..., op. cit.,* pp. 143-144. En el mismo sentido MOYA JIMÉNEZ, A.: *La responsabilidad …, op. cit.*, p. 119. En sentido contrario RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Estudios …, op. cit.,* p. 55 para quién a lo sumo el secretario no consejero tendrá la consideración de partícipe necesario en la falsedad realizada por el sujeto cualificado. *Vid.* PÉREZ CEPEDA, A.I.: "La responsabilidad penal del administrador de empresa por decisiones colegiales" en DEMETRIO CRESPO, E. (dir.), DE LA CUERDA MARTÍN, M. (coord.) y GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F. (coord.): *Derecho Penal Económico y Teoría del Delito*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 297: Esta autora distingue las relaciones horizontales en las que se encuentra el secretario del consejo cuando es consejero, y cuando no es consejero en cuyo caso queda sujeto al cumplimiento de las funciones que le asigna la LSC y la normativa interna, respondiendo en ese caso por "*culpa in vigilando*".

de asesor jurídico. Con la finalidad de garantizar que las sociedades funcionen con corrección y prevenir la adopción de acuerdos que den lugar al ejercicio de acciones de impugnación ante los tribunales, la Ley 39/1975, de 31 de octubre sobre designación de Letrados asesores del órgano administrador de determinadas Sociedades mercantiles. y el Reglamento de 5 de agosto de 1977, establecieron los requisitos legales que deben tener las sociedades mercantiles, ya sean las de capital, cooperativas[852] o de cualquier otra naturaleza jurídica, para contar obligatoriamente con un letrado asesor[853]. Entre las funciones básicas del letrado asesor se encuentran garantizar un control de legalidad sobre los acuerdos del órgano de administración, así como de las deliberaciones a las que asista aquél, pero sin que la responsabilidad de los administradores respecto a sus actos en el ejercicio de la administración de la sociedad, quede exoneradas por la intervención del letrado asesor en los mismos, pero sí permite entender que en la toma del acuerdo se ha actuado con la diligencia debida, lo que puede ser tenido en cuenta por el juez competente a la hora de delimitar el alcance de la responsabilidad de los administradores. En mi opinión, en atención a las funciones que tiene atribuidas legalmente[854], el letrado asesor del consejo de administración o del consejo rector de sociedades cooperativas tiene la condición de administrador de hecho por los actos de asesoramiento que pueda realizar en el seno del órgano de administración siempre que sus funciones vengan determinadas

[852] En el ámbito de las sociedades cooperativas la figura del letrado asesor adquiere una gran importancia, como figura distinta de la del secretario del consejo rector, que normalmente es un consejero, y en tal sentido y de acuerdo con la legislación valenciana de cooperativas, el art. 51 del Decreto Legislativo 2/2015, de 15 de mayo, del Consell, por el que aprueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas de la Comunitat Valenciana, realiza una regulación pormenorizada de las funciones del letrado asesor del consejo rector de las Cooperativas, siendo obligatorio contar con la figura del letrado asesor del consejo rector aquellas cooperativas que vengan obligadas a someter sus cuentas a auditoría externa y al que le corresponderá firmar, dictaminando si son ajustados a derecho, hayan asistido o no a la correspondiente sesión los siguientes acuerdos: a) Los acuerdos de la asamblea general o del consejo rector que sean inscribibles en cualquier registro público; b) los que se correspondan al régimen de altas y bajas de socios y al régimen disciplinario de los socios y c) los supuestos en los que exista enajenaciones de bienes de inmovilizado, en los casos en que sea competencia de la asamblea general.

[853] Deberán contar con Letrado asesor, las sociedades que cumplan los siguientes requisitos: 1º) Las sociedades domiciliadas en España de capital igual o superior a 300.506 euros, volumen de negocios de 606.000 euros o plantilla superior a 50 trabajadores; y 2º) Las sociedades domiciliadas en el extranjero cuando el volumen de negocio en las sucursales o establecimientos de España sea igual o superior a 300.506 euros o su plantilla de personal fijo supere los 50 trabajadores.

[854] Las funciones del letrado asesor se amplía a las siguientes, sin que esta enumeración se pueda considerar una lista cerrada de funciones: Control, asesoramiento, asistencia y formalización de las juntas generales de la sociedad; control, asesoramiento, asistencia y formalización de las decisiones de administradores o de las sesiones del consejo de administración; llevanza del libro registro de accionistas o socios; llevanza del libro de actas; redacción, revisión, asistencia y asesoramiento sobre contratos mercantiles y civiles; asesoramiento sobre la estructura del capital social y estructura empresarial; formalización e inscripción de acuerdos inscribibles en el RM; control de depósito de cuentas.

estatutariamente (*v. gr.* cooperativas de crédito donde el dictamen del letrado asesor en las actas y certificados es obligatorio en relación a los actos inscribibles)[855].

V. 4. 3. Los fundadores y los promotores de las sociedades de capital

En relación a los fundadores de las sociedades de capital, los arts. 21 y 28 LSC prevén que la escritura de constitución de las sociedades deberá ser otorgada por todos los socios fundadores, sean personas físicas o jurídicas, por sí o por medio de representante, quienes asumirán la totalidad de las participaciones sociales o deberán suscribir la totalidad de las acciones según sea una SRL o una SA, pudiendo incluir en la escritura y en los estatutos de las mismas, todos los pactos y condiciones que juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido. En tal sentido se establece una responsabilidad de los socios fundadores, quiénes responderán solidariamente frente a la sociedad, los socios y los terceros de la constancia en la escritura de constitución de las menciones exigidas por la ley, de la exactitud de cuantas declaraciones hagan en aquella y de la adecuada inversión de los fondos destinados al pago de los gastos de constitución, alcanzando la responsabilidad de los fundadores a las personas por cuya cuenta hayan obrado estos (art. 30 LSC). Por tanto, al tener los fundadores capacidad para ejercer funciones de administración, incluso pudiendo haber administradores ya nombrados, aquellos tienen la consideración de administradores de hecho. No obstante, existen autores como FARALDO CABANA, que entiende que en el caso de los fundadores estamos ante administradores de derecho[856]. A mi juicio, los fundadores tienen la consideración de administradores de hecho que no de derecho al no estar nombrados formalmente como tales como tales y no estar inscritos como tales en el RM[857].

En el caso de los promotores, para los supuestos de constitución sucesiva de una SA mediante la promoción pública de la suscripción de las acciones, ya sea por cualquier

[855] RÍOS CORBACHO, J.M.: *El Administrador..., op. cit.,* pp. 145-147. En el mismo sentido MOYA JIMÉNEZ, A.: *La responsabilidad penal…, op. cit.*, pp. 119-120.
[856] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit.* pp. 76-77.
[857] RÍOS CORBACHO, J.M.: *El Administrador..., op. cit.,* p. 147-149: "Mayores dificultades ha tenido la doctrina para entender que el fundador es un administrador de hecho. Algún sector doctrinal así lo ha considerado, posición que se suscribe, puesto que el propio art. 17 LSA separa a los fundadores y a los administradores de derecho diferenciando claramente a los mismos, admitiendo su identificación como administradores de hecho en virtud de la relación fáctica del sujeto con la sociedad y la posibilidad de lesionar o poner en peligro el bien jurídico". En sentido contrario MOYA JIMÉNEZ, A.: *La responsabilidad …, op. cit.*, p. 122: "Los promotore y fundadores de las sociedades mercantiles no pueden ser considerados como sujetos activos de imputación penal por delitos cometidos por la sociedad, salvo que los mismos luego desempeñen funciones de administradores en la sociedad".

medio de publicidad o por la actuación de intermediarios financieros, aquellos tienen una serie de obligaciones como es la de comunicar la fundación por suscripción pública a la CNMV y elaborar un proyecto de emisión y el programa de fundación que deberán presentar a la CNMV tal y como se prevé en los arts. 41 y ss. LSC. En consecuencia, y de forma análoga a lo que hemos dicho para los fundadores, los promotores sin estar nombrados legalmente como administradores de derecho, sin embargo, en atención a las funciones que desempeñan en la constitución sucesiva de la SA mediante suscripción pública de acciones tienen la consideración de administradores de hecho. FARALDO CABANA entiende que en el caso de los promotores estamos ante administradores de derecho[858], no obstante, en mi opinión y por razones análogas a las expuestas para los socios fundadores, los promotores tienen la consideración de administradores de hecho que no de derecho, al no tener un nombramiento formal como tales y no estar inscritos como tales en el RM.

V. 4. 4. Los administradores de derecho con el cargo caducado

Un caso especial lo constituye el supuesto en el que el administrador de derecho tiene el cargo caducado y continúa como apoderado general a modo de administrador de hecho de forma que se continúan ejerciendo funciones de gestión de la sociedad con posterioridad a la extinción del plazo señalado para el ejercicio de su función. En tal sentido la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 240/2009 de 14 abril RJ\2009\2897 entiende en relación a un administrador con cargo caducado que, si no existen administradores encargados de la gestión, la utilización de un poder general para el ejercicio de funciones sociales, cuando no existe administrador, no puede tener otro sentido que la llevanza de la gestión social como administrador de hecho[859].

V. 4. 5. Los liquidadores

El régimen de liquidación de las sociedades de capital se regula en los arts. 371 a 400 LSC de forma que con la apertura del período de liquidación cesan en su cargo los administradores, extinguiéndose el poder de representación (art. 374 LSC), asumiendo los liquidadores las funciones establecidas en la LSC y debiendo velar por la integridad del patrimonio social en tanto no sea liquidado y repartido entre los socios. La LSC prevé expresamente que se aplicará a los liquidadores las normas establecidas para los

[858] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit.* pp. 78-79.
[859] RÍOS CORBACHO, J.M.: *El Administrador..., op. cit.*, pp. 93-94.

administradores en tanto no se opongan a las normas específicas previstas para la liquidación. Y salvo disposición contraria de los estatutos o, en su defecto, en caso de nombramiento de los liquidadores por la junta general de socios que acuerde la disolución de la sociedad, los administradores al tiempo de la disolución de la sociedad quedarán convertidos en liquidadores.

Entiendo que en atención a las funciones de administración que tienen atribuidas los liquidadores durante el proceso de liquidación, tal cual prevé la LSC, los debemos considerar como verdaderos administradores de hecho y por tanto sujetos activos de los delitos societarios. Correspondiendo a los liquidadores, además del poder de representación de la misma de forma individual, las siguientes funciones: realizar aquellas operaciones que son necesarias para la liquidación de la sociedad, estando obligados a formular un inventario y un balance inicial y final con un informe completo de las operaciones de liquidación realizadas; un proyecto de división entre los socios del activo resultante; como cobrar créditos y pagar deudas; llevar la contabilidad; conservar y enajenar bienes para realizar el patrimonio de la sociedad en proceso de liquidación e informar a los socios de todas las operaciones de liquidación que vayan realizando (arts. 384 a 388 LSC)[860]. Frente a esta posición RÍOS CORBACHO considera que el liquidador tiene la consideración de administrador de derecho, al haber sido nombrado por la junta que aprueba la liquidación, y más si son los propios administradores de la sociedad los que adquieren esas funciones, en cuyo caso el liquidador seguirá conservando su condición de administrador de derecho[861]. No obstante, no podemos compartir esta posición y en mi opinión en los liquidadores estamos ante verdaderos administradores de hecho, ya que ni ejercen las funciones de administrador (sino las de liquidación), ni existe un nombramiento como tal realizado en junta general ni están inscritos en el RM como administradores, sino lo están como liquidadores.

[860] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.* p. 78-79.
[861] RÍOS CORBACHO, J.M.: *El Administrador..., op. cit.*, p. 123.
Y en el mismo sentido FARALDO CABANA que considera a los liquidadores como administradores de derecho en atención a las funciones que legalmente tienen asignadas. *Vid.* FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit.* pp. 75-76. En el mismo sentido DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y POLO VEREDA, J.: *Problemas ..., op. cit.*, p. 73. Y en el mismo sentido MOYA JIMÉNEZ, A.: *La responsabilidad ..., op. cit.*, p. 123: "Tanto si se considera administrador de derecho o de hecho, los liquidadores pueden ser sujetos activos de los delitos societarios, y pseudosocietarios cometidos por la sociedad en liquidación".

V. 4. 6. Los administradores judiciales

El régimen del nombramiento de administradores judiciales se regula en los arts. 630 a 633 LEC dentro de lo que son las normas que regulan el procedimiento de ejecución dineraria, procediendo su nombramiento por los LAJ[862]. Procederá su nombramiento cuando se embargue una empresa o grupo de empresas o acciones o participaciones que representen la mayoría del capital social del patrimonio común o de los bienes o derechos pertenecientes a las empresas, o adscritos a su explotación. También podrán nombrarse para garantizar el embargo de frutos y rentas, cuando la naturaleza de los bienes y derechos productivos, la importancia de los intereses, las rentas o los frutos embargados o las circunstancias en que se encuentre el ejecutado razonablemente lo aconsejen o cuando se compruebe que la entidad pagadora o perceptora o, en su caso, el mismo ejecutado, no cumplen la orden de retención o ingreso de los frutos y rentas. La finalidad de su nombramiento se encuentra en la aplicación del principio de mantenimiento o preservación de la empresa que se encuentra en grave situación económica[863]. Y en relación al contenido del cargo de administrador judicial, el art. 632 LEC establece que cuando el administrador judicial sustituya a los administradores preexistentes de la sociedad, y no se disponga otra cosa, los derechos, obligaciones, facultades y responsabilidades del administrador judicial serán los que correspondan con carácter ordinario a los administradores sustituidos. Pero necesitará autorización del LAJ responsable de la ejecución para enajenar o gravar participaciones en la empresa o de ésta en otras, bienes inmuebles o cualesquiera otros que por su naturaleza o importancia hubiere expresamente señalado el LAJ. Acordada la administración judicial, el LAJ dará inmediata posesión al designado, requiriendo al ejecutado para que cese en la administración que hasta entonces llevara. Las discrepancias que surjan sobre los actos del administrador serán resueltas por el LAJ responsable de la ejecución mediante decreto, tras oír a los afectados y sin perjuicio del derecho de oponerse a la cuenta final

[862] Correspondiendo su nombramiento al LAJ encargado de la ejecución. Esta previa citación de las partes realizará el nombramiento mediante decreto haciendo constar la persona que deba desempeñar tal cargo, exigencia o no de caución, forma de actuación, mantenimiento o no de la administración preexistente, rendición de cuentas y retribución procedente. Solo cuando no exista acuerdo entre las partes se pasará al Tribunal que dictó la orden general de ejecución que resolverá mediante auto lo que estime procedente sobre la administración judicial para que éste resuelva sobre el nombramiento. El nombramiento de administrador judicial se inscribirá en el RM, anotándose en el Registro de la Propiedad cuando afectare a bienes inmuebles.

[863] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.* p. 100.

que habrá de rendir el administrador judicial de la que se dará traslado a las partes y a los interventores para su posible impugnación.

En mi opinión, en cuanto que los administradores judiciales sustituyen a los administradores preexistente de las sociedades embargadas, debemos entender, que estamos ante verdaderos administradores de hecho, que tendrán que realizar las funciones antes dichas[864]. El hecho que los administradores judiciales se encuentran bajo la tutela del LAJ o del Tribunal que los haya nombrado, conlleva desde el punto de vista de la responsabilidad penal que, si los administradores actúan de acuerdo con las instrucciones que reciban de la autoridad judicial, su responsabilidad penal por los actos realizados se trasvasará al órgano designante, siempre que la actuación se haya llevado con buena fe y en virtud de un estricto seguimiento de las directrices que se le han dado. No obstante, en ningún caso la autoridad judicial podrá ostentar la condición subjetiva de administrador de hecho o de derecho exigida por el tipo penal, por lo que la actuación irregular de esos órganos judiciales, no quedará cubierta por los tipos penales societarios, sino por el delito de prevaricación judicial previsto en el art. 446 CP dentro de los delitos contra la Administración de Justicia, y que será extensible para aquellos LAJ o jueces de lo mercantil que designan de forma injusta y dolosa a personas que no tienen la acreditada idoneidad en las actividades empresariales para desempeñar el cargo de administrador judicial[865].

V. 4. 7. Los administradores concursales

La figura de los administradores concursales ha adquirido una relevancia inusitada en el tráfico jurídico mercantil español, como consecuencia de la crisis inmobiliaria y por extensión crediticia bancaria, que se inició en septiembre de 2008 mediante la quiebra de Lehman Brothers en EE. UU., y que rápidamente se extendió a nivel mundial, con efectos durísimos en la economía española. Esta crisis dio lugar a una verdadera avalancha de concursos de acreedores en los juzgados y tribunales españoles, y que desde entonces ha

[864] DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y POLO VEREDA, J.: *Problemas …, op. cit.*, p. 82; RÍOS CORBACHO, J.M.: *El Administrador..., op. cit.*, pp. 154-156; FRANCÉS LECUMBERRI, P.: *El delito…, op. cit.*, p. 290 y LÓPEZ LORENZO V. y FACORRO ALONSO: "Aspectos penales …", *op. cit.*, p. 27: Para estos autores estamos ante verdaderos administradores de derecho, pero en mi opinión al faltar los requisitos establecidos por la legislación mercantil, estamos ante administradores de hecho, posición que es mantenida por MAGRO SERVET, V.: *Delitos …, op. cit.*, p. 124: "Entendemos que los Administradores Judiciales no son sujetos activos de la comisión de los delitos societarios, puesto que realmente son funcionarios impuestos por el Juez y no los administradores originarios de la sociedad, no aplicándoseles por tanto la responsabilidad penal".

[865] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.*, pp. 100-101.

dado lugar a múltiples reformas legislativas. Así recientemente se ha regulado las situaciones de preconcurso y planes de reestructuración de deudas previsto en la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

El nombramiento del administrador concursal debe recaer en la persona natural o jurídica inscrita en el Registro público concursal que corresponda por turno correlativo en función de la clase de concurso de que se trate, siempre que hubiera hecho constar estar en condiciones para actuar en el ámbito territorial del juzgado que realice el nombramiento. Y en los concursos de mayor complejidad el nombramiento recaerá en la persona natural o jurídica inscrita en el Registro público concursal habilitada para ejercer las funciones propias del cargo en dichos concursos que el juez designe, debiendo motivar la designación en la adecuación de la experiencia, los conocimientos o la formación de la persona nombrada a las particularidades del concurso, en los términos que se determinen reglamentariamente[866]. Los administradores concursales y los auxiliares delegados deben desempeñar el cargo con la debida diligencia, del modo más eficiente para el interés del concurso, actuando con imparcialidad e independencia respecto del deudor y, si fuera persona jurídica, de sus socios, administradores y directores generales, así como respecto de los acreedores concursales y de la masa (art. 80 LCo) y respondiendo frente al concursado y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la ley y por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo sin la debida diligencia (art. 94 LCo).

[866] En todo caso, antes de efectuar el nombramiento, el juez deberá consultar el Registro público concursal (art. 62 LCo.) y el nombramiento de administrador concursal será comunicado al designado por el medio más rápido y dentro de los cinco días siguientes al de recibo de la comunicación, el designado deberá comparecer ante el juzgado y aceptar el cargo (art. 66 LCo). La administración concursal estará integrada por un único miembro, que podrá ser persona natural o jurídica y sólo en aquellos concursos en que concurra causa de interés público, el juez del concurso, de oficio o a instancia de un acreedor de carácter público, podrá nombrar segundo administrador concursal a una Administración pública acreedora o a una entidad de derecho público acreedora vinculada o dependiente de aquella (arts. 57 y 58 LCo).

Si bien algunos autores han considerado que en atención a las funciones que realiza en el concurso y a su designación los administradores concursales tienen la consideración de administradores de derecho[867], en mi opinión estamos ante un administrador de hecho en atención a la falta del cumplimiento de los requisitos formales de nombramiento por parte de la junta general de la sociedad e inscripción en el RM, pudiendo en tal condición ser sujetos activos de los delitos societarios[868]. Pero es que adicionalmente durante la fase común del concurso y hasta que se abre la fase de liquidación, concurren conjuntamente el administrador concursal con los administradores de la sociedad en concurso, de forma que, en esa fase común, los administradores de la sociedad seguirán siendo administradores de derecho, y los administradores concursales, administradores de hecho.

Y en cuanto a los delitos societarios que pueden ser cometidos por los administradores concursales sin duda el que más encaje entre sus funciones tendrá, será el delito de falsedad contable y documental previsto en el art. 290 CP. Esto ocurrirá cuando se incluyan créditos inexistentes en el informe inicial una vez insinuados los créditos en fase común o cuando ocultan bienes que deben quedar incluidos en el inventario de la masa activa del concurso o les dan un valor que no se corresponde con las tasaciones de mercado en perjuicio de los acreedores en las subastas o enajenación directa de bienes de la masa activa del concurso. Las dudas en cuanto a la responsabilidad penal de los administradores concursales aparecen desde el momento en que la actuación de estos está sujeta a la supervisión judicial, ya que el juez del concurso podrá requerir a la administración concursal una memoria sobre el estado del procedimiento o sobre cualquier otra cuestión relacionada con el concurso, resolviendo las cuestiones relativas al ejercicio del cargo del administrador concursal mediante auto (arts. 82 y 83 LCo). Desde ese momento, la posible responsabilidad penal del administrador concursal se trasvasará también al juez que tutela su actuación, pero igualmente a lo ya dicho respecto de los administradores judiciales, en ningún caso la autoridad judicial podrá ostentar la condición subjetiva de administrador de hecho o de derecho, por lo que la actuación

[867] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit.* pp. 79-80: Para esta autora el administrador concursal legalmente ejerce funciones de administración de la sociedad durante el proceso concursal, por lo que hará que se equipare su figura con la del administrador de derecho, estando obligado a desempeñar las funciones con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal y lo mismo se puede predicar respecto de los auxiliares delegados (arts. 75 y ss. LCo), No obstante discrepamos con esta posición, ya que falta en el administrador concursal un nombramiento como administrador de la sociedad. En este mismo sentido CARRACEDO CARRASCO, E.: "La responsabilidad penal de los administradores concursales", *Anuario de Derecho Concursal* núm. 24. Madrid, Civitas, 2011.
[868] RÍOS CORBACHO, J.M.: *El Administrador..., op. cit.*, pp. 165 y ss.

irregular de los jueces, en ningún caso quedará cubierta por los tipos penales societarios, sino que quedará cubierta esa responsabilidad penal por el delito de prevaricación judicial previsto en el art. 446 CP dentro de los delitos contra la Administración de Justicia.

V. 5. Supuestos dudosos de administrador de hecho

V. 5. 1. La persona física representante del administrador persona jurídica

Los delitos societarios no prevén la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que en consecuencia hace inimputables a las personas jurídicas de los tipos societarios recogidos en los arts. 290 a 294 CP. Pero lo que sí es posible es que la persona jurídica sea administradora, en cuyo caso debe designar una persona física representante de la misma, planteándose en este caso el alcance de la responsabilidad penal de la persona física representante como sujeto activo de los delitos societarios y si tiene la condición de administrador de hecho o de derecho. Estamos ante un verdadero administrador de derecho que no de hecho, respondiendo de los delitos societarios como administrador de derecho de la sociedad, y sin necesidad de recurrir a la regla prevista en el art. 31 CP en atención a la propia consideración de delitos especiales de los delitos societarios[869]. Y ello desde el momento en el que se ha designado formalmente como persona física que representa a la persona jurídica administrador y comunicado a la sociedad, y el representante tal y como prevé el art. 143 RRM debe estar inscrito en el RM, contando en consecuencia con el mismo poder de representación que tiene la persona jurídica administradora, aunque mercantilmente sea representante de ésta que lo podrá revocar en cualquier momento[870].

---

[869] GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: *Curso …, op. cit.,* pp. 110-111: "Se trata de ámbitos delictivos diferentes: la cláusula del artículo 31 incluye a los administradores de hecho o de derecho entre aquellos a quienes pueden ser trasladadas las condiciones de autoría exigidas en determinados delitos especiales, aunque tales requisitos no concurran en ellos, sino en las personas jurídicas que administran. Su ámbito de aplicación es, fundamentalmente, el de las insolvencias punibles, delitos fiscales, determinadas apropiaciones indebidas o los delitos contra la propiedad intelectual o industrial. Se trata de conductas delictivas realizadas por personas físicas, de las que, no obstante, pueden aparecer como autora formalmente una persona jurídica".

[870] RÍOS CORBACHO, J.M.: *El Administrador..., op. cit.,* pp. 150-151. En el mismo sentido MESTRE DELGADO, E. "Delitos …", *op. cit.,* p. 554. Y *FARALDO* CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit.* pp. 71-72: "En caso de no admitirse esa condición de administrador de derecho de la persona física representante del administrador persona jurídica, en todo caso tendrá la consideración de representante de la misma y responder de los delitos societarios a través de la cláusula de actuación en nombre de otro prevista en el art. 31 CP". Y en cuanto a la responsabilidad de las personas físicas representantes de las personas jurídicas consejeras y su importancia en el sector de las *private equity Vid.* MERCEDES MARTÍN, V.: "Novedades …", op. cit.

Y en el mismo sentido HERNÁNDEZ SAINZ, E.: *La Administración…, op. cit.:* "Los penalistas que se han ocupado de esta cuestión mayoritariamente consideran que el representante persona física es uno de los

V. 5. 2. La sociedad dominante de grupo de sociedades

En cuanto a la posición de una sociedad dominante en un grupo de sociedades y su consideración como administradora de hecho, en mi opinión debemos negar tal carácter, ya que la relación con la sociedad dominada se produce dentro de la estructura del propio grupo de sociedades. En estos casos, podrá aplicar la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica, pero no podemos decir que estemos ante un administrador de hecho de la sociedad dominante. No obstante, si los administradores de la sociedad dominante puedan estar ejerciendo en la sombra como administradores de la dominada, directamente o por indicación del socio mayoritario de la sociedad dominante, en este caso sí que tendrán la consideración de administradores de hecho e incurrirán en una responsabilidad por ello, tanto penal como patrimonial en caso de producirse alguna de las conductas delictivas previstas en los arts. 290 a 294 CP[871].

V. 5. 3. Los apoderados generales, los gerentes y directores generales

Los principales problemas de autoría en los delitos societarios se plantean en las "actuaciones en nombre de otro", lo que lleva a examinar la figura del apoderado que no es un administrador de derecho y pueden generarse dudas sobre si se pueden clasificar como administrador de hecho. No es administrador de derecho evidentemente porque éstos son sólo los nombrados de acuerdo con la LSC y el resto de las normas mercantiles que regulan su nombramiento y sin que el apoderamiento, aunque sea general, por parte del consejo de administración en el apoderado, transmita la condición de administrador al apoderado que tampoco es representante necesario o legal de la sociedad, sino puramente voluntario. El concepto de administrador de hecho no puede extenderse a supuestos como el de los apoderados generales de la sociedad, ya sean solidarios o mancomunados, aunque éstos tengan un nombramiento realizado por la junta general o el consejo de administración, con facultades amplísimas, que consten en escritura pública y estén inscritos en el RM, ya que falla el concepto de relación orgánica que deben tener con la sociedad, ni el ejercicio propio de las facultades o competencias de los administradores. Los apoderados, aunque sean generales con amplísimas facultades, no tienen adjudicado las funciones de administración y gobierno de la sociedad propia de los administradores, y la toma de decisiones en tal sentido, sino que exclusivamente tienen

posibles sujetos incluidos en la expresión «representantes legales y administradores de hecho o de derecho» del artículo 31 bis CP".

[871] HERNANDO CEBRIÁ, L.: "Sociedad dominante administradora de hecho? Más allá del velo corporativo", *Revista de Derecho Mercantil,* núm. 280, 2011.

atribuidos el ejercicio de las facultades que constan en el acuerdo de concesión de poderes transcritos en la escritura de poderes inscrita en el RM. Por tanto, un apoderado, aunque tengan unas facultades amplísimas, y pueda considerarse un apoderado general de una entidad, no puede identificarse con la figura del administrador de hecho y en consecuencia no puede ser sujeto activo de los delitos societarios previstos en los arts. 290 a 294 CP[872].

El TS se ha encargado de deslindar la figura del administrador de hecho y el de apoderado general. En tal sentido la referida STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 721/2012 de 4 diciembre RJ\2013\2405 establece en su FD Sexto que no cabe equiparar al apoderado o factor mercantil con el administrador de hecho:

> "…ya que los sujetos responsables son los administradores, no los apoderados, por amplias que sean las facultades conferidas a éstos, pues si actúan como auténticos mandatarios, siguiendo las instrucciones de los administradores legalmente designados, no pueden ser calificados como administradores de hecho (sentencias 261/2007, de 14 marzo (RJ 2007, 1793) , 55/2008, de 8 de febrero (RJ 2008, 2664)), correspondiendo a las instancias la valoración de la prueba sobre si la actuación desplegada por el demandado fue actuando como administradores de hecho de la sociedad o, por el contrario, como simple apoderado (en este sentido, sentencia 55/2008, de 8 de febrero)"[873].

---

[872] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.* p. 65-67: El apoderado no es administrador de hecho, ya que éste actúa como administrador sin título legítimo y el apoderado tiene un título válido de apoderamiento debidamente inscrito en el RM y representa a la sociedad, pero no tiene las facultades propias de gestión o representación del órgano de administración por lo que en consecuencia no puede quedar incluido dentro de la expresión "*o en nombre o representación legal o voluntaria de otro*" que prevé el art. 31.

En el mismo sentido DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios…, op. cit.,* p. 66: "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)".

[873] En el mismo sentido la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 55/2008 de 8 febrero RJ\2008\2664 en su FD Quinto establece en relación a la responsabilidad de los apoderados como administradores de hecho lo siguiente *"*La condición de administrador de hecho no abarca, en principio, a los apoderados (SSTS de 7 de junio de 1999 [RJ 1999, 4730] y 30 de julio de 2001 [RJ 2001, 6632]), siempre que actúen regularmente por mandato de los administradores o como gestores de éstos, pues la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador sin observar las formalidades esenciales que la Ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición". No obstante, esta Sentencia sí que deja abierta la puerta a una equiparación entre el apoderado o factor mercantil al administrador de hecho (STS de 26 de mayo de 1998 [RJ 1998, 4004], 7 de mayo de 2007 rec. 2225/2000 [RJ 2007, 3405]) en aquellos supuestos en que la prueba acredite tal condición en su actuación. Y en tal sentido dice que esto ocurre cuando se advierte un uso fraudulento de la facultad de apoderamiento en favor de quien realmente asume el control y gestión de la sociedad con ánimo de derivar el ejercicio de acciones de responsabilidad hacia personas insolventes, designadas formalmente como administradores que delegan sus poderes, pero puede ocurrir también en otros supuestos

Por otra parte, a menudo los estatutos sociales usan el término gerente, director-gerente o director general, sujetos a una relación laboral especial de alta dirección, prevista en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, lo que hace que sea confusa su distinción con el cargo de administrador. Siguiendo la teoría del dominio, RÍOS CORBACHO entiende que los directores generales pueden tener la consideración de administradores de hecho[874], si bien en sentido contrario DIAZ ECHEGARAY, para quién no cabe incluir dentro de los administradores de hecho a los altos directivos de la sociedad tales como el director general, gerente etc., al no poseer la naturaleza de órgano social que corresponde a los administradores y que determina que la ley les atribuya un conjunto de deberes y facultades[875]. En mi opinión, los directores generales y gerentes actúan de acuerdo con los poderes que le concede el órgano de administración, que normalmente serán poderes generales, pero en ningún caso se les puede considerar como administradores ni de hecho ni de derecho, ya que no son ni consejeros delegados, ni miembros del órgano de administración, por muy amplios que sean los poderes con los que actúan. Distinto será

---

de análoga naturaleza, como cuando frente al que se presenta como administrador formal sin funciones efectivas aparece un apoderado como verdadero, real y efectivo administrador social (STS de 23 de marzo de 2006, recurso 2643/1999 [RJ 2006, 1596])".

[874] RÍOS CORBACHO, J.M.: *El Administrador..., op. cit.,* pp. 127-131: "Por todo ello al director general no se le puede exigir el cumplimiento de los deberes de diligencia y lealtad, ni tampoco tiene atribuida tácita o expresamente tareas orgánicas, aunque en virtud de apoderamiento puedan ejercer o realizar algunos de los poderes o facultades propias de los administradores". En el mismo sentido GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: *Curso …, op. cit.,* pp. 110. En sentido contrario BACIGALUPO SAGGESE, S. y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Cuestiones prácticas …, op. cit.*, p. 59: "En último lugar, habrá que incluirse entre los administradores de hecho a quienes detentan la gestión del sector correspondiente a que se refiere la norma: los directores generales, gerentes o consejeros delegados y, en general, e personal de alta dirección".

[875] DIAZ ECHEGARAY, J.L.: *La Responsabilidad…, op. cit.*, p. 103. En el mismo sentido CORCOY BIDASOLO, M.: "Mecanismos …" en DEMETRIO CRESPO, E. (dir.), DE LA CUERDA MARTÍN, M. (coord.) y GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F. (coord.): *Derecho Penal…, op. cit.*, p. 109: "En consecuencia, en principio, no sería correcta la calificación como coautores de los cargos intermedios, ya que, aun cuando se les pueda considerar garantes y ostentar cierta competencia sobre el riesgo, en la práctica, es muy probable que no tengan capacidad real para llevar a efecto la conducta debida. El problema se complica cuando todos ellos son directivos/ejecutivos, en diferentes áreas de responsabilidad, lo que obliga a diferenciar las competencias de cada uno y a analizar el significado de su actuación en el caso concreto".

En el mismo sentido FEIJOO SÁNCHEZ, B.: *Cuestiones…, op. cit.* pp. 267: "…lo decisivo no es quién ejecuta de propia mano las acciones (modelo de imputación *bottom up*), ni tampoco quién tiene un mayor rango jerárquico dentro de la estructura empresarial (modelo de imputación top down), sino que habrá que atenerse a la asignación material de competencias. Si bien en la praxis jurisprudencial relativa a los grandes casos de delitos económicos en nuestro país, especialmente los relacionados con las entidades bancarias más importantes, llama la atención el carácter personalista de las decisiones relevantes, que son tomadas por una persona o, a lo sumo, un número reducido de personas, no se debe dejar de tener en cuenta que, con respecto a la comisión concreta de hechos delictivos, tiene gran relevancia las decisiones de los mandos intermedios, jefes o encargados de secciones o departamentos específicos. A veces la responsabilidad como autores será sólo de éstos y, en otras ocasiones, su responsabilidad implicará también la de sus superiores cuando toleran determinadas prácticas o no les ponen freno".

el caso en que en la sociedad no haya otro órgano de administración, en cuyo caso será el director general el que estará actuando como administrador único, o en caso de ser dos, administradores solidarios o mancomunados pese a la denominación que se les dé desde el punto de vista económico para designar un cargo jurídico como es el de administrador[876].

V. 5. 4. Los auditores de cuentas anuales

Las cuentas anuales y el informe de gestión de las sociedades de capital deben ser revisados por los auditores de cuentas, cuando la sociedad cumple con los requisitos previstos en el art. 263.2 y 3 LSC. A los auditores les corresponde comprobar si las cuentas anuales ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, así como, en su caso, la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales del ejercicio. En consecuencia, el objetivo de la actuación de los auditores es tener la seguridad razonable de que las cuentas anuales en su conjunto están libres de incorreción material, debida a fraude o error y emitir un informe de conformidad con la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas (arts. 268 y 269 LSC). El informe de auditoría deberá contener su opinión sobre el resultado de su actuación de conformidad con la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuenta. La detección por los auditores de los posibles fraudes, pueden implicar colusión, falsificación, omisiones deliberadas, manifestaciones intencionadamente erróneas o elusión del control interno. El nombramiento de los auditores de cuentas corresponde a la junta general antes de que finalice el ejercicio a auditar, por un período de tiempo inicial, que no puede ser inferior a tres años ni superior a nueve años, a contar desde la fecha en que se inicie el primer ejercicio a auditar. Y ello sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas respecto a la posibilidad de prórroga y a la duración de los contratos en relación con sociedades calificadas como entidades de interés público. El nombramiento también podrá realizarse por el RM en los términos previstos en el art. 265 LSC. Los auditores podrán ser personas físicas o jurídicas, pudiendo designarse una o varias personas, que actuarán conjuntamente de forma que cuando los designados sean personas físicas, la junta deberá nombrar tantos suplentes como auditores titulares y sin que se pueda revocar al auditor antes de que finalice el periodo inicial para el que fue nombrado, o antes de que finalice cada uno de los trabajos para los que fue contratado una vez finalizado el periodo inicial, a no ser que medie justa causa (Art. 264 LSC). A la

[876] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit.* pp. 81-85.

vista de la anterior normativa, queda claro que los auditores no podrán tener la consideración de administradores de derecho, al no cumplir con los requisitos que establece la legislación extrapenal para su consideración.

Pero desde el punto de vista de los delitos societarios, pueden generarse dudas sobre si a los auditores de cuentas se les puede considerar verdaderos administradores de hecho, en especial en relación al delito de falsedad de las cuentas anuales previsto en el art. 290 CP. Y por consiguiente hay que dilucidar si pueden ser sujetos activos del delito de falsedad contable societario. No podemos olvidar que el art. 271 LSC establece en cuanto a la acción social de responsabilidad de los auditores de cuentas, que la legitimación para exigir responsabilidades frente a la sociedad al auditor de cuentas se regirá por lo dispuesto para los administradores de la sociedad. No obstante, la figura de los auditores de cuentas no es asimilable a la del administrador, ni de hecho ni de derecho, ya que no ejerce funciones de administración, consistentes en la gestión y representación de la sociedad. En cuanto que los auditores no tienen atribuidas estas funciones, no pueden ser sujetos activos de los delitos societarios, incluso ni del delito de falsedad de cuentas anuales y documentos mercantiles del art. 290 CP. Sin perjuicio respecto de este último delito que sí pueden ser partícipes de las falsedades contables realizadas por los administradores, convirtiéndose en cooperadores necesarios, cómplices o inductores[877]. El auditor no puede ser considerado autor del delito siendo un *extraneus* que sólo podrán responder como partícipe o como colaborador necesario en la comisión del delito, en

[877]Auto AN, Sala de lo Penal, núm. 360/2024, de 5 de julio, JUR\2024\245651: RJ Segundo: "Finalmente y por lo que se refiere a la imposibilidad de atribuir responsabilidad penal del auditor en los delitos de falsedad de cuentas y de estafa de inversores, sea en concepto de autor o de cooperador necesario, no cabe duda de la posibilidad de que el auditor responda como cooperador necesario de los ilícitos penales contenidos tanto en el artículo 290 del Código Penal, como en el artículo 282 bis del mismo texto legal , según las STS 94/2018, de 23 de febrero y 688/2019, de 4 de marzo de 2020".
En el mismo sentido CUGAT MAURI, M., en CÓRDOBA RODA, J. (dir.) y GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *Comentarios…*, *op. cit.*, p. 1093.

cuanto que son expertos en normativa contable[878], si bien para ello será necesario que hayan actuado de forma dolosa y no meramente negligente[879].

En consecuencia, los auditores tampoco pueden tener la consideración de administradores de hecho, en cuanto que les falta esa posición de dominio sobre el bien jurídico que se lesiona en el art. 290 CP, por lo que debemos excluirlos de su consideración como sujeto activo del delito del art. 290 CP. Sin embargo, esto no les exonera de sus obligaciones de verificar las cuentas anuales y emitir el informe de auditoría que se pone a disposición de los socios para la aprobación de las cuentas anuales en la junta general. Lo anterior determina que su conducta pueda ser constitutiva de una falsedad idónea para causar un perjuicio patrimonial y por tanto constituir un delito de falsedad, pero no un delito societario. En este caso se puede observar que su actuación es postconsumativa ya que los auditores emiten el informe sobre las cuentas anuales redactadas y formuladas por los administradores que se presenta a la junta general para su aprobación y que debe ponerse a la disposición de los socios en el momento de realizarse la convocatoria de la junta general[880]. Podrán por tanto los auditores ser autores de falsedades materiales, pero no del delito societario de falsedad de cuentas anuales del art. 290 CP[881].

V. 5. 5. Los inspectores del Banco de España.

Sin tener la consideración de auditores, especial trascendencia tiene la actuación de supervisión de los inspectores del BdE en los casos de falsedad de cuentas anuales del art. 290 en entidades de crédito. Su actuación en estos casos podría dar lugar a una

[878] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: "Administración fraudulenta en sociedades de inversión", en TERRADILLOS BASOCO J.M. (coord.) y ACALE SÁNCHEZ M. (coord.): *Temas de Derecho Penal Económico. III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*. Madrid, Trotta, 2004, p. 58 y ss. Son especialmente clarificadores los comentarios que realiza este autor en relación al caso Gescartera, y la posible responsabilidad de los auditores, dejando claro que los auditores no reúnen las condiciones para ser sujetos activos del delito del art. 290 CP y que no pueden ser integrados en la noción de administrador de hecho (por muy amplio que sea el concepto material de éste) ni sus informes pueden incluirse en el objeto material del delito. Ello sin perjuicio de que la conducta adquiera relevancia penal a través de la vía de la participación (cooperación necesaria o complicidad) del auditor en el delito del art. 290 CP cometido por los administradores. En el mismo sentido RUANO MOCHALES, T.: "La posición…", *op. cit.*
Y en el mismo sentido MOYA JIMÉNEZ, A.: *La responsabilidad …, op. cit.*, p. 112 y ss.

[879] RÍOS CORBACHO, J.M.: *El Administrador..., op. cit.,* pp. 133-136. En el mismo sentido GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: "Delitos…, *op. cit.*, pp. 596. Y del mismo autor GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: *Curso …, op. cit.*, p. 198-199.

[880] PASTOR MUÑOZ, N.: "Delitos …" en AYALA GÓMEZ, I. (coord.) y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (coord.): *Memento…, op. cit.,* p. 691.

[881] En este sentido FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit.* pp. 80-81 y p. 158; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.* p. 169.
Asimismo, NIETO MARTÍN, A. en DE LA MATA BARRANCO, N.J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. y NIETO MARTÍN, A.: *Derecho. ..., op. cit.*, p. 724.

responsabilidad por comisión por omisión en atención a su posición de garante, y tener equipos permanentes de inspección en las entidades de crédito (*v. gr.* caso Bankia y caso Banco de Valencia) no evitando la aprobación de las cuentas anuales por la junta general habiendo sido formuladas por los administradores[882]. En mi opinión, los inspectores del BdE, o de cualquier otro organismo de supervisión (CNMV, DGSFP) no pueden tener la condición de sujetos activos del delito del art. 290 CP, ya que no tendrán la consideración ni de administradores de derecho ni de hecho, por no darse las circunstancias previstas en la normativa extrapenal en el primer caso, y por no tener una posición de dominio sobre el bien jurídico protegido en el segundo caso, pero sí que pueden ser partícipes o colaboradores necesarios de la comisión de este delito societario, siempre que se pruebe su actuación dolosa y no meramente imprudente.

V. 5. 6. Los entes públicos titulares de capital social de sociedades mercantiles

La jurisprudencia ha tenido la ocasión de manifestarse sobre si los organismos públicos pueden tener la consideración de administradores de hecho de las sociedades en las que participa en su capital social. Este tema ha sido analizado por la Sentencia que afecta a la SEPI y su posible consideración de administrador de hecho de las empresas en las que participa, a efectos de subordinarle los créditos en un concurso de acreedores de las citadas sociedades participadas. En tal sentido la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 224/2016 de 8 abril RJ\2016\1232 siguiendo la doctrina consolidada del TS sobre el administrador de hecho[883], en su FD Segundo en relación niega que la SEPI tenga la condición de administrador de hecho de las sociedades en las que participa:

> *"*4. El ejercicio por parte de la SEPI de estas funciones legales para el cumplimiento de los objetivos indicados no puede suponer la calificación de dicho organismo como administrador de hecho, a efectos de subordinación de sus créditos. Según la normativa transcrita, especialmente el art. 11 b) de la Ley 5/1996 (redactado por el Real Decreto-Ley 15/1997), el proceso privatizador encomendado a la SEPI supone la adopción de medidas de estructuración y saneamiento, pero no conlleva la asunción de la gestión ordinaria de la actividad ni la dirección de su actividad, que sigue encomendada a sus órganos de administración, conforme a lo previsto en la legislación mercantil. Básicamente, la actividad

[882] MARTÍNEZ GALINDO, G.: "Delitos socioeconómicos en el sector bancario" en BUSTOS RUBIO M. (dir.) y RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F. (dir.): *El sistema socioeconómico desde el prisma del Derecho penal y la Criminología.* Pamplona, Aranzadi, 2019, pp. 293 y ss.
En este mismo sentido REQUEJO NAVEROS, M. T.*:* "Delitos …" en LIÑÁN LAFUENTE, A. (coord.): *Delitos …, op. cit.,* p. 355.

[883] STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 421/2015, de 22 de julio (RJ 2015, 3512) y la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 721/2012, de 4 de diciembre (RJ 2013, 2405).

de la SEPI consiste en establecer unas pautas de viabilidad y supervisar que las mismas se cumplen. Se trata de una actividad de control de los fondos públicos empeñados en la actividad administrativa propia de fomento ejercida por dicha sociedad estatal. A diferencia de la intervención administrativa, en que se suprime la capacidad decisoria de las empresas intervenidas, en la actividad de fomento se estimulan comportamientos empresariales con la finalidad de cumplir los objetivos de interés público general o generales que establezcan los poderes públicos, pero no se asume la dirección orgánica y funcional de la empresa".

V. 6. Delimitación de la responsabilidad penal: supuestos especiales de autoría y participación

V. 6. 1. La responsabilidad penal de los administradores por sus actuaciones en el seno del consejo de administración

En los delitos societarios los administradores, ya sean de hecho o de derecho, al quebrantar los deberes previstos en la legislación extrapenal e incurrir en alguno de los tipos de los arts. 290 a 294 CP, responden como autores de estos, tanto por acción como por omisión[884]. Desde el punto de vista de la autoría y participación, tiene especial interés examinar la posible responsabilidad penal que tienen los miembros de un órgano colegiado como es el consejo de administración, ya que, en estos casos, no basta con la comisión del delito societario a través de los acuerdos que se adopten por este, sino que habrá que analizar si el administrador a título individual ha tomado parte en la adopción del acuerdo colegiado. Es decir, si se ha ejecutado de forma dolosa y si en definitiva se le puede imputar al mismo como obra suya a título individual[885]. No hay que olvidar que en el ámbito penal rige el principio la responsabilidad individual con base en el principio de culpabilidad, a distinción del ámbito civil en que la responsabilidad por los acuerdos adoptados en el órgano colegiado tiene carácter solidario. De forma que la ilicitud de un acuerdo colegial no conlleva necesariamente la responsabilidad penal indiscriminada de

[884] BACIGALUPO SAGGESE, S. y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Cuestiones prácticas … op. cit.,* p. 48.

[885] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial ... op. cit.* p.477 En el mismo sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *Los delitos…, op. cit.,* pp. 103 y ss.: "la ilicitud de un acto o decisión de carácter colegiado no ha de implicar por sí sola la responsabilidad indiscriminada de todos los integrantes del órgano administrativo y que éstos, de ser responsables, tampoco tienen por qué serlo con un mimo nivel de intensidad, por la posibilidad de que unos apa4rzcan cojo autores y otros como simples cómplices".

todos los miembros del órgano, al ser la responsabilidad penal personal, que a su vez exige el respeto al principio de culpabilidad[886].

Para analizar esta responsabilidad de los administradores en el seno del consejo, debemos acudir al concepto de *delito colegial* procedente del derecho italiano (DOMENICO RENDE). El mismo se caracteriza no por la presencia de un grupo de personas que se unen con objeto de cometer delitos, sino por personas que, formando parte del órgano colegiado de una persona jurídica, en el ejercicio de sus funciones cometen uno o más delitos. En otras palabras, el delito colegial es aquel que es cometido por personas que, estando ya constituidas según la Ley en colegio como órgano de una persona jurídica, cometen delitos en el ejercicio de sus funciones[887]. El delito colegial se diferencia del delito plurisubjetivo, en que en el primero la pluralidad de sujetos es el elemento constitutivo del mismo, siendo un delito-acuerdo en el que se verifican una pluralidad de conductas que se unen y se dirigen hacia un único objetivo común. Esta teoría simplifica los problemas de prueba (tener que probar quién ha votado favorablemente al acuerdo) y excluye la aplicación de las reglas de participación, pero ha sido objeto de importantes críticas doctrinales y hoy en día se encuentra prácticamente superada, al compaginarse mal con el principio de individualidad de la pena y el hecho de que la unidad de acto llevado a cabo por un órgano colegiado de administración no debe suponer la responsabilidad automática de todos sus miembros. En otras palabras, no cabe el delito colegial del consejo de administración, sino que el delito se imputará a cada uno de sus miembros, que de forma individual hayan tomado parte en la adopción del acuerdo ilícito[888]. Y tal y como hemos adelantado, en el derecho penal no cabe una atribución en bloque de responsabilidades penales siendo necesario deslindar la propia de cada uno de los sujetos que han tomado parte en la adopción del acuerdo, en la que

[886] DIAZ ECHEGARAY, J.L.: *La Responsabilidad…, op. cit.*, pp. 108-109. En el mismo sentido FERRÉ OLIVÉ, J. C.: "Sujetos …", *op. cit.*, pp. 21 y ss.*: "*El rechazo a los "delitos colegiales" no puede llevar a la impunidad de todas las decisiones tomadas colegiadamente. Por el contrario, dado que la responsabilidad penal es personal, es imprescindible delimitar la responsabilidad de cada uno de los miembros del órgano colegiado que adopta decisiones que suponen delitos societarios". En el mismo sentido MESTRE DELGADO, E. "Delitos…", *op. cit.*, p. 554.

[887] MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *Criminalidad de Empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 151.

[888] GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: *Curso …, op. cit.,* p. 95. En el mismo sentido MOYA JIMÉNEZ, A.: *La responsabilidad …, op. cit.*, p. 107: "No obstante, la posición mayoritaria de la doctrina viene rechazando el delito colegial como consecuencia del rechazo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se impone la opinión de que la responsabilidad penal es una responsabilidad individual, puesto que la responsabilidad penal es siempre personal, siendo imposible la imputación de un delito a todo un órgano colegiado como es el Consejo de administración, debido buscarse y averiguarse de forma clara cuál o cuáles (pues pueden ser varios) han sido los administradores concretos que han cometido la infracción penal".

algunos pueden haber actuado de forma dolosa y otras de forma meramente negligente[889]. Esto nos lleva al estudio de la coautoría por los acuerdos que se adoptan en el seno del consejo de administración, en el que inicialmente esas relaciones serán de horizontalidad entre sus miembros, frente a las situaciones de subordinación en las empresas fuera del ámbito del consejo de administración, en el que las relaciones serán de verticalidad. En las relaciones horizontales entre los miembros del consejo de administración o de su comisión ejecutiva, se observarán las reglas generales de autoría y participación clásicas[890]. Pero tal y como expone GÓMEZ-JARA DÍEZ, caben situaciones de verticalidad en el que existe coautoría, como es el caso en el que hay votaciones en los órganos colegiados y en el que el propio presidente del consejo se encuentra en una situación de superioridad frente al resto de miembros del consejo, en atención a sus circunstancias personales o simplemente porque los estatutos sociales establecen un voto de calidad a favor del mismo. En este caso, sin estar en el mismo escalafón jerárquico, sin embargo, existirá una responsabilidad de sus miembros por los acuerdos adoptados conjuntamente existiendo en consecuencia una coautoría. Y lo mismo ocurrirá cuando los miembros del consejo reunidos toman la decisión conjunta de llevar a cabo un hecho. Lo anterior lleva al citado autor a afirmar que "la coautoría constituye una herramienta válida para solventar ciertos problemas de fundamentación de la responsabilidad de los órganos de dirección de la empresa*"*[891].

El art. 237 LSC establece *la responsabilidad solidaria de todos los miembros del consejo de administración por los acuerdos adoptados o los actos lesivos realizados, salvo que prueben no haber intervenido en su adopción y ejecución, o desconozcan de su existencia o conociéndola hicieron lo conveniente para evitar el daño o se opusieron expresamente a aquél*. Pero como avanzábamos, en el ámbito penal, no cabe establecer el mismo criterio de responsabilidad de los administradores, que el existente en la legislación mercantil, ya que habrá que probar la intervención del sujeto activo en el acto delictivo, siendo la responsabilidad estrictamente personal por los hechos típicos y

[889] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.* pp. 79-80.
[890] MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *Criminalidad…, op. cit.*, pp. 139-140: "La realización de un hecho delictivo conjuntamente por varias personas con una relación horizontal fundamenta la coautoría en virtud del dominio funcional del hecho si hay acuerdo previo y si se aporta una contribución en la fase ejecutiva".
[891]GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *Cuestiones fundamentales de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial.* Montevideo-Buenos Aires, Bdef, 2014, pp. 131-159. En el mismo sentido MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *Criminalidad…, op. cit.*, p. 139*: "*En el ámbito de la empresa si se emite una orden o instrucción para que un subordinado ejecute un delito, el empresario o directivo que tiene poder efectivo y control -domino del hecho por organización- responde como autor*".*

antijurídicos realizados por el mismo, siempre que hayan sido abarcados por su dolo. Resultará necesario averiguar cuál ha sido la participación real de cada miembro del consejo en la ejecución del hecho delictivo[892]. Para ello, podemos plantear tres posibles planos de actuación para dar lugar a la responsabilidad penal de los administradores miembros de los órganos colegiados: *cuándo* se responde por haber participado en la adopción del acuerdo por el órgano colegiado; *cómo* se responde una vez que se ha adoptado el acuerdo y finalmente *cómo* se establece la responsabilidad individual por la participación en la adopción del acuerdo[893]. Lo que debe quedar claro es que no sólo por el hecho de votar sobre un acuerdo ilícito en un consejo de administración, se produce automáticamente la imputación del delito a todos sus miembros, sino que habrá que averiguar el sentido del voto para que se pueda individualizar la responsabilidad penal en cada uno de ellos miembros del consejo de administración. En otras palabras, lo fundamental en estos casos es la conducta y no el voto en sí[894], de forma que serán autores todos los sujetos que votan a favor del acuerdo. Este criterio tendrá especial importancia en los delitos societarios de la adopción de acuerdos abusivos y lesivos por medios ilícitos, tipificados en los arts. 292 y 293 CP[895], para lo que habrá que saber, quién voto a favor, quién votó en contra, quién se abstuvo, quién emitió un voto nulo o en blanco.

Para analizar *cuándo se responde por haber participado en la adopción del acuerdo* vamos a seguir el estudio realizado por DEL ROSAL BLASCO[896] quién a su vez siguiendo a JAKOBS[897], distingue las distintas hipótesis posibles de participación del

[892] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial ... op. cit.* p.478.
[893] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* p. 68.
[894] MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *Criminalidad…, op. cit.*, p. 174: "Lo que le interesa al derecho penal no es participar en el proceso de formación de la voluntad sino la actitud posterior al acuerdo contrario a Derecho del miembro del Consejo de Administración. Dicho de otra manera, los actos que exteriorice el consejero que manifestó estar en contra del acuerdo".
[895] DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y POLO VEREDA, J.: *Problemas …, op. cit.*, pp. 113-114.
[896] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* pp. 68 y ss.
[897] JAKOBS, G: "Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos*",* en MIR PUIG, S. (coord.) y LUZÓN PEÑA, D.M. (coord.)*: Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, Bosch, 1996, p. 75 y ss. *Vid.* PÉREZ CEPEDA, A.I.: "La responsabilidad …" en DEMETRIO CRESPO, E. (director), DE LA CUERDA MARTÍN, M. y GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F. (Coordinadores): *Derecho …, op. cit.,* pp. 302 y ss.: Esta autora distingue entre si el acuerdo del órgano colegiado es adoptado o no por unanimidad. En caso de unanimidad con independencia de cómo se haya configurado la mayoría todos serán responsables ya que han hecho posible su existencia y han contribuido causalmente a su producción. Y en caso de que no haya unanimidad la responsabilidad corresponde a aquellos que haya voto a favor de la resolución delictiva y no así quiénes no lo hayan hecho, o bien por no acudir a la sesión, o porque se han abstenido o votado en contra. Distinguiendo los supuestos: A) Votar a favor siendo derrotados: La conducta es de tentativa o inidónea; B) Contribuye a la formación del quórum: Dependerá del sentido de su voto para que exista o no imputación; C) Toma parte en las deliberaciones a favor del acuerdo, pero vota en contra del mismo: No habrá imputación. D) No asiste

administrador en la adopción del acuerdo colegiado: *el que vota a favor a un acuerdo delictivo, si bien los votos emitidos a continuación aseguran la mayoría necesaria o cuando el resultado ya está asegurado, pero no constatado, por las decisiones de los otros*: existirá responsabilidad penal de los miembros del órgano colegiado, ya que los que ejecutan el acuerdo ilegal lo hacen en nombre de todos los que han votado a favor de este. *El que está ausente durante la votación, pero luego manifiesta su conformidad con el resultado*: si la conformidad con el resultado ha sido decisiva para la ejecución del acuerdo, habrá imputación objetiva y responsabilidad criminal y en caso contrario no existirá la misma[898]. *El que interviene en la votación siendo necesario su asistencia para que exista quórum de asistencia para constituir el órgano, vota en contra del acuerdo y pierde*: este caso denominado por JAKOBS "*colaboración disidente*" en este caso, aunque fue necesaria su asistencia para la constitución válida del órgano, también está claro que se ha opuesto al acuerdo y ha perdido, por lo que no debe haber imputación penal alguna. *Cuando existe la obligación de proponer el acuerdo conforme a derecho cuando no es posible alcanzar la mayoría necesaria*: en este en cuanto que no es posible alcanzar la mayoría, no existe obligación de emprender nada, no obstante, si se produjera el caso de que no están vencidos los obstáculos, sí que habría una responsabilidad del administrador que no hubiera propuesto el acuerdo conforme a derecho para su adopción por el órgano colegiado. Y finalmente *cuando los miembros del consejo, garantes de la legalidad, no sólo no emprenden ninguna acción, sino que acuerdan no emprenderla*: en este caso habrá que estar a las consecuencias de haber adoptado el acuerdo de no emprender ninguna acción contra el acuerdo ilegal, de forma que no habrá responsabilidad penal si el acuerdo de no hacer lo jurídicamente correcto, no ha determinado efecto lesivo alguno a la sociedad[899].

Resulta igualmente interesante el estudio que realiza MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ de *cuándo se responde por haber participado en la adopción del acuerdo*, distinguiendo los

a la reunión sabiendo que se adoptará el acuerdo: No habrá imputación, pero sino asiste y luego se adhiere al acuerdo ilícito sí habrá imputación; E) Vota en blanco en votación simultánea será un comportamiento omisivo análogo a uno activo sino ha evitado el resultado. F) Vota en contra, se abstiene o no asiste, pero no hace nada para evitar su ejecución: Podrá existir responsabilidad en concepto de garante. Y finalmente estará el supuesto de acuerdos antijurídicos necesitados de posterior ejecución, en cuyo caso por la adopción de este acuerdo no necesariamente serán coautores.

[898] SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M: *Los Delitos …, op. cit.,* pp. 65 y ss.: "En relación con la posibilidad de considerar como autor al administrador que no ha participado en la reunión del órgano, cuando dicha ausencia sea condición para que prospere el acuerdo en cuestión, entendemos que sólo debiera apreciarse responsabilidad cuando la ausencia esté preordenada a tal fin".

[899] En el mismo sentido *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, J-Mª: *Derecho …, op, cit.,* pp. 155-171.

supuestos: *formación de voluntad y si el voto ha sido o no simultáneo*: lo que parece evidente es que es necesario que el voto del miembro del órgano colegiado haya sido necesario en la votación simultánea para la adopción del acuerdo por la mayoría, lo que lleva a sensu contrario a no imputar a quién haya votado en contra del acuerdo. Tratándose de votación no simultánea, en este caso el sujeto que emite el voto antes de que se haya alcanzado el acuerdo por la mayoría la imputación debe ser clara y el sujeto es responsable penalmente una vez que el acuerdo se adopte y se ejecute, ya que mientras tanto estaremos ante actos preparatorios que es impune en los delitos societarios[900]. Y si el voto se hubiera emitido posteriormente a la adopción del acuerdo, en este caso la responsabilidad penal será análoga a la de la adopción el acuerdo simultáneo, ya que ha coadyuvado a la adopción del acuerdo y su manifestación de la voluntad forma parte íntegramente del acuerdo adoptado. Tratándose de votación secreta, y ante la imposibilidad de saber la dirección de voto de cada miembro, sólo existirá imputación de los miembros del órgano colegiado cuando el acuerdo antijurídico se haya aprobado por unanimidad de los asistentes, en cuyo caso la imputación será el de todos sus miembros, no existiendo imputación en caso contrario por no poderse saber qué ha votado cada uno de los miembros del consejo[901]. El hecho de participar en la votación, cuando se vota en contra del acuerdo antijurídico, en ningún caso hace responsable al miembro que vota en contra, ya que no tiene la posición de garante de que el resto de los miembros voten de forma correcta. Por otra parte, la falta de asistencia de un miembro a la sesión del consejo de administración en el que se adopta el acuerdo ilícito exime de responsabilidad al que no ha tomado parte en el mismo, salvo que se puede acreditar que el administrador ausente actuó como inductor o cooperador en el voto ajeno o cuando se demuestre que la ausencia ha sido dolosa y ha hecho lo posible para la ejecución del delito, ya que en este caso responderá como partícipe en comisión por omisión. Y finalmente está el supuesto de la omisión de un comportamiento debido, cuando se vota en contra de un acuerdo adoptado

[900] DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y POLO VEREDA, J.: *Problemas …, op. cit.*, p. 117: "La simple existencia de un acuerdo del órgano en tal sentido no supone un acto inmediato a la descripción de los elementos que definen la conducta típica. Por tal motivo, todos los comportamientos anteriores a dicho momento han de ser considerados como actos preparatorios".

[901] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial ... op. cit.* pp.480-481. En el mismo sentido LÓPEZ LORENZO V. y FACORRO ALONSO, A.: "Aspectos penales …", *op. cit.*, p. 30.

en el que concurra un defecto invalidante, pero que no se impugna, en cuyo caso habrá una responsabilidad por comisión por omisión en los delitos de resultado[902].

En cuanto a *cómo se responde del acuerdo adoptado*, la responsabilidad penal del miembro del órgano colegiado dependerá de su ejecución a la vista de cada uno de los tipos penales, distinguiendo aquellos en los que el injusto se basa en la adopción de un acuerdo lesivo o abusivo (arts. 291 y 292 CP), de aquellos en los que es un paso previo para la realización del tipo penal (art. 290 CP). En los primeros estaremos antes delitos consumados con la adopción de los acuerdos lesivos o abusivos, mientras que, en el segundo caso, estaremos ante un delito en su modalidad de tentativa y si no es así de un acto preparatorio[903]. Y finalmente en cuanto a *cómo se establece la responsabilidad individual* por la participación en la adopción del acuerdo, habrá que analizar si el administrador conocía o tenía toda la información disponible para la adopción del acuerdo, conforme con la división de trabajo en la que cada sujeto posee un círculo de actividad propio. Habrá que estar en este caso a los criterios de imputación objetiva y en su caso a la aplicación de las reglas generales del error[904]. Aplicándose el principio de confianza, entendido como aquél en que se confía que los demás cumplirán sus respectivas tareas de manera correcta, de forma que un administrador miembro de un órgano colegiado quedará exonerado de responsabilidad, cuando en su decisión de votar a favor del acuerdo ilegal pesó la información que le fue proporcionada por otro miembro del consejo de administración experto en la materia[905].

---

[902] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Idem*, p.482. En este sentido MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *Criminalidad…, op. cit.*, p. 176: "En definitiva, el consejero que vota en contra o se abstiene y, además, impugna el acuerdo para impedir su ejecución estará exento de responsabilidad criminal. Por el contrario, el miembro del Consejo de Administración que con su voto no apoyó el acuerdo delictivo, pero que posteriormente tampoco procedió a la impugnación del mismo es responsable del resultado lesivo".

[903] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Ibidem*, pp. 483-484.

En el mismo sentido DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* p. 71: Para este autor habrá que responder en función de cuál sea el tipo contravenido, pudiendo ser las soluciones dos, si el tipo consiste en la adopción de un acuerdo, el sujeto está interviniendo en la ejecución de un hecho típico; y si tuviera otra configuración el sujeto intervendrá en la realización de un hecho preparatorio de un hecho típico que dependerá del caso concreto para que sea o no punible.

[904] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial ... op. cit.* p.484.

[905] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios..., op. cit.* p. 71. Y en el mismo sentido MARAVER GÓMEZ, M.: "El principio de confianza como criterio de imputación en el ámbito de la empresa" en DEMETRIO CRESPO, E. (dir.), DE LA CUERDA MARTÍN, M. (coord.) y GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F. (coord.): *Derecho Penal Económico y Teoría del Delito.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 226:" Hay que insistir en que la mera condición de garante no implica necesariamente un deber de vigilancia o supervisión sobre la conducta de los terceros con quienes comparte la gestión del riesgo. Es cierto que el garante tiene deber general de evitar los resultados lesivos, incluidos los que puedan proceder de los comportamientos de los terceros, pero en la medida en que los terceros deben cumplir sus respectivos

En mi opinión la responsabilidad de los miembros del consejo de administración por acuerdos ilícitos adoptados en el seno del consejo de administración se producirá siempre que se pueda demostrar por medio de las actas del consejo de administración, quienes votaron a favor del acuerdo ilícito, y ello de acuerdo con el principio de la individualidad de la pena. Es decir, que no votaron en contra del acuerdo o se abstuvieron, o votaron en blanco o mediante voto nulo o simplemente no asistieron a la sesión del consejo en el que se adoptó el acuerdo. Incluso en estos casos podría existir responsabilidad, si podía haber evitar el resultado y dolosamente no lo hicieron, en cuyo caso serán cooperadores necesarios o cómplices, dependiendo su calificación final de su aportación al hecho total[906]. Y sin que la posición de garante exija el tener que impugnar el acuerdo ilícito para evitar su ejecución, sin perjuicio de sus responsabilidades civiles y mercantiles, en cuanto al incumplimiento de sus obligaciones de diligencia y lealtad propias del cargo de consejero por los daños que se hayan podido ocasionar con el acuerdo abusivo o lesivo a la sociedad, a los socios o a terceros[907].

V. 6. 2. La responsabilidad penal del consejo de administración por los acuerdos adoptados por sus órganos delegados: la comisión ejecutiva o el consejero delegado

La responsabilidad civil del consejo de administración como órgano delegante en la comisión ejecutiva o en el consejero delegado, se sustenta en un doble deber, el de vigilancia cuya transgresión da lugar a la "*culpa in vigilando*" y el de la correcta elección de los miembros de la comisión ejecutiva o del consejero delegado lo que da lugar a la "*culpa in eligiendo*", si bien está última difícilmente puede darse en el ámbito societario. No obstante, estas categorías civiles, son claramente insuficientes para determinar cualquier tipo de responsabilidad penal, no siendo válidas para perseguir desde un punto de vista penal las conductas reguladas en los delitos societarios, ya que la responsabilidad penal es consecuencia de una conducta propia, ya sea por acción u omisión.[908]. El órgano delegante será responsable de los actos propios ilícitos, al reunir el doble requisito de

deberes de cuidado, el principio de confianza permite, que, por regla general, no tenga un deber de cuidar de la conducta de los terceros".

[906] DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y POLO VEREDA, J.: *Problemas …, op. cit.*, p. 117.

[907] En sentido contrario de mi tesis la mantenida por MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *Criminalidad…, op. cit.*, p. 200: "Por tanto, no se trata de responder por el comportamiento ilícito realizado por los otros miembros del Consejo de Administración- que votaron a favor del acuerdo- sino de responder por su propio comportamiento -no apoyar el acuerdo, pero no impedir su ejecución-. En definitiva, el consejero que no apoyó con su voto el acuerdo delictivo es también responsable porque en su ámbito de organización no ha impedido la producción de un resultado lesivo".

[908] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.* pp. 49-50.

comisión del hecho tipificado y la cualidad subjetiva de administradores prevista en el CP. La cuestión estará en determinar si existe una responsabilidad penal por omisión del órgano delegante, es decir una responsabilidad del consejo de administración, por los actos ilícitos realizados por el órgano delegado, es decir, la comisión ejecutiva o el consejero delegado.

La respuesta, en mi opinión, sin ser un tema pacífico en la dotrina, sobre todo con base en las teorías formales, que deben quedar preestablecidas en el ordenamiento extrapenal, debe ser que no, ya que de otra manera existiría una responsabilidad por culpa "*in vigilando"* que ya hemos dicho resulta insuficiente para determinar la responsabilidad penal objetiva en el seno de los delitos societarios, solución que es acorde con el art. 11 CP[909]. De acuerdo con el art. 11 CP debe analizarse la posición de garante que debe tener el consejo de administración sobre sus órganos delegados. Respecto de la injerencia consiste en que *el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente* (art. 11, inciso 2º, apartado b) CP) no parece que sea de aplicación en la delegación que realiza el consejo de administración, ya que el órgano delegado, que no dejan de ser administradores con facultades delegadas del consejo de administración, está actuando en ejercicio de unas facultades que hacen propias y con plena autonomía y responsabilidad, sin perjuicio que deba dar cuenta de ellas al órgano delegante[910]. Como dice SILVA SÁNCHEZ, existe una transferencia de responsabilidad del órgano delegante en el órgano delegado, y ello sin perjuicio que quede una responsabilidad residual o secundaria en el delegante[911]. Y la segunda categoría debe

[909] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Idem*, p. 52. En sentido contrario, DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y POLO VEREDA, J.: *Problemas …, op. cit.*, p. 109: Para estos autores cabe la consideración de cooperador necesario por comisión por omisión cuando el garante, pudiendo hacerlo, no evite la producción el resultado en que cosiste el delito, siempre que su omisión no sea subsumible en la descripción del comportamiento típico".

[910] SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M: *Los Delitos …, op. cit.,* pp. 65 y ss.: Este autor mantiene la misma posición en cuanto que entiende que tanto el consejo delgado como la comisión ejecutiva responden de forma autónoma e independiente por sus actos, ya que en el ámbito penal no cabe una específica responsabilidad por *culpa in eligendo* o *in vigilando* como cabe admitir en el ámbito civil, si bien eventualmente podrían responder por comisión por omisión cuando tengan estatutariamente encomendados un especial deber de vigencia en relación al consejero delegado o la comisión ejecutiva. En el mismo sentido DIAZ ECHEGARAY, J.L.: *La Responsabilidad…, op. cit.*, p.110. Y en el mismo sentido SILVA SÁNCHEZ, J-Mª: *Derecho …, op, cit.,* p. 115-131: "En el ámbito de la criminalidad de empresa, la estructura de la comisión por omisión se revela como un medio especialmente apto para superar las dificultades que, con frecuencia, ofrece la imputación de un delito de comisión activa".

[911] SILVA SÁNCHEZ, J-Mª: *Derecho …, op, cit.,* pp. 131-148. En estos casos parece que debe aplicar la teoría de la prohibición de regreso que determina una delimitación negativa de la posición de garante y con ello, a su vez, una delimitación negativa de la relación de autoría. En tal sentido *Vid.* MARAVER GÓMEZ, M.: "El principio…", *op. cit.,* pp. 198-199: "Quién es garante con respecto al riesgo que produce el resultado puede ser considerado autor, pero quien es garante sólo hasta el momento en que el hecho pasa a ser

hacer referencia a una *específica obligación legal o contractual* (art. 11, inciso 2º, apartado a) CP), que hace referencia a la exigencia del consejo de una obligación de control de la actuación que llevan a cabo los órganos delegados. Pero no viene expresamente impuesta en el Derecho español una específica obligación de vigilancia por parte del consejo sobre los órganos delegados y sin que en tal sentido pueda justificarse de conformidad al art. 1903 CC. No obstante, sólo en el caso en que en los estatutos sociales se prevea la obligación de vigilancia del órgano delegante sobre el delegado, habrá una responsabilidad del consejo por los acuerdos adoptados por la comisión ejecutiva o el consejero delegado[912]. En todo caso deberá ser la jurisprudencia, la que caso por caso vaya determinando la responsabilidad del consejo por los actos de los órganos delegados, a la vista de la dimensión o necesidades organizativas de la sociedad y el conocimiento de los acuerdos por parte del órgano delegante, ya que la falta de control por este sobre el órgano delegado excluye la posible existencia de dolo, y los delitos societarios se han configurado como delitos exclusivamente dolosos, de forma que el dolo en la omisión necesita de la conciencia del autor sobre su capacidad de acción para evitar el resultado y más cuando algunos de los ilícitos societarios deben considerarse delitos de simple actividad, que evidentemente realiza el órgano delegado en los acuerdos que éste adopta y no el delegante[913].

V. 6. 3. La autoría por *extraneus* o terceros, y la autoría mediata.

No cabe la responsabilidad como autores de los delitos societarios, de aquellos sujetos no cualificados, que tienen la consideración de "*extraneus*" o terceros, sin tener la cualidad de administrador de hecho o de derecho o de socios[914]. No debemos olvidar que los delitos societarios son delitos especiales, y que en consecuencia sólo pueden ser cometidos por aquellos sujetos activos que mencionan los tipos penales, a diferencia de los delitos comunes que son susceptibles de ser cometidos por cualquier persona[915]. De forma que la autoría por un "*extraneus*" o tercero, no resulta posible en los delitos societarios, salvo los casos de inducción por parte de estos a quién realmente ejerce de

responsabilidad de un tercero únicamente puede ser considerado partícipe. Al partícipe, en definitiva, sólo se le imputa el hecho típico de manera indirecta o accesoria en virtud de la relación que mantiene con el autor".

[912] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.* pp. 57-58.

[913] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Idem*, pp. 59-61.

[914] CUGAT MAURI, M., en CÓRDOBA RODA, J. (dir.) y GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *Comentarios…*, *op. cit.*, p. 1087: "…que sólo limita la posibilidad de intervención del *extraneus* a título de autor, aunque no así a título de partícipe".

[915] SILVA SÁNCHEZ, J-Mª: *Derecho …, op, cit.,* p. 96.

administrador de hecho o de derecho o como socio. Ello es debido a que, en los delitos societario, se castiga conductas determinadas que fijan los propios tipos penales societarios, en las que los terceros prácticamente no van a tener papel alguno como sujetos activos de los mismos.

Cuestión distinta son los supuestos de autoría mediata, prevista en el art. 28 CP, que tiene perfecta cabida en los delitos societarios. Así el autor mediato u hombre de atrás, deberá reunir los requisitos propios de la autoría, es decir ser un *intraneus*, lo que supone, salvo en el supuesto del art. 292 CP, que quién no es administrador de hecho o de derecho o el no socio, según el tipo penal societario de que se trate, no podrá ser nunca autor mediato. Y en cuanto al hombre de delante, podrá ser tanto un *intraneus* como un *extraneus*. En el primer caso si la conducta es dolosa por parte del hombre de delante, este responderá a título de autor, siempre que sea administrador de hecho o de derecho o socio, y el hombre de detrás a título de inductor. Mientras que, si la conducta del hombre de delante es a título de imprudencia o consecuencia del comportamiento del hombre de atrás, en este caso el hombre de atrás responderá a título de autor mediato. No obstante, en el caso que el hombre de atrás utiliza como ejecutor directo a un extraneus, en el que no concurre la condición de administrador de hecho o de derecho o socio, dependiendo el tipo societario de que se trate, la conducta no tendrá cabida en los delitos societarios y ello sin perjuicio que pueda tener cabida en otro tipo penal, ya que en caso contrario resultará impune[916].

[916] DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y POLO VEREDA, J.: *Problemas …, op. cit.*, p. 100-101.

CAPÍTULO V: DOLO Y ERROR, EN LOS DELITOS SOCIETARIOS

I. Introducción

En el presente Capítulo analizaremos el dolo y error, en los delitos societarios, en cuanto que la imprudencia de acuerdo con el art. 12 CP no es aplicable a los delitos societarios. Al no estar previsto en ninguno de los tipos penales de los arts. 290 a 294 CP, su realización de forma imprudente quedará desterrado de los mismos la imputación subjetiva mediante su comisión imprudente, y únicamente serán perseguibles los delitos societarios por su comisión dolosa. Para el estudio del dolo en los delitos societarios va a ser de gran utilidad la concepción normativa del dolo, derivada de la concepción significativa de la acción, en la que el concepto de dolo se construye desde una perspectiva íntegramente normativa, en su doble vertiente, proyectándose en los dos elementos del dolo, tanto en el intelectual como en el volitivo, considerado como un auténtico *compromiso* con la vulneración del bien jurídico protegido por la norma penal. Esta concepción adquiere una gran relevancia en estos delitos desde el momento en que existe una remisión clara a las normas extrapenales como forma de integrar los elementos normativos del tipo. La concepción normativa nos servirá para analizar en qué delitos societarios cabe el dolo eventual junto con el dolo directo y en cuáles no.

Y en cuanto al examen del error en los delitos societarios, habrá que analizar de conformidad con el art. 14 CP si el error en los delitos societarios es susceptible de calificarse como un error de tipo o como un error de prohibición, y si a la vista del carácter vencible o invencible que puede tener en uno u otro la conducta pueda quedar excluida de responsabilidad penal. Y en cuanto que el concepto de error va íntimamente unido a su prueba judicial por quién lo alega, será necesario examinar la doctrina jurisprudencial sobre el alcance del error en los delitos societarios. Así veremos cómo en el caso de los delitos societarios, el error sobre el conocimiento de las normas extrapenales, principalmente mercantiles y contables, aunque también podrán ser administrativas, dará lugar fundamentalmente a un error de tipo en vez de a un error de prohibición, en cuanto que supondrá un conocimiento equivocado de alguno de los elementos normativos de los tipos penales de los delitos societarios, con las consecuencias que tendrá de acuerdo con el art 14.1 CP. Para ello deberemos tener en cuenta las cualidades que se exigen a los administradores de hecho y de derecho como sujetos activos de los delitos societarios, y las obligaciones de diligencia y de lealtad que se les exige para el ejercicio de su cargo. El error invencible sobre el tipo excluirá la responsabilidad penal, y si el error es vencible,

tal y como dice el art. 14.1 la conducta se castigará como imprudente, y al no estar previsto la imprudencia en los delitos societarios, en ese caso la conducta quedará impune, constituyendo un elemento común que veremos en cada uno de los delitos societarios regulados en los arts. 290 a 294 CP.

II. El dolo en los delitos societarios

II. 1. Introducción

La responsabilidad penal sólo puede basarse en el dolo o en la imprudencia como manifestación del principio de culpabilidad, de forma que de acuerdo con el art. 5 CP *no hay pena sin dolo o imprudencia* y de conformidad con el art. 10 CP, *son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley*. El art. 12 CP establece que *las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley*. Concepto de imprudencia, que sustituye al tradicional de culpa, pero que resultan equivalentes conceptualmente, y que, en atención a este precepto, sólo cuando una conducta contiene una previsión específica que sanciona la imprudencia, podrá castigarse la misma, y en caso contrario, quedará impune, estableciéndose por tanto un sistema de incriminación por imprudencia de *numerus clausus*.

En materia de delitos societarios, afirmaba TERRADILLOS BASOCO, en relación con el proyecto de ley de CP de 1994, que éste contemplaba exclusivamente la incriminación de los delitos societarios en su forma dolosa, siendo una decisión de política-criminal avalada por argumentos relevantes, y sin que se requiriese un dolo reforzado ya que *para la integración del dolo ha de bastar con que sus elementos vayan referidos a lo que se hace y su trascendencia*[917]. De conformidad con el art. 12 CP, en el ámbito de los delitos societarios, al no estar expresamente previsto en los tipos penales de los arts. 290 a 294 CP su realización de forma imprudente queda desterrado de los mismos la imputación subjetiva mediante su comisión imprudente, de forma que únicamente serán perseguibles los delitos societarios por su comisión dolosa[918]. Lo que nos lleva a decir que no cabe en consecuencia la imputación de un delito societario de

[917]TERRADILLOS BASOCO, J.: *Derecho …, op. cit.,* pp. 81-82: De forma que exigir ulteriores finalidades, como afirma este autor, además de no venir aconsejado por consideración político-criminal alguna, es condenarse a la ineficiencia.
[918] DIAZ ECHEGARAY, J.L.: *La Responsabilidad…, op. cit.*, p. 88. En el mismo sentido DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y POLO VEREDA, J.: *Problemas …, op. cit.*, p. 119.

forma imprudente[919] y que en todos los delitos societarios se requiere una actuación dolosa para que puedan ser objeto de penalidad, quedando desterrado del ámbito penal la comisión de estos delitos de forma imprudente. En ese caso de conducta imprudente, para la satisfacción del daño ocasionado, deberá acudirse al procedimiento civil mediante el ejercicio de las correspondientes acciones, ya sean de daños y perjuicios, reclamación de cantidad o acciones societarias previstas en la LSC. De esta forma, el quebrantamiento imprudente o negligente por parte de los administradores de hecho y de derecho o incluso de los socios, como sujetos activos de los delitos societarios, de sus obligaciones de diligencia y de buen gobierno de la sociedad que causen un daño a la misma, a los socios o terceros, podrá dar lugar a la reclamación mediante el ejercicio de las acciones civiles o sociales ante la jurisdicción ordinaria, pero en ningún caso constituirá infracción delictiva alguna que dé lugar a un procedimiento penal[920].

Ante la falta de una definición legal de dolo, la doctrina más autorizada, siendo sus principales exponentes ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC, lo define como el conocimiento y voluntad (intención) de realizar el hecho injusto, de forma que una persona actúa dolosamente cuando conoce lo que está haciendo y además quiere hacerlo. Existe en consecuencia en el dolo dos elementos, el *elemento intelectual o cognitivo*, como conocimiento del hecho, y el *elemento volitivo*, consistente en actuar intencionadamente, aceptando las consecuencias que se derivan de su conducta[921]. El dolo

[919] FRANCÉS LECUMBERRI, P.: *El delito…, op. cit.,* p. 238: Esta autora entiende que el legislador ha optado por no castigar ninguno de los delitos societarios del Capítulo XIII del Título XIII del Libro II del CP a título de imprudencia, habiendo sido valorada esta opción de forma muy positiva por la doctrina.

[920] GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *Los delitos…, op. cit.,* pp. 101-102: "Al margen de la eficacia general de la declaración formulada en el artículo 12 CP, parece manifiesto que todas las modalidades de delincuencia societaria presuponen por su propia naturaleza una actividad consciente y deliberada por arte de los administradores, que hacen un uso abusivo o fraudulento de sus facultades y prerrogativas sociales, y que ello ha de excluir, en consecuencia, la posible apreciación de uno de estos delitos en supuestos en los que exista una simple falta de diligencia. Se trata esencialmente de conductas animadas por el propósito de causar un perjuicio a la sociedad, a los socios o a los terceros, que en su propia concepción excluyen cualquier posibilidad de comisión culposa".

[921] ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 10ª Edición; p. 356.

En el mismo sentido QUINTERO OLIVARES, G.: *Parte General del Derecho Penal,* 5ª ed. Pamplona, Aranzadi, 2015, p. 158.: Este autor define el dolo como "conocimiento de los elementos del tipo objetivo y voluntad de que estos se realicen, incluyendo, en su caso, el resultado*".*

En el mismo sentido LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General,* 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 227-229: Para que exista dolo hay que conocer tanto los elementos objetivos del tipo indiciario o estricto, como la ausencia de los elementos objetivos de las causas de justificación, de forma que será necesario el conocimiento de todos los elementos, positivos y negativos que dan lugar a la prohibición y antijuridicidad de la conducta que define como un "*dolo objetivamente malo*". Así este autor, define el dolo como el *conocimiento y voluntad de realizar todos los elementos objetivos del tipo total del injusto*, tanto en su parte positiva o tipo indiciario como en su parte negativa del tipo, la ausencia de los elementos de causas de atipicidad o de exclusión de la tipicidad y de causas de justificación, pero no requiere conocimiento o conciencia de la propia antijuridicidad o prohibición de la conducta.

se entiende como *conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito*[922]. El primero de ellos, el *elemento intelectual o cognitivo*, supone que el autor sabe qué es lo que hace y conoce los elementos que caracterizan su acción como conducta típica, es decir que conoce los elementos objetivos del tipo (sujeto, conducta, resultado, relación causal o imputación objetiva, objeto material) y sin que ello suponga que debe conocer otros elementos propios de la antijuridicidad, culpabilidad o penalidad. En el elemento cognitivo del dolo, se incluye el conocimiento de los elementos del tipo objetivo de la figura del delito y que dependen de la voluntad del autor, *y se excluye el de aquellos factores determinantes para la punibilidad, pero que el autor no puede controlar o no importa que los prevea o calcule*[923]. En cuanto al *elemento volitivo*, éste supone el querer realizar los elementos objetivos del tipo o *la voluntad incondicionada de realizar algo típico que el autor cree que puede realizar*[924]. Existirá en el autor un *compromiso* o una clara intencionalidad de vulneración del bien jurídico protegido. Junto con el dolo y dentro de la parte subjetiva de la tipicidad aparecen los *elementos subjetivos del injusto* que aparece descrito en la conducta por el Derecho positivo[925]. La conducta puede ser tanto activa pero también podrá ser omisiva, como ocurrirá cuando los administradores de hecho o de derecho con su conducta permitan o faciliten la comisión de alguno de los delitos societarios (*v. gr*. delito de falsedad contable del art. 290 CP, cuando no se incorporan datos reales a las cuentas anuales). En cuanto al concepto jurisprudencial de dolo, por todas, STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 113/2024 de 7 febrero en su FD Segundo establece:" Conviene recordar en este momento argumentativo nuestra doctrina sobre

[922] MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho …, op. cit.,* p. 247.
[923] QUINTERO OLIVARES, G.: *Parte General …, op. cit.,* p. 149.
[924] MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho…, op. cit.,* pp. 247 y ss.
En el mismo sentido LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal... op. cit.,* p. 231: "El elemento volitivo, supone no ya la voluntad genérica de la acción sino la voluntad de realizar la conducta típica, el querer realizar todos los elementos objetivos del tipo de los que se tiene conocimiento".
[925] QUINTERO OLIVARES, G.: *Parte General …, op. cit.,* pp. 158-159 y 169: Así el dolo irá referido siempre a los elementos objetivos del tipo, mientras que los elementos subjetivos del injusto irán referidos a fines y propósitos que, como afirma este autor, es lo que confieren al hecho su dimensión de injusto penal en cuanto que ponen en peligro el bien jurídico protegido. De esta forma, el dolo quedará limitado en sus componentes cognoscitivos y volitivos a lo que compone la parte objetiva del tipo (elementos de la acción, valorativos y normativos, resultado, circunstancias personales del sujeto pasivo etc.). Lo que le lleva a decir a este autor que la ausencia de elemento subjetivo del injusto determina la atipicidad de la conducta por una parte y por otra de que se puede actuar dolosamente sin perseguir el elemento subjetivo del injusto pero esa conducta carecerá de relevancia penal sino va acompañada de un actuar doloso.
Además los elementos subjetivos del injusto pueden estar presente en la ley de forma expresa o implícita, de forma que en el primer caso en el tipo de delito se hace referencia a la finalidad que impulsa al sujeto pasivo, mientras que en la implícita la orientación de la conducta del sujeto a una conducta se infiere de una interpretación sistemática o axiológica del tipo penal, sin que en la ley exista una expresión concreta que lo indique, lo que lleva a que la doctrina en ocasión plantea dudas acerca del significado o alcance del elemento subjetivo del injusto.

el dolo, recogida en la STS 772/2004, de 16 de junio (RJ 2004, 7661), reiterada en jurisprudencia posterior, como las SSTS 890/2010, de 8 de octubre (RJ 2010, 7827), o la 546/2012, de 25 de junio (RJ 2012, 9056) el dolo, según la definición más clásica significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que una manifestación de la modalidad más frecuente del dolo, en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado, o que realiza la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado. Lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización. Esa voluntad se concreta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos. Si, además, resulta acreditado la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolosa intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo, en los delitos de resultado"[926].

II. 2. La aplicación de concepción normativa del dolo en el ámbito de los delitos societarios

Actualmente y frente a la concepción psicológica del dolo, ha ido adquirido una gran relevancia tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, la consideración de la *naturaleza normativa del dolo*, derivada de la concepción significativa de la acción formulada por VIVES ANTÓN. De acuerdo con la concepción normativa del dolo, para saber si en un sujeto hay una intención concreta de violar el bien jurídico protegido, deberán examinarse las reglas sociales y jurídicas que definen su acción, poniéndolas en relación con las competencias del autor, ya que, como resulta evidente, en ningún caso podremos para demostrar el dolo, entrar en la mente del autor. El dolo sólo puede concurrir, si en la acción realizada existe un *compromiso* para ejecutar la acción por el autor, que deberá determinarse desde el punto de vista normativo, que no psicológico, y para ello habrá que examinar dos parámetros: el primero que consiste en fijar las reglas o códigos externos, sociales y jurídicos, que definen la acción como una acción típica y el segundo parámetro, consistente en poner en relación esas reglas con el bagaje de conocimientos o la competencia del autor[927]. Para la concepción normativa del dolo, los

[926] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 113/2024 de 7 febrero JUR\2024\55958 en su FD Segundo.
[927] VIVES ANTÓN, T: *Fundamentos …, op. cit.,* p. 237: En la concepción significativa de la acción, el concepto de dolo se construye desde una perspectiva íntegramente normativa, en su doble vertiente,

dos elementos del dolo, tanto el elemento cognitivo como el elemento volitivo del mismo, deben ser concebidos en un sentido normativo de forma que para la constatación del elemento volitivo se podrá acudir a todos los indicios y motivos externos que sirvan para acreditar que la decisión adoptada por el autor es contraria al bien jurídico protegido por la norma penal. Asumiendo la perspectiva normativa del dolo, la diferencia entre el dolo directo y el dolo eventual se articula sobre la base de la mayor o menor intensidad del compromiso con la vulneración del bien jurídico que nos revela la conducta antijurídica. En tal sentido habrá dolo directo si de la acción realizada por el agente se infiere que la probabilidad de evitar el hecho ofensivo para el bien jurídico no desempeñó papel alguno en la decisión de forma que el agente dio por segura la producción del hecho, y habrá dolo eventual si de la acción se infiere que para el agente la producción del hecho ofensivo era probable, pero no segura[928]. El TS ha asumido en reiterada jurisprudencia la concepción normativa del dolo, tal y como ha recogido la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 44/2019 de 1 febrero, por todas [929].

La concepción normativa del dolo es especialmente trascendente y aplicable a los delitos socioeconómicos, y en consecuencia a los delitos societarios, ya que en estos el objeto del dolo se proyecta sobre un gran número de normas extrapenales, lo que determinará que el tribunal no se verá obligado a acreditar desde el punto de visto psicológico, que el autor conocía los hechos que fundamentan el tipo y que quería efectivamente realizar el hecho antijurídico. En otras palabras, la concepción normativa del dolo en los delitos societarios hará que se proscriba de los mismos el tradicional enfoque psicológico del dolo, corrigiendo de esta manera la indeseable práctica judicial al enjuiciar estos delitos socioeconómico de absolver sobre la base de afirmar que no concurre un pretendido elemento subjetivo del injusto. De esta forma, se podrá acreditar el dolo, cuando exista una violación del bien jurídico protegido de un delito societario

proyectándose en los dos elementos del dolo, tanto en el intelectual como en el volitivo, considerado como un auténtico *compromiso* con la vulneración del bien jurídico protegido por la norma penal.

[928] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa...op. cit.,* p. 489.

[929] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 44/2019 de 1 febrero RJ\2019\520 en su FD Segundo establece: "Dicho lo anterior, es importante reseñar ahora que, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, actuar con dolo significa conocer y querer los elementos objetivos que se describen en el tipo penal; sin embargo, ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en su modalidad eventual el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, pese a lo cual el autor lleva a cabo su ejecución, asumiendo o aceptando así el probable resultado que pretende evitar la norma penal".

En el mismo sentido la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 113/2024 de 7 febrero JUR\2024\55958 que en su FD Segundo citando la STS de 16 de junio de 2.004 (RJ 2004, 7661)".

que el autor no sólo conocía sino también quería las consecuencias del delito societario, con independencia del "*querer*" psicológico del autor. Esta situación ocurrirá siempre que se trate de un profesional del mundo de la empresa (administradores de sociedades, abogados, economistas, gestores etc.) que sea conocedor y que de su conducta se deduzca que de entre las diversas posibilidades de actuación, optó por la que es contraria al bien jurídico[930]. En los delitos societarios, el objeto del dolo debe alcanzar al resultado, de forma que en estos delitos en los que el resultado aparece en la conducta típica, el conocimiento del resultado consistirá en una previsión de dicho resultado, abarcando en consecuencia el dolo a la misma.

Del análisis de los diversos tipos penales societarios vamos a ver, si junto con el dolo directo de primer grado, con una submodalidad de dolo directo de segundo grado, cabe también el dolo eventual[931]. Es importante resaltar que la penalidad del dolo eventual en los delitos societarios resultará equiparable al del dolo directo de forma que merecen la misma valoración y reproche penal, ya que en ambos supuestos el reproche al bien jurídico protegido es igual. La imputación en ambos casos será idéntica ya que se infringe la misma norma, concebida como norma directiva de conducta o mandato, sin perjuicio que la mayor o menor gravedad de dicha infracción (dolo directo o dolo eventual) tendrá relevancia en la determinación de la pena dentro del marco legal asignado por el CP en atención a las diferentes necesidades preventivo-generales y preventivo-especiales.

Y de igual forma resulta importante en los delitos societarios la denominada *ignorancia deliberada*, proveniente del derecho anglosajón, y que consiste en equiparar al comportamiento doloso eventual, la conducta del sujeto que no conoce que en la misma concurran los elementos típico-objetivos de un delito, pero que no obstante decide intencionadamente no procurarse dicho conocimiento pese a poderlo haber hecho. Constituye un dolo que no requiere del elemento cognitivo. Esta doctrina al no exigir el elemento volitivo del dolo resulta ampliamente criticable y no se ampara en los principios

[930] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa...op. cit.,* pp. 473: En este sentido, el enfoque de la concepción significativa del dolo se acompasa perfectamente con la regulación que se ofrece en el texto de los eurodelitos, con respecto a la cual cabe interpretar, por una parte, que prescinde de criterios psicológicos para la constatación del dolo y, por otra parte, que requiere dos elementos, el cognitivo, integrado por el "conocimiento del hecho", y el volitivo, integrado por la "decisión de realizar el hecho*".*

[931] Tal y como indica a STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 44/2019 de 1 febrero RJ\2019\520 FD Segundo, y la muy reciente STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 113/2024 de 7 febrero JUR\2024\55958 en cuyo FD Segundo dice: "El dolo admite diversas modalidades. Sin embargo, no hay un dolo de primer orden, el dolo directo, y otros de menor intensidad, el de consecuencias necesarias o el eventual. Se trata de distintas modalidades para explicar la misma forma de tipicidad subjetiva".

penales básicos de nuestro ordenamiento jurídico penal español, si bien en el ámbito de los delitos societarios, puede resultar útil para acreditar el dolo eventual desde la perspectiva normativa del dolo[932].

II. 3. El dolo en el delito de falsedad de cuentas anuales y otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad (art. 290 CP)

II. 3. 1. El dolo directo en el delito del art. 290 CP

En el delito de falsedad de cuentas anuales y otros documentos mercantiles que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad tipificado en el art. 290 CP, tal y como hemos avanzado, y es común para todos los delitos societarios, sólo se sanciona la conducta dolosa y sin que se pueda cometer este delito por simple imprudencia, al no haberse tipificado expresamente la comisión imprudente. Ello implica que las modalidades típicas previstas en el art. 290 CP, tanto en el párrafo primero como en la modalidad agravada del párrafo segundo, sólo pueden cometerse a título de dolo, y sin que ello signifique que se exija un dolo "*especializado*"[933]. Como afirma MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ:

> "la pretensión de algunos autores y de un sector jurisprudencial de encontrar en el tipo del art. 290 un elemento subjetivo del injusto diferente del dolo no puede compartirse. Ni el precepto ofrece base alguna para ello, ni hay aquí razones que justifiquen la conveniencia de tal elemento"[934].

Posición que se refrenda por la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Caso Arte y Naturaleza. Sentencia núm. 94/2018 de 23 febrero, que exige que el delito del art. 290 CP se ejecute exclusivamente de forma dolosa[935]. Así más que un dolo concreto, del tipo del dolo directo, parece más adecuado exigir que la conducta sea idónea, apta o potencialmente lesiva[936]. Encontrándose la conducta objetivizada mediante la expresión "*de forma idónea para*" que aparece en el primer párrafo del art. 290 CP, cuya justificación se encuentra en el principio de diligencia debida y lealtad que se exige a los administradores de hecho y de derecho de las sociedades mercantiles de conformidad con

[932] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Ibidem*, pp. 504-509.
[933] GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit.,* pp. 222-223. En iguales términos PAVÓN HERRADÓN, D.: *El delito …, op. cit.,* p. 329-332.
[934] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 6ª Edición. pp. 512-513.
[935] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Caso Arte y Naturaleza. Sentencia núm. 94/2018 de 23 febrero RJ\2018\964: FD Undécimo: "1. ...Desde el punto de vista subjetivo es necesario el dolo, y el conocimiento por parte del administrador de la falsedad de las cuentas que firman".
[936] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.,* p. 195.

la legislación mercantil que les sea aplicable en atención al tipo de sociedad de que se trate[937]. El dolo debe abarcar tanto el conocimiento de la acción falsaria como la *idoneidad* de ésta para causar un perjuicio económico a los sujetos pasivos del delito en el supuesto genérico del párrafo primero del art. 290 CP, y perjuicio que será efectivo en el tipo cualificado del párrafo segundo del art. 290 CP[938]. En otras palabras, en el art. 290 CP no se castiga la comisión de cualquier falsedad sino sólo aquella que es *idónea* para causar un perjuicio económico en el tipo básico o que efectivamente lo cause en el tipo cualificado del art. 290 CP[939]. El dolo del art. 290 CP debe abarcar todas las características del tipo objetivo, de forma que la conducta falsaria debe haber sido cometida por el autor con conocimiento de los elementos que conforman el tipo objetivo del delito[940]. En tal sentido la conducta falsaria del art. 290 CP se deberá realizar por el sujeto activo con conocimiento cabal y voluntario de querer los elementos que condicionan objetivamente el tipo penal[941], tal y como se pone de manifiesto por la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 313/2019 de 17 junio[942]. El carácter doloso de este delito supone que el autor debe conocer la idoneidad de la irregularidad contable para que un tercero adopte sobre ella decisiones económicas, de las que puede derivarse un perjuicio patrimonial, y sin que sea necesario que el autor quiera o incluso acepte este riesgo, lo que debe alcanzar el dolo del autor es el conocimiento de que su conducta contraviene la normativa contable[943].

---

[937] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Idem*, p. 196.

[938] FRANCÉS LECUMBERRI, P.: *El delito…, op. cit.,* p. 245: Con todo esto y conforme al concepto de dolo ofrecido anteriormente, éste debe englobar todos los elementos constitutivos del tipo objetivo, tanto de la parte positiva como negativa. Es así que la acción falsaria tendrá que ser realizada por el autor, para que la conduta sea sancionada conforme al art. 290 CP, con el conocimiento y la voluntad de los elementos que confirman el tipo objetivo del delito.

[939] MAGRO SERVET, V.: *Delitos …, op. cit.*, p.121.

En el mismo sentido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: "Los delitos …", en AREÁN LALÍN, M. (coord.) y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (coord.): *El nuevo …, op. cit.,* p. 208: "La idoneidad lesiva para el patrimonio se erige como un elemento valorativo inexcusable del tipo de injusto, que ha de ser abarcado por el dolo (siendo suficiente el eventual) del autor y que debe poder ser imputado objetivamente a su conducta".

E igualmente en el mismo sentido FARALDO CABANA, P.: *El delito…, op. cit.,* pp. 114-115.

[940] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 2ª Edición. p. 159

[941] SEQUEROS SAZATORNIL, F.: *Delitos …, op. cit.,* p. 124.

[942] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 313/2019 de 17 junio RJ\2019\3105: FD Séptimo: "2. Los elementos del delito tipificado en el artículo 290 del Código Penal, según criterio reiterado de esta Sala (STS 865/2005, de 24 de junio (RJ 2005, 6896), por todas), son los siguientes: ……. b) como resultado, el precepto exige que tal acción típica sea idónea para causar un perjuicio económico a la entidad, a alguno de sus socios o a un tercero. El tipo básico no requiere perjuicio económico alguno, simplemente que sea idóneo para causarlo; pero sin duda las falsedades que puedan incluirse tendrán vocación económica. Por el contrario, si se llegare a causar el perjuicio económico, surge un tipo agravado, y las penas se impondrán en su mitad superior".

[943] NIETO MARTÍN, A. en DE LA MATA BARRANCO, N.J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. y NIETO MARTÍN, A.: *Derecho. ..., op. cit.,* p. 725.

Aparecen dos elementos exigibles en el dolo del art. 290 CP, por una parte que el administrador de hecho o de derecho es conocedor de la falsedad que está realizando, de forma que conoce su deber de documentar verazmente, y sin embargo quiere falsear ya sea de las cuentas anuales ya sea de los documentos que deben reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, y por otra parte que esa falsedad debe tener el grado de aptitud o idoneidad para causar el perjuicio económico a los sujetos pasivos[944]. Es decir, que la conducta es idónea para causar un perjuicio económico que si finalmente se produce entonces estaremos ante el tipo cualificado del párrafo 2º del art. 290 CP. En otras palabras, el dolo del art. 290 CP debe abarcar no sólo la voluntad de falsear los documentos contables, jurídicos o económicos mencionados en el art. 290, sino también la idoneidad para perjudicar a los sujetos pasivos del mismo. Resulta trascendente en este sentido es la STS (Sala de lo Penal) núm. 867/2002 de 29 julio "Caso Banesto"[945].

En cuanto que el art. 290 CP es un delito de aptitud, en relación al resultado lesivo "perjuicio económico", que se exige en el apartado segundo del art. 290 del CP no cabe exigir un dolo especial, al no depender el perjuicio económico de la voluntad de los administradores, sino que deriva de factores externos a la voluntad de los mismos, pero no con ello se está justificando el hecho que quepa la producción del delito en su forma agravada a título de imprudencia[946]. Como afirman BOIX REIG y ANARTE BORRALLO, derivado de las exigencias de los principios de culpabilidad y proporcionalidad, el perjuicio económico no puede entenderse como una mera condición objetiva de la punibilidad, sino como un resultado ligado a la conducta e imputable objetiva y subjetivamente. En tal sentido el perjuicio económico debe ser abarcado por el dolo del sujeto de forma que, si el perjuicio no está unido a la realización de la falsedad, sino a otros factores quedará descartado el tipo agravado[947]. Adicionalmente, en el delito del art. 290 CP estamos ante un dolo de peligro, que puede ser tanto dolo directo de primer

[944] MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho …, op. cit.,* p. 564.
[945] STS (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 867/2002 de 29 julio RJ\2002\6357 "Caso Banesto": FD Séptimo, Octavo y Noveno:"10.–No obstante existen dificultades técnicas para admitir, como postula la parte recurrente, la continuidad delictiva, tanto si consideramos aplicable el antiguo Código, como el vigente artículo 290 del Código Penal, ya que la propia decisión de alterar o falsear la verdadera situación económica o jurídica de la sociedad, supone la existencia de un previo plan o diseño de ejecución que va implícito en la conducta típica. Asimismo, la actividad falsaria necesita, indispensablemente, de una pluralidad de hechos que forman parte del fin último de los sujetos activos (administradores de hecho o de derecho) y que, por su necesaria complejidad, exigen una pluralidad de actuaciones que ya están embebidas en el tipo.
[946] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.,* pp. 197-198.
[947] BOIX REIG, J. y ANARTE BORRALLO, E.: "Delitos societarios" en BOIX REIG, J. (dir.): *Derecho … op. cit.,* p. 727.

o de segundo grado, como dolo eventual. Pero que sea un dolo de peligro no significa que estemos ante un concepto distinto de dolo[948]. El dolo del art. 290 CP supone que el sujeto conoce y quiere falsear de forma idónea las cuentas anuales o documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, poniendo en peligro de forma hipotética el patrimonio de los sujetos pasivos, tal y como recoge la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Caso Pescanova. Sentencia núm. 89/2023 de 10 febrero RJ\2023\1648: FD Quinto:

> "Mucho ha discurrido la doctrina científica acerca de si nos encontramos ante un delito de peligro abstracto, en términos de mero peligro hipotético, contra el patrimonio o si, por el contrario, su naturaleza jurídica se compadece mejor con los delitos denominados de peligro abstracto-concreto, con capacidad *ex ante* para generar un perjuicio en cualquiera de los destinatarios legítimos de la información documental, alcanzado a través de la provocada desorientación de éstos que la información falsa que consta en los referidos documentos genera"[949].

A mi juicio, es necesario que el dolo del art. 290 CP alcance por una parte a la falsedad de los documentos contables, y por otra, la falsedad debe tener el grado de *aptitud o idoneidad* para causar el perjuicio económico a los sujetos pasivos, lesionando el bien jurídico protegido del art. 290 CP[950]. Esta conformación del tipo subjetivo es una de las características principales de las conocidas estafas de crédito, cuando por los sujetos activos se presentan las cuentas anuales de una entidad que demanda un crédito para su estudio por los analistas de riesgos, y entre la documentación que se aporta se acompañan las cuentas anuales falseadas, de manera que se genera un engaño en los analistas que estarán elaborando unos informes sobre la base de datos falsos, y que deben presentarse

[948] FRANCÉS LECUMBERRI, P.: *El delito…, op. cit.,* p. 245: "En este sentido el dolo tendrá que abarcar no sólo la acción falsaria como tal, sino también la identidad para causar perjuicio (dolo de idoneidad lo llama él) y en este sentido es necesario, como se expuso advierte POLO VEREDA, que el sujeto pueda comportase del modo que l tipo le exige, por lo que no solo tendrá que realizar una falsedad, sino que además tendrá que conocer el documento concreto en que se comete, así como su naturaleza y destino posterior en el tráfico que es lo que en cierta manera ayudará a poder determinar la voluntad en la identidad para casuar el perjuicio patrimonial". En el mismo sentido RÍOS CORBACHO, J.M.: "Delitos …", en ACALE SÁNCHEZ, M. (Coordinación): *Lecciones..., op. cit.*, p. 143: Para este autor en el art. 290 CP cabe tanto el dolo directo como el dolo eventual.
En sentido contrario PÉREZ VALERO, I: *El delito …, op. cit.,* 1ª Edición, pp. 424-435 para este autor sólo cabe el dolo directo en el art. 290 CP, de forma que el dolo abarca los elementos del tipo intentado, uno de los cuales es la situación de peligro para el patrimonio ajeno y además se da el elemento adicional de querer lesionar el patrimonio, que en el tipo básico es un elemento ajeno al tipo al no constar en el mismo. El tipo básico será una forma imperfecta del tipo agravado.

[949] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Caso Pescanova. Sentencia núm. 89/2023 de 10 febrero RJ\2023\1648: FD Quinto.

[950] VALLE MUÑIZ, J.M., QUINTERO OLIVARES G. y MORALES PRATS, F.: "De los delitos …" en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios …, op. cit.,* p. 988.

a los órganos sancionadores a la hora de la concesión de un crédito. En estos casos se incurre claramente en un delito del art. 290 CP ya que la operación y la disposición del crédito, se concede sobre la base de unos balances falsos en los que la capacidad de reembolso de los acreditados no responde a la realidad, resultando a la postre impagado el crédito y con la necesidad de la Entidad de crédito de tenerlo que dotar con fondos propios[951]. La propia jurisprudencia considera que no aplica el delito de estafa si las entidades bancarias no han realizado unas mínimas comprobaciones acerca de la titularidad de los bienes ofrecidos en garantía, ya que si la entidad de crédito no ha llevado a cabo el correspondiente análisis, estará ausente el elemento del engaño propio de la estafa, y en consecuencia deberá aplicar el delito del art. 290 CP que en cuanto que existirá perjuicio económico para la entidad de crédito supondrá que aplique el tipo agravado del art. 290.2CP siempre que el beneficiario del crédito sea una empresa y no un particular[952].

II. 3. 2. El dolo eventual en el tipo penal del art. 290 CP

No resulta pacífico en la doctrina, que se encuentra dividida en este punto, es si cabe el *dolo eventual* en la comisión del delito del art. 290 CP. Así una parte de la doctrina entienden que no cabe el dolo eventual, ya que consideran que el dolo del art. 290 CP debe quedar limitado al dolo directo, en cuanto que la conducta delictiva se identifica con el de los denominados "*delitos de expresión*", y que por tanto el sujeto activo debe ser plenamente consciente de su comisión. Entre estos autores se encuentra DEL ROSAL BLASCO, para quién en el delito del art. 290 CP sólo se admite como forma comisiva el dolo directo, excluyéndose no sólo la imprudencia, pero también el dolo eventual[953]. Para esta posición doctrinal sólo cabe el dolo directo en el delito del art. 290 CP y ello se refuerza con el hecho de que éste debe abarcar también la idoneidad de la falsificación

[951] *Vid.* NIETO MARTÍN, A. en DE LA MATA BARRANCO, N.J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. y NIETO MARTÍN, A.: *Derecho. ..., op. cit.*, p. 725.

[952] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Estudios ..., op. cit.,* p. 78: "En definitiva, vemos que muchas de aquellas situaciones en las que la actuación falsaria del sujeto pasivo es llevada a cabo con la esperanza de poder devolver las cantidades prestadas, aunque conociendo que quizás ello no sea posible, en la práctica van a ser sancionad penalmente a través del art. 290 CP".

[953] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios ..., op. cit.,* p. 106: Entiende este autor que estamos ante un *delito de expresión* en el que existe una discrepancia entre lo que el sujeto conoce y lo que expresa por escrito en el documento, de forma que no falsifica el que se equivoca sino el que actúa a propósito. Del mismo autor y en el mismo sentido DEL ROSAL BLASCO, B.*:* "Delitos …" en DEL ROSAL BLASCO, B. (coord.): *Derecho ..., op. cit.,* p. 275. Y en el mismo sentido GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit.,* pp. 222-223: Para NUÑEZ CASTAÑO tratándose del tipo del párrafo primero del art. 290 CP al consistir en una conducta falsaria realizada por el sujeto pasivo, sólo es admisible el dolo directo, sin que quepa el dolo eventual. No obstante, tratándose del tipo del párrafo segundo, es decir el tipo cualificado del art. 290 CP, a diferencia de lo que mantiene para el tipo básico del párrafo primero del art. 290 CP sí que es posible apreciar la concurrencia del dolo eventual respecto de la producción del perjuicio patrimonial.

para causar el perjuicio económico a los sujetos pasivos del mismo. En este sentido la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 655/2010 de 13 julio RJ\2010\7340[954]. Y en el mismo sentido la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª núm. 884/2016 de 24 noviembre RJ\2016\5633, que afirma:

> "… no cualquier irregularidad se considera una falsedad típica del art. 290 CP sino únicamente aquella que es buscada por su autor, y es aquí donde se encuentra la conducta dolosa, y causa un perjuicio patrimonial o económico, tanto si es efectivo como si es meramente potencial…cuando se trata de meros juicios de valor, en ese caso no se estará falseando. El tipo penal del art. 290 CP exige "falsear" "que tanto quiere decir como mentir, 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 (655/2010, de 13 de julio (RJ 2010, 7340)). De tal suerte que el resultado de unas cuentas puede ser incorrecto, sin falsedad, si las partidas no son correctamente consideradas desde esa perspectiva" [955].

No obstante, esta no es la posición mayoritaria doctrinal, que entiende que en la conducta del art. 290 CP cabe el dolo eventual ya que en el delito del art. 290 CP no sólo requiere la acción falsaria sino además se exige una aptitud objetiva para que ésta cause un perjuicio patrimonial o incluso un perjuicio económico real de acuerdo con el 290 párrafo segundo[956]. Como dice la doctrina más autorizada, con FARALDO CABANA con principal exponente, en el tipo del art. 290 CP no estamos ante un elemento subjetivo del injusto consistente en el ánimo de perjudicar sino ante un delito de aptitud, de forma que la conducta debe ser *idónea* para perjudicar de forma que cabe tanto el dolo directo de primer grado cuando el administrador de hecho o de derecho falsifica los documentos para el fin propio del engaño; de segundo grado cuando ello es consecuencia unida a su conducta; pero también cabe el dolo eventual cuando el administrador de hecho o de

[954] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 655/2010 de 13 julio RJ\2010\7340: *"*FD Tercero: El delito se comete en el párrafo 1º, cuando se falsean las cuentas..."de forma idónea" para causar "un perjuicio económico", no parece que esta frase permita excluir el dolo de perjudicar que caracteriza este delito y que deberá ser probado y directo, no eventual".

[955] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 884/2016 de 24 noviembre RJ\2016\5633: FD Segundo. En el mismo sentido STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 209/2023 de 22 marzo RJ\2023\1900: FD Segundo. Y STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 439/2016 de 24 mayo RJ\2016\2285 que en su FD Tercero dice: "Habrá de convenirse que anudar sin más una falsedad contable a las irregularidades expresadas para integrar el delito del art. 290 CP, resulta arriesgado e incorrecto penalmente porque no toda irregularidad es equivalente a una falsedad de contenido penal".

[956] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial...*p. 513: "Por tanto, obsérvese por lo pronto que, aunque se sostenga que es preciso un dolo directo en la realización de la acción falsaria, ningún inconveniente habrá para aceptar el dolo eventual con respecto de la verificación del resultado material lesivo, en la modalidad cualificada; más tampoco debe haber obstáculo para admitirlo en referencia al tipo de aptitud del pfo. 1º por las razones expresadas en la Parte general (*Vid.* MARTÍNEZ-BUJÁN, PG, V. 5.2.2.)".

derecho se representa como probable la idoneidad de su conducta para causar un perjuicio a los sujetos pasivo y sigue adelante con la misma asumiendo sus consecuencias[957].

En mi opinión sí cabe el dolo eventual en la comisión del delito del art. 290 CP, ya que es evidente que la aptitud de la conducta consistente en falsear, en cuanto elemento del tipo, debe ser abarcado por el dolo, lo que determina que quepa en la comisión del delito tanto el dolo directo como el dolo eventual, es decir que tanto en el caso que los administradores de hecho o derecho busquen la falsedad contable con el resultado lesivo, como si aceptan la posibilidad de que se produzca el resultado lesivo, la conducta será sancionable y deciden seguir adelante. Además, no resulta necesario un conocimiento técnico preciso de la aptitud y sus posibles consecuencias de su conducta, ya que éstas aparecen *per se* en la propia condición del cargo de administrador y los conocimientos técnicos que al mismo se le exigen además de los deberes de lealtad y diligencia propios de los administradores que exige la legislación mercantil y en concreto la LSC[958].

II. 4. El dolo en el delito de imposición de acuerdos abusivos mediante prevalimiento de situación mayoritaria (art. 291 CP)

II. 4. 1. El dolo directo en el delito del art. 291 CP

Al igual que el resto de los delitos societarios, en el delito del art. 291 CP, estamos ante un delito doloso, en el que el dolo del autor debe abarcar el carácter abusivo del acuerdo, al constituir un elemento normativo del tipo. Y además existe un elemento subjeto el "*ánimo de lucro propio o ajeno*", tal y como veíamos en el Capítulo III al tratar las conductas, que no es sino una especificación del dolo, pero independiente del mismo al formar parte del propio tipo como elemento normativo del mismo. La existencia de la

[957] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios...* op. pp. 160-161: "En conclusión, aunque se sostenga que es preciso un dolo directo en la realización de la acción falsaria, no existe inconveniente alguno para aceptar que el sujeto obre con dolo eventual respecto de la verificación del resultado material en la modalidad cualificada, ni para admitir esta modalidad de dolo en referencia al párrafo primero". De la misma autora FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1910.
En el mismo sentido SEQUEROS SAZATORNIL, F.: *Delitos …, op. cit.,* p. 124: El administrador podrá actuar mediante dolo directo de primer grado, que ocurrirá cuando falsifica las cuentas anuales o los documentos que deben reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad y que generan el perjuicio, pero también sin buscarlo directamente cuando conozca la posibilidad de que se produzca el daño a la sociedad, con su conducta falsaria, aceptándolo como una consecuencia vinculada necesariamente a la misma. Y de igual modo quedará excluido el dolo cuando los administradores aun queriendo la falsedad, adopta las previsiones y cautelas necesarias para neutralizar el riesgo que procede de su conducta falsaria de forma que carezca de repercusión negativa para el patrimonio. En el mismo sentido FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.,* p. 197.

[958] BACIGALUPO SAGGESE, S. y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Cuestiones prácticas… op. cit.,* p. 34: "Atendiendo al rol "administrador" debemos imputar unos determinados conocimientos (dolo)".

búsqueda del beneficio económico se infiere de la pena alternativa de multa, que parte "del beneficio obtenido", si bien, no queda integrado en el dolo, el ánimo de lucro propio o ajeno, que constituye como hemos dicho un elemento subjetivo específico y en consecuencia independiente del propio dolo[959]. El dolo de los sujetos activos debe buscar la obtención de una ganancia o incremento patrimonial mediante la adopción del acuerdo abusivo, siempre que a su vez no reporte beneficio alguno a la sociedad, ya que sino la conducta no podrá considerarse típica tal y como indica la jurisprudencia del TS[960]. El dolo del sujeto activo tiene en el precepto un contenido económico, es decir, la búsqueda de obtención mediante el acuerdo abusivo de una ventaja patrimonial consistente en la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico. Será esa finalidad de *ánimo de lucro propio o ajeno* como elemento subjetivo del tipo, lo que determina el dolo y constituye un dato más para que no quepa este delito mediante una conducta imprudente. De forma que, si los hechos se producen de forma imprudente, el acuerdo abusivo podrá ser perseguible ante la jurisdicción ordinaria, civil o mercantil, de conformidad con los arts. 204 y ss. LSC, pero no ante la jurisdicción penal, determinando la impunidad de la conducta. Ello determina que tenga que analizarse en cada caso concreto si la conducta dolosa del autor incurre en un ilícito penal por cumplir con los elementos típicos del art. 291 CP, o por el contrario si estamos ante un ejercicio de un derecho que sobrepasa sus límites normales.

II. 4. 2. El perjuicio ocasionado a los socios minoritarios en el art. 291 CP

El sujeto activo del delito del art. 291 CP deberá ser consciente que el acuerdo abusivo impuesto supone un perjuicio a los socios minoritarios y que no comporta beneficio alguno a la sociedad, existiendo a su vez un ánimo de lucro propio o ajeno[961]. El perjuicio a los socios minoritarios determina que el delito del art. 291 CP sea un delito especial y

[959] BOIX REIG, B. y ANARTE BORRALLO, E.: *Derecho Penal. Parte Especial. Volumen II Delitos Económicos... op. cit.*, p. 737.

[960] Sentencias: STS 698/2019 de 19 mayo. 2020 (RJ 2020, 1210), Rec. 1856/2018, STS 150/2011 de 18 de febrero (RJ 2011, 2374) *y* STS (Sala de lo Penal) núm. 796/2006 de 14 julio RJ\2006\6088: Estas Sentencias ponen de manifiesto el carácter doloso del delito del art. 291 CP: "El tipo penal ha tenido que ser interpretado, ya que las mayorías legales por sí solas no legitiman el acuerdo, que puede ser formalmente ajustado a la normativa societaria y a los estatutos sociales, pero incluir cláusulas o decisiones abusivas, precisamente, prevaliéndose de la situación mayoritaria. En todo caso, el acuerdo debe realizarse con ánimo de lucro propio o ajeno, y en perjuicio de los demás socios. Como causa de exclusión de cualquier maniobra prevalente o abusiva, el legislador condiciona la tipicidad al hecho de que este no reporte beneficios a la misma, por lo que, en sentido contrario, cualquier decisión que, examinada a la luz de los intereses sociales, pueda ser considerada como beneficiosa para la sociedad, excluye la tipicidad*".*

[961] VALLE MUÑIZ, J.M., QUINTERO OLIVARES G. y MORALES PRATS, F.: "De los delitos …" en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios …, op. cit.*, pp. 992-993.

de peligro concreto, que no exige la existencia de un perjuicio real, consumándose mediante la adopción del acuerdo abusivo[962]. En consecuencia, el dolo por parte del sujeto activo debe abarcar entre otros aspectos el perjuicio a los socios minoritarios. Lo que no queda claro en el tipo penal es que deba existir un perjuicio económico real y cuantificable, pues la expresión "*en perjuicio*" puede entenderse como "*con ánimo de perjudicar*", "con aptitud para perjudicar", o "con perjuicio"[963]. El perjuicio podrá producirse o no, lo que ha llevado a autores como BACIGALUPO a criticar la técnica político-criminal y legislativa de este precepto, ya que tal y como dice este autor, el contenido criminal de este delito se da íntegramente con el conocimiento del perjuicio que se causa mediante la adopción del acuerdo abusivo por la mayoría, y no con la finalidad de enriquecimiento de su autor[964]. El TS mediante las recientes STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 661/2022 de 30 junio RJ\2022\3452 y STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 359/2022 de 7 abril RJ\2022\2001se remiten a la doctrina fijada por la Sala en STS 654/2002 de 17 abr. 2002 (RJ 2002, 6323) que establece los elementos que debe tener este delito:

> "El artículo 291 parte de la adopción de un acuerdo obtenido lícitamente pero que debe calificarse de abusivo, y aquí radica la esencia del tipo, que conlleva necesariamente la existencia de un ánimo de lucro propio o ajeno (el de los socios que constituyen la mayoría) en perjuicio de la minoría y siempre que ello no reporte beneficios a la sociedad, es decir, es atípica la concurrencia del mencionado ánimo como compatible con un resultado beneficioso para los intereses societarios, con independencia de que la minoría se vea perjudicada. En síntesis, la esencia de la conducta típica está constituida por el abuso de la mayoría en beneficio propio y exclusivo. El delito se ha calificado como especial y de peligro concreto que no exige la existencia de un perjuicio real (agotamiento), bastando para su consumación la adopción del acuerdo abusivo. La interdicción del abuso se endereza a sancionar aquellos actos que sobrepasen manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, por su intención, objeto o circunstancias (artículo 7.2 CC). La distinción entre el abuso que debe sancionarse en la vía civil o mercantil y el comprendido en el artículo 291 CP

[962] MAGRO SERVET, V.: *Delitos ..., op. cit.*, p.136.
[963] LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. en DE LA MATA BARRANCO, N.J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. y NIETO MARTÍN, A.: *Derecho ..., op. cit.,* p. 472: "No obstante, esta última interpretación parece la más coherente con la existencia de beneficio y con la limitación de una interpretación penal que ya resulta en sí discutible (así, SAP Madrid, 16ª, 589/2002, de 26 de julio, FD 3). No es en todo caso la que parece asumir la STS 83/2010, de 11 de febrero: *El delito ha sido calificado como especial y de peligro concreto que no exige la existencia de un perjuicio real (agotamiento), bastando para su consumación la adopción del acuerdo abusivo* (FD único)".
[964] BACIGALUPO, E. (dir.): *Curso de Derecho... op. cit.*, p. 423.

> sólo puede establecerse, en primer lugar, teniendo en cuenta los elementos típicos descritos en este último, ya señalados anteriormente. Partiendo de su presencia y de la licitud formal en la adopción del acuerdo, la intención del agente debe responder, además, a un exclusivo ánimo de lucro propio o ajeno. Ello equivaldrá a considerar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto para verificar si el ejercicio del derecho sobrepasa manifiestamente sus límites normales".

A su vez el dolo deberá abarcar todos los elementos objetivos del tipo y que son en el tipo del art. 291 CP, que el sujeto activo prevale de una situación mayoritaria en la junta de accionistas o en el órgano de gobierno, para imponer un acuerdo abusivo en el seno de estas y pretende el beneficio propio y el perjuicio de los demás socios[965]. En consecuencia, con la adopción del acuerdo abusivo por la mayoría, se ocasiona un perjuicio patrimonial a los socios minoritarios, y a su vez se produce un beneficio para los primeros o para los terceros, sin que a su vez la sociedad obtenga beneficio alguno. Así el "*perjuicio*" constituye un elemento del tipo de acción, de forma que el autor debe saber que, con la acción típica, consistente en la adopción de los acuerdos abusivos por la mayoría, causa un perjuicio a los socios minoritarios. En consecuencia, el dolo tiene por objeto tanto la acción típica como el resultado de lesión del patrimonio de los socios y la obtención de un beneficio para el sujeto activo[966].

II. 4. 3. El dolo eventual en el tipo penal del art. 291 CP

Mayores dudas se generan en cuanto a si el delito del art. 291 CP sólo se puede cometer mediante dolo directo, de primer o segundo grado, o cabe su comisión mediante dolo eventual. Así para la mayor parte de la doctrina entre los que se encuentra FERNÁNDEZ TERUELO, ha de excluirse la posible comisión del delito con dolo eventual en cuanto el elemento subjetivo revierte en un especial ánimo de lucro propio o ajeno que debe guiar la dirección de la voluntad, lo que lleva a que el delito del art. 291 CP sólo pueda cometerse mediante dolo directo que debe abarcar todos los elementos subjetivos del tipo[967]. No debemos olvidar que en el delito del art. 291 CP estamos ante un dolo

[965] GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit.,* p. 227: "Pero, además, por expresa previsión del legislador, es preciso, también, que concurra un elemento subjetivo del injusto, el ánimo de lucro propio o ajeno, que en realidad se trata de un elemento superfluo, por cuanto, como hemos dicho con anterioridad, el beneficio propio o de un tercero se convierte en nuestra opinión en un requisito indispensable del tipo objetivo".

[966] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit., p.* 231.

[967] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit., p.* 227. En el mismo sentido: FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit., p.* 231: "Dogmáticamente no cabe duda de la admisibilidad del dolo eventual. No obstante, también aquí se hace necesario reclamar una interpretación restrictiva con

reforzado que consiste tanto en la finalidad lucrativa ya sea propia o a favor de un tercero, que se persigue por parte del sujeto activo mediante la adopción del acuerdo abusivo, como por otra parte la conciencia de estar causando con ello un perjuicio a los socios minoritarios, sin beneficio a la sociedad, lo que determina que el dolo eventual deba quedar desterrado de este delito[968]. Frente a la posición anterior, no deja de haber una parte doctrinal importante, encabezada por BACIGALUPO, que considera que en el delito del art. 291 CP cabe el dolo en cualquiera de sus formas, directo, indirecto o eventual[969].

En mi opinión en atención a que el sujeto activo debe buscar a través de los acuerdos abusivos un perjuicio de los demás socios minoritarios y sin que la sociedad obtenga beneficio alguno, junto con la concurrencia del elemento subjetivo del tipo consistente en el "*ánimo de lucro propio o ajeno*", determina que en el delito del art. 291 CP quede proscrito su comisión mediante dolo eventual y que se exija su comisión únicamente a título de dolo directo, ya sea de primer o segundo grado. Considero que lo sujetos activos del delito del art. 291 CP deben ser conscientes de que con el acuerdo abusivo que adoptan, ya sea en la junta general ya sea en el órgano de administración, en el que son mayoría, se puede perjudicar al resto de socios minoritarios, y sin que la sociedad obtenga ningún beneficio. Y a su vez los sujetos activos estén buscando una finalidad lucrativa, ya sea propia o ajena. Además, el carácter abusivo del acuerdo, al constituir un elemento normativo del tipo, debe ser abarcado por el dolo del autor, ya que en caso contrario estaríamos ante una conducta imprudente que estaría próxima al dolo eventual, pero que

---

el fin de reducir al mínimo posible el ámbito de lo punible. Por consiguiente, se propone que la aplicación de este delito tenga lugar únicamente cuando la ejecución del mismo se lleve a cabo con dolo directo, descartándose el dolo eventual". De esta misma autora FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII. …" en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios …, op. cit.,* p. 1125 y En el mismo sentido, FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado...*, *op. cit*, p.1179.
Y en el mismo sentido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial...op. cit.,* p. 537: Este autor entiende que conceptualmente podría admitirse el dolo eventual en este delito sin embargo bajo la idea del principio de intervención mínima del Derecho penal, parece que lo oportuno que se limite la comisión de este delito a la ejecución realizada mediante el dolo directo.
No admite el dolo eventual en el art. 291 CP, DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* p. 117: "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 modo por la intención de obtener un provecho patrimonial (propio o ajeno), hace impensable la posibilidad de admitir el dolo eventual". Del mismo autor DEL ROSAL BLASCO, B.: "Delitos …" en DEL ROSAL BLASCO, B. (coord.): *Derecho…, op. cit.,* p. 281. Y RÍOS CORBACHO, J.M.: "Delitos …", en ACALE SÁNCHEZ, M. (Coordinación): *Lecciones...*, *op. cit.,* p. 146.

[968] SEQUEROS SAZATORNIL, F.: *Delitos …, op. cit.,* p. 166: "Se describe, además, de manera expresa, como elemento subjetivo del injusto la existencia de un ánimo de lucro que debe ser necesariamente abarcado por el dolo del autor".

[969] BACIGALUPO, E. (dir.): *Curso de Derecho... op. cit.,* p. 423.

tal y como hemos comentado y por remisión al art. 12 CP no cabrá en los delitos societarios al no estar expresamente prevista en los mismos su comisión mediante imprudencia.

II. 5. El dolo en el delito de imposición o aprovechamiento de acuerdo lesivo adoptado por mayoría ficticia (art. 292 CP)

II. 5. 1. El dolo directo en el delito del art. 292 CP

Al igual que el resto de los delitos societario, el delito del art. 292 CP no puede cometerse por imprudencia, al ser un delito estrictamente doloso. El dolo deberá abarcar tanto el elemento subjetivo que prevé el tipo consistente en el "*perjuicio"* como todos los elementos objetivos presentes en el tipo y en concreto los medios ilícitos necesarios para la adopción del acuerdo lesivo por la mayoría ficticia. Es decir, el sujeto activo debe ser consciente de la ilicitud de los medios utilizados para la adopción del acuerdo lesivo descritos en el tipo penal: *el abuso de firma en blanco, la atribución indebida del derecho de voto a quienes legalmente carezcan del mismo, la negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tengan reconocido por la Ley, o por cualquier otro medio o procedimiento semejante*. En consecuencia, los medios ilícitos deben ser alcanzado por el dolo del autor y utilizados con conciencia y voluntad por el sujeto activo para obtener la mayoría ficticia que permite la adopción del acuerdo lesivo[970]. El dolo deberá ser directo, ya que, aunque podemos pensar que se podría admitir el dolo eventual en el delito del art. 292 CP, sin embargo, ello atentará contra el principio de intervención mínima del Derecho penal, debiéndose en esos casos acudirse a la jurisdicción ordinaria[971]. Como señala FARALDO CABANA, debe existir conciencia y voluntad en la realización de los elementos objetivos del tipo, estando ante un delito de resultado de peligro concreto para el patrimonio, de forma que el dolo tendrá por objeto no sólo la acción típica, con las mencionadas medios ilícitos para obtener la mayoría ficticia, sino también la puesta en peligro del patrimonio concreto de la sociedad y de sus socios[972].Y la misma línea siguen

[970] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.,* p. 247.
[971] RÍOS CORBACHO, J.M.: "Delitos …", en ACALE SÁNCHEZ, M. (Coordinación): *Lecciones..., op. cit., p.* 150.
[972] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit., p.* 251. Y de la misma autora, FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, p.1190: "El dolo debe abarcar tanto la acción típica como las modalidades de obtención de la mayoría ficticia y la puesta en peligro concreto del patrimonio de la sociedad y los socios. El dolo eventual es conceptualmente admisible, pero razones político-criminales aconsejan limitar la punición a las conductas ejecutadas con dolo directo". En el mismo sentido FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en Cuerda Arnau, M. L. (dir.) y Raga i Vives, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1914.

las interpretaciones del tipo penal del art. 292 CP que realizan los jueces y tribunales. La SAP de Madrid (Sección 4ª) núm. 4/2023 de 9 enero, comprando las conductas del art. 291 y 292, considera la conducta del art. 292 CP cualitativamente más grave, ya que se encuentra implícita en el dolo del falseamiento del autor[973].

II. 5. 2. El dolo eventual en el tipo penal del art. 292 CP

Al igual que ocurre con los tipos de los arts. 290 y 291 CP, se generan dudas en relación a si se puede cometer este delito mediante dolo eventual, o sólo cabe el dolo directo de primer o segundo grado en su comisión. En cuanto que el acuerdo lesivo se adopta por alguno de los medios ilícitos previstos en el tipo penal y es simultáneo, y el autor no sólo lo conoce, sino que los ejecuta, la representación del peligro aparecerá como necesaria, lo que inicialmente parece limitar el tipo al dolo directo. Pero, aunque el delito sólo puede cometerse por los medios fraudulentos previstos en el tipo, encaminados a la imposición del acuerdo lesivo, ello no implica necesariamente que sólo quepa la existencia de un dolo directo. Así y tal y como afirma FARALDO CABANA, la imposición no es el resultado del delito, sino una de las modalidades de la acción, junto con la de aprovecharse, lo que supone que cabría el dolo eventual de peligro siempre que ese peligro aparezca como una consecuencia no necesaria, pero sí posible de la acción, que es aceptada por el autor, quién acepta la eventual producción de las circunstancias que implican la producción del peligro futuro que es ajeno a su control y sobre el que no existirá seguridad en el momento de

En el mismo sentido BOIX REIG, J. y ANARTE BORRALLO, E.: "Delitos societarios" en BOIX REIG, J. (dir.): *Derecho ... op. cit.,* p. 742: En el tipo del art. 292 CP estamos ante un delito doloso que debe abarcar todos los elementos objetivos del tipo y en concreto la conducta, el medio comisivo y el perjuicio ocasionado.

[973] SAP de Madrid (Sección 4ª) núm. 4/2023 de 9 enero JUR\2023\72708: FJ Segundo: "……En el caso del artículo 292, se sanciona también un supuesto de imposición de un acuerdo lesivo, que no abusivo, y que requiere que se obtenga mediante falsedad. Si comparamos las conductas descritas en los arts. 291 y 292, apreciamos que son cualitativamente distintas. Aun sancionados con la misma pena, los elementos normativos de uno y otro reflejan una distinta intensidad en sus diferentes variables pero que llevan al mismo nivel de reproche. Y así, en la conducta del artículo 291 se da un prevalimiento de la situación mayoritaria real en la Junta para imponer un acuerdo abusivo, y de ahí que dado que dicho acuerdo es sin duda expresión legítima de quienes controlan efectivamente la sociedad, su carácter delictivo requiere que se trate de un acuerdo abusivo con ánimo de lucro propio o ajeno en perjuicio de los demás socios, se presupone que los que integran la minoría. Sin embargo, en la descripción de la conducta del artículo 292, el proceder del sujeto activo es cualitativamente más grave en la medida en que se arroga una mayoría que realmente no tiene y lo hace mediante determinados supuestos que se enuncian, pero con la mención a "otro medio o procedimiento semejante" que obviamente, dada su indeterminación, debe ser objeto de interpretación restrictiva. Su comportamiento por tanto es sin duda más grave, porque no representa de forma efectiva a la mayoría del capital social, antes, al contrario, la suplanta, y de ahí que el nivel de exigencia respecto del fin pretendido, esto es, la consecuencia, sea menor. No se requiere por tanto el ánimo de lucro -sea propio o ajeno-, sino que el acuerdo sea lesivo en perjuicio de la sociedad o de alguno de los socios".

realizarse la acción[974]. Siguiendo esta tesis, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ entiende que la admisión del dolo eventual plantea una cuestión que no puede resolverse de modo categórico. Para ello este autor para la distinción del dolo del art. 292 habrá que partir si estamos ante un delito de lesión o de peligro. Si lo consideramos un delito de lesión, evidentemente sí cabrá el dolo eventual, no siendo posible si lo consideramos un delito de peligro, si bien en este último caso, no necesariamente tendría que quedar excluido en todo caso el dolo eventual[975]. Frente a la posición anterior, un sector doctrinal encabezado por DEL ROSAL BLASCO, entiende que el dolo debe abarcar todos los elementos del tipo de acción y en especial el conocer el alcance del daño que se ocasiona con el acuerdo lesivo a la sociedad o los socios y el beneficio que se obtiene con ello por el sujeto activo. Por tanto, deberá limitarse la imputación subjetiva a las conductas ejecutadas con dolo directo, lo que supone que se excluya el dolo eventual en el delito del art. 292 CP[976]. Esta posición es ratificada por la jurisprudencia del TS que en su STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1032/2013 de 19 diciembre[977].

En mi opinión entiendo que no cabe el dolo eventual en el delito del art. 292 CP, y sólo cabrá el dolo directo, desde el momento que el tipo penal establece una serie de medios fraudulentos que debe acompañar al acuerdo lesivo. En primer lugar. porque el

[974] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit., p.* 252: "Por tanto, el dolo eventual es conceptualmente admisible, pero razones político-criminales atentas al principio de intención mínima pueden aconsejar limitar la punición a las conductas ejecutados con dolo directo". De esta misma autora FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII. …" en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios …, op. cit.,* p. 1127.

[975] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial...op. cit.*, pp. 547-548: Cuestión distinta es que, por razones político-criminales atentas al principio de intervención mínima y basadas en la conveniencia de restringir el ámbito de aplicación del precepto, se proponga limitar en todo caso la imputación subjetiva a las conductas ejecutadas con dolo directo (así, cfr. FARALDO, 2000, 249).

En el mismo sentido MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho…, op. cit., p.* 565 que entiende que el tipo del art. 292 CP, al igual que ocurría con el del art. 291 CP, no requieren la producción efectiva de un perjuicio y TERRADILLOS BASOCO, J.: *Derecho..., op. cit.,* p. 89: En este delito estamos ante un tipo de peligro hipotético de forma que el acuerdo debe ser idóneo para producir un perjuicio, sin que se exija su producción

[976] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* p. 126. Y del mismo autor DEL ROSAL BLASCO, B.*:* "Delitos …" en DEL ROSAL BLASCO, B. (coord.): *Derecho…. op. cit.,* p. 286: "Por ello, me inclino por aceptar que, en tales condiciones, la posibilidad del dolo eventual es impensable". En el mismo sentido BOIX REIG, J. y ANARTE BORRALLO, E.: "Delitos societarios" en BOIX REIG, J. (dir.): *Derecho … op. cit.,* p. 742: Para estos autores no se admite la variante del dolo eventual y ello pese a que a diferencia del art. 291 CP no hay alusión al ánimo de lucro en este tipo penal. Y SEQUEROS SAZATORNIL, F.: *Delitos …, op. cit*., pp. 196-197: *"*En los supuestos contemplados, contrariamente, la imposición o aprovechamiento de los acuerdos lesivos en perjuicio de la sociedad o de sus socios, verificado a través de la creación artificiosa de mayorías comporta en sí mismo la puesta en peligro concreto del patrimonio de la sociedad o de los socios, coincidiendo la misma con la acción típica; por lo que en la medida en que el autor la conoce, la representación de dicho peligro se perfila como necesaria en el comportamiento del infractor".

[977] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1032/2013 de 19 diciembre RJ\2013\8222: FD Primero.

acuerdo que se impone o se aprovecha los socios debe ser lesivo. En segundo lugar, porque para la adopción del acuerdo lesivo se utilizan los medios fraudulentos descritos de forma minuciosa por el tipo penal. Y en tercer lugar porque, aunque es verdad que no tiene porqué existir ánimo de lucro en el sujeto activo[978], en todo caso sí debe existir un aprovechamiento del propio sujeto activo o de los terceros y a su vez un correlativo perjuicio para la sociedad o los socios.

II. 6. El dolo en el delito de obstaculización del ejercicio de los derechos de los socios (art. 293 CP)

II. 6. 1. El dolo directo en el delito del art. 293 CP

La conducta del art. 293 CP consiste en sin causa legal, *negar o impedir* a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones reconocidos por las Leyes, requiere necesariamente dolo, y al igual que el resto de los delitos societarios no podrá realizarse de forma imprudente. En este sentido FARALDO CABANA sirve como exponente doctrinal[979]. El tipo del art. 293 CP no requiere más elemento subjetivo del injusto que el dolo y sin que requiera especial malicia[980]. En este sentido la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 297/2019 de 5 junio establece que: "La negativa o el impedimento, la actividad típica, tiene que ser dolosa. La exigencia típica de que no exista causa legal que justifique la negación o impedimento de los derechos, se alza como única barrera a la intervención penal"[981].

Y en cuanto a la intencionalidad exigible al autor en el tipo del art. 293 CP la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 729/2021 de 29 septiembre RJ\2021\4468, tiene dicho que "en relación con la limitación de los derechos de información de los socios, que asiste a todo socio, no cabe una metodología mimética que se desentienda de la verdadera intencionalidad y trascendencia lesiva de la acción imputada al socio incumplidor"[982]. Y

[978] FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII. …" en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios …, op. cit.,* p. 1127.
[979] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit., p.* 301. De esta misma autora FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII. …" en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios …, op. cit.,* p. 1131. Y FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado...*, *op. cit*, p. 1201. Y FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1919: Parece aconsejable limitar la conducta al dolo directo, si bien es admisible el dolo eventual.
[980] BOIX REIG, J. y ANARTE BORRALLO, E.: "Delitos societarios" en BOIX REIG, J. (dir.): *Derecho … op. cit.,* p. 752.
[981] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 297/2019 de 5 junio RJ\2019\2218: FD Tercero.
[982] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 729/2021 de 29 septiembre RJ\2021\4468. FD Tercero.

en cuanto al carácter reiterado en la negativa o impedimento del ejercicio de los derechos de los socios en la negativa de los derechos, la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 532/2012 de 26 junio, afirma que el precepto no lo requiere, ni tampoco se exige un elemento subjetivo específico desde el momento en que el legislador suprimió en la redacción final del artículo las expresiones "*maliciosa*" y "r*eiteradamente*" que figuraban en el proyecto, pero sí requiere una abierta conculcación de la legislación en materia de sociedades (STS de 26 Nov. 2002), pudiendo constituir la persistencia en la negativa a informar, una manifestación de este carácter manifiesto de la conculcación del derecho de información[983]. En consecuencia, en el tipo del art. 293 CP no se exige ningún otro elemento subjetivo más que el dolo, que debe abarcar por parte del autor el conocimiento de que se está negando o impidiendo el ejercicio de los derechos sociales mencionados en el tipo penal y reconocidos por las leyes[984].

II. 6. 2. El dolo eventual en el tipo penal del ar. 293 CP

En cuanto a si cabe el dolo eventual en este delito, del propio tenor literal del art. 293 CP no se infiere que exista una restricción de la clase de dolo que sea necesario para ejecutar la conducta, por consiguiente, nada obstaculiza para que este tipo penal pueda realizarse tanto mediante dolo directo como mediante dolo eventual. Tal y como hemos avanzado, la previsión inicial del legislador en el Proyecto de CP de 1995 de que la conducta fuera realizada "*maliciosamente*", finalmente no se incluyó en la redacción del precepto definitivo de forma que el dolo del autor solamente debe abarcar el impedimento

[983] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 532/2012 de 26 junio RJ\2012\8389 en su FD Segundo.
En el mismo sentido el Auto TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 386/2022 de 17 marzo RJ\2022\1941. FD Único que deja claro que no es exigible que el comportamiento sea reiterado, al no requerirlo el precepto, ni tampoco se exige un elemento subjetivo específico, al suprimir el legislador en la redacción final del artículo las expresiones maliciosa y reiteradamente que figuraban en el proyecto. Pero el TS sí que exige que exista una abierta conculcación de la Legislación en materia de sociedades, pudiendo constituir la persistencia en la negativa a informar, una manifestación de este carácter manifiesto de la conculcación del derecho de información.
Y la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 297/2019 de 5 junio RJ\2019\2218: "El legislador ha optado por suprimir la exigencia de un comportamiento "malicioso y reiterado", tal como hacían sus antecedentes inmediatos, sin añadir, no obstante, ningún otro atributo que permita diferenciar ambas actitudes".
[984] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 969/2010 de 29 octubre RJ\2010\8191. FD Segundo: "No es exigible que el comportamiento sea reiterado, pues no lo requiere el precepto, ni tampoco se exige un elemento subjetivo específico (el legislador suprimió en la redacción final del artículo las expresiones "maliciosa" y "reiteradamente" que figuraban en el proyecto), pero si una abierta conculcación de la legislación en materia de sociedades, como se ha señalado ya por esta misma Sala (TS de 26 Nov. 2002 (RJ 2002, 10513)), pudiendo constituir la persistencia en la negativa a informar, una manifestación de este carácter manifiesto de la conculcación del derecho de información. Y se expresa que el tipo objetivo de esa conducta típica tiene un elemento negativo o impeditivo al ejercicio de los derechos de información y participación en la gestión o control de la actividad social y un elemento normativo consistente en la no existencia de causa legal que lo justifique".

o la negativa, la ilegitimidad de las actuaciones previstas en el tipo y la inexistencia de causa legal que le autorice[985], lo que justifica la admisión del dolo eventual. Así afirma DEL ROSAL BLASCO de la propia estructura del tipo del art. 293 CP no se deduce ninguna particular exigencia en cuanto al dolo, de forma que es admisible la concurrencia tanto del dolo directo como del dolo eventual[986]. Y si bien la utilización de verbos en el tipo penal como son el *negar o impedir* con el componente subjetivo que conlleva, podrían limitar la actuación al dolo directo, sin embargo, ello no conduce a que el tipo penal sólo esté limitado al dolo directo[987]. Dicho lo anterior, no faltan voces tan cualificadas como la de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, para quién la necesidad de limitar el alcance de este delito, carente de concreciones en el tipo de acción, aconseja en atención a razones de política-criminal, y de conformidad al principio de intervención mínima del Derecho penal el proponer la restricción de la imputación subjetiva del art. 293 CP al dolo directo[988]. Y ello es así porque en la medida que el dolo debe abarcar la conducta de negar o impedir los derechos sociales a los socios mencionados en el art. 293 CP, sin que exista causa legal para ello, deberá limitarse el dolo al dolo directo, ya que, si existe causa legal

[985] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit., p.* 274: "Ciertamente, las primeras intenciones del legislador plasmadas en los proyectos anteriores parece que iban en ese sentido, al reclamar que la conducta se llevase a cabo maliciosamente. Sin embargo, tal previsión mantenida incluso en el PCP 95, finalmente no se incluyó en la redacción del precepto definitivo. Parce posible interpretar que la misma habría permitido entender que se estaba reclamando un dolo directo, lo que facilitaría la restricción del campo de actuación del precepto. En cualquier caso, la desaparición de tal elemento, y al no haber sido sustituido por otro, deja en una incómoda posición a quienes, de un modo loable, deseen reducir el ámbito de aplicación del precepto, exigiendo la presencia en el autor de un deseo consciente y deliberado de lesionar los intereses en cuestión".
VALLE MUÑIZ, J.M., QUINTERO OLIVARES G. y MORALES PRATS, F.: "De los delitos …" en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios …, op. cit., p.* 1004: El legislador ha suprimido la exigencia del comportamiento "malicioso y reiterado" que aparecía en el citado Proyecto CP 1995, y sin que exista ningún otro atributo que permita diferencias ambas ilicitudes.
[986] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* p. 132. Del mismo autor y en el mismo sentido En el mismo sentido DEL ROSAL BLASCO, B.*:* "Delitos …" en DEL ROSAL BLASCO, B. (coord.): *Derecho..., op. cit.,* p. 291.
[987] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit., p.* 300.
[988] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial...op. cit.,* p. 560.
En el mismo sentido SEQUEROS SAZATORNIL, F.: *Delitos …, op. cit.,* pp. 254-255: "En el ámbito delimitado de los contornos del dolo, debe apostarse por la primacía del dolo directo sobre el eventual ante la categoría de los verbos nucleares utilizados "negar o impedir" que exigen una peculiar toma de conciencia de la acción realizada". Y en el mismo sentido RÍOS CORBACHO, J.M.: "Delitos …", en ACALE SÁNCHEZ, M. (Coordinación): *Lecciones..., op. cit., p.* 153. En el mismo sentido FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit.,* pp. 299-300: "El autor debe ser conocedor que está actuando sin causa legal al realizar el hecho típico, es decir que no existe causa legal que ampare su conducta, que constituye el elemento del tipo que el legislador ha considerado suficiente para fundamentar la creación de un riego ya no permitido, la peligrosidad".

o estatutaria para negar o impedir los derechos, en ese caso la actuación de los administradores devendrá impune.

La STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 91/2013 de 1 febrero RJ\2013\1847 entiende que:

> "…la interpretación del tipo penal que sanciona el menoscabo del derecho de información que asiste a todo socio, no cabe una metodología mimética que se desentienda de la verdadera intencionalidad y trascendencia lesiva de la acción imputada al socio incumplidor, y para ello se fundamenta en la necesidad de una interpretación restrictiva, ajustada a los principios que informan el derecho penal, de forma que requiere de la existencia de gravedad de los ataques de que pueden ser objeto, y la necesidad de una tutela contundente frente a estas agresiones, que sólo puede ser proporcionada por la intervención penal, debiendo en consecuencia restringirse a esos supuestos graves la intervención penal, que deben quedar limitados a los comportamientos más abiertamente impeditivos del ejercicio de estos derechos básicos, para diferenciarlos de los supuestos en que lo que se discute es simplemente la suficiencia del modo en que se ha atendido a los derechos de los accionistas, supuestos que están reservados al ámbito mercantil… la restricción debe alcanzarse a través de una interpretación del precepto sujeta a su fundamentación material, en el triple ámbito del objeto, de la conducta típica y del elemento normativo («sin causa legal»)[989].

Al tratarse de un delito doloso, los administradores de hecho y de derecho podrán negarse en el caso de los derechos de información, a facilitar la información sin incurrir en el tipo penal cuando se entiende que puede causar un perjuicio a la sociedad[990]. En el mismo sentido se manifiesta MUÑOZ CONDE para quién el derecho de información del socio podrá restringirse cuando el dar la información pueda perjudicar, obstruir o paralizar la vida de la sociedad[991]. El delito del art. 293 CP se configura como un delito de lesión de los derechos de los socios y de peligro abstracto para el patrimonio en el que su autor de manera consciente niega o impide a un socio el ejercicio de los derechos sociales que en el mismo se mencionan sabiendo que esos derechos los tiene reconocidos por las Leyes

[989] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 91/2013 de 1 febrero RJ\2013\1847 en su FD Cuarto: "…….Y también hemos dicho que la conducta delictiva debe restringirse sólo a los comportamientos más abiertamente impeditivos del ejercicio de estos derechos básicos, para diferenciarlos de los supuestos en que lo que se discute es simplemente la suficiencia del modo en que se ha atendido a los derechos de los accionistas, supuestos que están reservados al ámbito del derecho mercantil, habiendo destacado como conducta típica la obstruccionista frente al derecho de los socios, siendo esta cualidad de persistencia en el abuso, lo que por regla general debe determinar la aplicación de la ley penal ((STS 1351/2009, 22 de diciembre).

[990] MAGRO SERVET, V.: *Delitos …, op. cit.*, *p.*144.

[991] MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho..., op. cit., p.* 566.

y que en consecuencia carece de causa legal para actuar tal y como lo está haciendo, pero asume o acepta ese riesgo porque no puede confiar en su evitación.

En mi opinión en el delito del art. 293 CP cabe no sólo el dolo directo, sino también el dolo eventual, ya que el dolo deberá abarcar tanto la peligrosidad abstracta de la acción para el bien jurídico protegido, que no es otro que los derechos sociales y el patrimonio de los socios. Así el autor no tiene porqué querer esa peligrosidad y ni siquiera debe ser consciente de ella en todos los casos, sino que basta con que sea consciente de todos los elementos típicos en los que el legislador ha basado su prohibición y en los que se fundamenta la peligrosidad. La jurisprudencia admite el dolo eventual en el delito del art. 293 CP, en la STS (Sala de lo Penal) núm. 650/2003 de 9 mayo RJ\2003\7143 que en su FD Duodécimo entiende que en el tipo del art. 293 CP la conculcación debe ser abierta y manifiesta, existiendo el dolo eventual cuando el sujeto tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuricidad.

II. 7. El dolo en el delito de obstaculización a la actuación de inspección o supervisión administrativa (art. 294 CP)

II. 7. 1. El dolo directo en el delito del art. 294 CP

La conducta del art. 294 CP, al igual que el resto de los delitos societarios sólo puede cometerse de forma dolosa, excluyendo la conducta imprudente, y sin que le sea exigible la concurrencia de ningún otro elemento subjetivo del injusto. Como afirma acertadamente FARALDO CABANA, el tipo del art. 294 CP "no prevé más elementos subjetivos que el dolo que debe extenderse a los elementos facticos que sirven de presupuesto a la infracción del deber extrapenal"[992]. El dolo directo debe alcanzar por una parte el conocimiento del sujeto activo de la legitimidad y prerrogativas de las personas, órganos y entidades inspectoras o supervisoras autorizadas para realizar la inspección o supervisión. Pero también debe alcanzar la conciencia de que con su actividad el sujeto activo está negando o impidiendo las actividades que tienen atribuidas las primeras por Ley. El dolo abarcará necesariamente el conocimiento cabal de la ilicitud del acto, como la voluntad o intención de realizarlo, independientemente de cuál sea su

[992] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit., p.* 339. En el mismo sentido, GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit.,* p. 236, y de la misma autora, FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado...*, *op. cit*, p.1211. Y FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1924.
En el mismo sentido, FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos...*, *op. cit., p.* 305*: "*Este delito, como el resto de los denominados societarios, sólo puede cometerse de forma dolosa".

resultado. En otras palabras, el dolo debe encontrarse en la propia ejecución del acto de obstaculización.[993]. Además, en cuanto a la similitud existente en la estructura de este delito con el delito del art. 293 CP, todo lo dicho respecto del dolo directo de éste, es de aplicación al art. 294 CP[994]. Así inicialmente, al igual que pasa con el art. 293, se preveía en el Proyecto de Ley de CP 1995 que la conducta debería llevarse a cabo "*maliciosamente*", exigencia que quedó suprimida en la redacción definitiva del art. 294 CP, y al igual que ocurre en el art. 293 CP, el art. 294 CP no se exige el *ánimo de lucro*[995].

El conocimiento del autor deberá abarcar el resultado, que consiste en la imposibilidad de los órganos o entidades inspectoras o supervisoras de ejercitar sus funciones[996]. Es decir, al configurarse el delito del art. 294 CP como un delito de lesión de las facultades de inspección y supervisión de los órganos o entidades inspectoras o supervisoras, se requiere que el autor realice la acción típica de *negar o impedir* la actuación inspectora o supervisora de forma consciente y voluntaria, y que además carece de causa legal para actuar como lo está haciendo, asumiendo la lesión que ocasiona, y sin confiar en su evitación[997].

II. 7. 2. El dolo eventual en el tipo penal del ar. 294 CP

En el delito del art. 294 CP, junto con el dolo directo, cabe el dolo eventual, sin perjuicio que tal y como decíamos para el art. 293 CP, los verbos "*negar e impedir*" tienen un fuerte componente subjetivo lo que hará que en su mayor parte la conducta se produzca por dolo directo, pero lo cierto es que no existe un particular elemento subjetivo del injusto que justifique por sí sólo la exigencia únicamente del dolo directo. Por tanto la ausencia en el tipo penal de unos presupuestos o condicionantes subjetivos unida a que la conducta debe ser realizada "*negando o impidiendo*" hace que el comportamiento del art. 294 CP se produzca normalmente a través del dolo directo, sin perjuicio que como hemos dicho, cabrá que el sujeto activo se represente como probables las consecuencias de su acción y no obstante decida seguir adelante con la misma asumiendo dichas consecuencias, en cuyo caso estaremos ante una conducta realizada mediante dolo

[993] SEQUEROS SAZATORNIL, F.: *Delitos …, op. cit., p.* 304.
[994] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial...op. cit.*, p. 572: *Imputación subjetiva: Es trasladable, "mutatis mutandis", lo expuesto en relación con el art. 293 (Vid. Supra 6.5.).*
[995] BOIX REIG, J. y ANARTE BORRALLO, E.: "Delitos societarios" en BOIX REIG, J. (dir.): *Derecho … op. cit.,* p. 756.
[996] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit., p.* 305.
[997] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit., p.* 339.

eventual. En este sentido DEL ROSAL BLASCO, entiende que de la estructura del art. 294 no se deduce ninguna particularidad en cuanto al dolo, por lo que será posible que la conducta se produzca tanto mediante el dolo directo como mediante el dolo eventual[998], posición que compartimos totalmente.

III. Tratamiento común del error en los delitos societarios

III. 1. Introducción

Desde el punto de vista doctrinal, el error tal y como señalan ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC supone "tanto un juicio inexacto sobre un elemento esencial de la infracción, como un desconocimiento de que concurre dicho elemento, de forma que tanto error como ignorancia son equivalentes"[999]. La importancia del estudio del error en los delitos societarios, en los que no cabe su comisión mediante imprudencia tal y como hemos visto, se encuentra en que en el derecho penal el error solo se plantea en relación a los delitos dolosos, ya que toda imprudencia es un error, produciéndose una discordancia entre lo que el autor creía que iba a hacer o suceder y lo que realmente ha sucedido[1000]. Resulta relevante a la hora de estudiar la aplicación del error en los delitos societarios, su regulación por el art. 14 CP[1001]. En tal sentido el error puede ser de tipo (antes denominado error de hecho) cuando recae sobre cualquiera de los elementos del tipo penal; y de prohibición, cuando recae sobre el conocimiento de la significación antijurídica del hecho. Habrá error de tipo cuando el autor carece de la correcta representación de la realidad en la que actúa de forma que desconoce que con su acción

---

[998] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* p. 135. Del mismo autor y en el mismo sentido En el mismo sentido DEL ROSAL BLASCO, B.*:* "Delitos …" en DEL ROSAL BLASCO, B. (coord.): *Derecho…, op. cit.,* p. 293. En el mismo sentido SEQUEROS SAZATORNIL, F.: *Delitos …, op. cit.,* p. 304: "De la desobediencia del requerimiento de los órganos de la Administración, independientemente de la conciencia que pueda tener el sujeto activo sobre las consecuencias de su conducta". En el mismo sentido RÍOS CORBACHO, J.M.: "Delitos …", en ACALE SÁNCHEZ, M. (Coordinación): *Lecciones..., op. cit., p.* 156.

[999] ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General…op. cit., p.* 407: "El error ha de definirse como el conocimiento equivocado, y, por tanto, supone un conocimiento falso. Decimos que existe error cuando una persona actúa bajo una creencia que no se corresponde con la realidad. De modo que se realiza una conducta con un conocimiento inexacto o falso". QUINTERO OLIVARES, G.: *Parte General …, op. cit., p.* 172: El error supone un conocimiento deformado de la realidad o de su significación social o jurídica mientras ignorancia es la ausencia de conocimiento preceptivo o valorativo sobre algo.

[1000] QUINTERO OLIVARES, G.: *Parte General …, op. cit., p.* 171.

[1001] *Artículo 14.: 1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.*

realiza un delito o que realiza el tipo penal, pudiendo recaer el error sobre cualquiera de los elementos del supuesto de hecho constitutivo del delito, no bastando para su estimación la mera alegación en juicio, sino que debe apreciarse el mismo también con criterios normativos. Mientras que, en el error de prohibición, no supone el desconocimiento de la situación descrita en el tipo sino del hecho de estar prohibida su realización[1002].

Y desde el punto de vista jurisprudencial, la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) *Caso Gurtel*. núm. 507/2020 de 14 octubre**,** parte de la distinción entre error de tipo y error de prohibición en los siguientes términos:

> "El primero se halla imbricado en la tipicidad, aunque hay que reconocer que un tanto cernida por el tamiz del elemento cognoscitivo del dolo, mientras que el error de prohibición afecta a la culpabilidad (SSTS 258/2006 de 8.3 (RJ 2006, 2237) y 1145/1996 de 23.11), que expresamente señala que: "la clásica distinción entre error de hecho y de derecho y más actualmente de tipo y de prohibición, aunque no aparecen recogidas en esta denominación en el art. 14 CP, se corresponde con el error que afecta a la tipicidad y a la culpabilidad"[1003].

En el mismo sentido en cuanto a la distinción entre el error de tipo y el error de prohibición resulta clarificadora la STS (Sala de lo Penal) núm. 258/2006 de 8 marzo[1004].

[1002] BERRUEZO, R.: "Derecho Penal Económico" en *Derecho Penal Económico. Parte General y Especial.* Editorial Bdef, Montevideo, 2010, pp. 1-76.

[1003] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) *Caso Gurtel*. núm. 507/2020 de 14 octubre RJ\2020\4095: "...Y en cuanto a la prueba del error dice la Sentencia que la jurisprudencia, después de destacar la dificultad de determinar la existencia de error, por pertenecer al arcano íntimo de la conciencia de cada individuo, sin que baste su mera alegación, sino que deberá probarse, tanto en su existencia como en su carácter invencible (SSTS. de 20.2.98, 22.3.2001 (RJ 2001, 1357), 27.2.2003), afirmando reiteradamente que "no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico, que todo el mundo sabe y a todos consta que están prohibidas" (STS. 11.3.96, 3.4.98 (RJ 1998, 2604)), añadiendo que, en el caso de *error iuris* o error de prohibición, impera el principio *ignorantia iuris non excusat* , y cuando el error se proclama respecto de normas fundamentales en el Derecho Penal, no resulta verosímil y por tanto admisible, la invocación de dicho error, no siendo posible conjeturar la concurrencia de errores de prohibición en infracciones de carácter material o elemental, cuya ilicitud es "notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada" (SSTS. 12 de noviembre de 1986, 26 de mayo de 1987 (RJ 1987, 3131)). ...Por tanto, la apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error. El análisis nos dice la STS. 302/2003 de 27.2 (RJ 2003, 2520), debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y habrá de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento".

[1004] STS (Sala de lo Penal) núm. 258/2006 de 8 marzo RJ\2006\2237, FD Noveno:" ...El dolo, en su elemento intelectivo, supone la representación o conocimiento del hecho, que comprende el conocimiento de la significación antijurídica de la acción y el conocimiento del resultado de la acción. En consecuencia, el conocimiento equivocado o juicio falso, concepto positivo, que designamos como error y la falta de

III. 2. El error en los delitos societarios

En el ámbito del Derecho penal económico, y en concreto en los delitos socioeconómicos, entre los que se encuentran los delitos societarios, tradicionalmente se ha venido reclamando un tratamiento específico del error, de forma que el conocimiento de la antijuridicidad depende exclusivamente de la norma. El hecho que por otra parte exista un gran número de normas extrapenales aplicables a los delitos societarios, especialmente de carácter mercantiles y económico-contables, determina la necesidad de limitar la represión penal. En palabras de autores tan cualificados como FERNÁNDEZ TERUELO, esa profusión normativa reduciría el grado de exigencia respecto de su conocimiento, al que debe unirse el principio de intervención mínima del derecho penal en el ámbito económico[1005]. El error sobre estas normas penales, más que un error de prohibición constituye un error de tipo, con las importantes consecuencias que tiene en cuanto a la exclusión de la responsabilidad criminal, ya que el error invencible sobre el tipo excluye la responsabilidad penal; y cuando el error es vencible, tal y como establece el art. 14.1 CP la conducta será castigada como imprudente, y al no estar previsto la imprudencia en los delitos societarios, en ese caso la conducta quedará igualmente impune.

El error sobre el conocimiento de las normas extrapenales (mercantiles, contables y administrativas), dará lugar a la aparición de un error de tipo, en vez de a un error de prohibición, en cuanto que supondrá un conocimiento equivocado de alguno de los

conocimiento, concepto negativo, que denomina ignorancia y que a aquél conduce, incidirán sobre la culpabilidad, habiéndose en la doctrina mayoritaria distinguido tradicionalmente entre error de hecho (*error facti*) que podría coincidir con el error, y error de Derecho (*error iuris*) que correspondería a la ignorancia…Así pues, en el art. 14, se describe, en los dos primeros números, el error del tipo que supone su conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo, con distinta relevancia, según sea sobre los elementos esenciales del tipo (núm. 1), y a su vez vencible o invencible, o sobre circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven (núm. 2); (STS 7.7.95 [RJ 1995, 5389]); y en el núm. 3, el error de prohibición, que es la falta de conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, en el que suele distinguirse entre su error sobre la norma prohibitiva (error de prohibición directo) y un error sobre una causa de justificación (error de prohibición indirecto)…La jurisprudencia, después de destacar la dificultad en determinar la existencia de error, por pertenecer al arcano íntimo de la conciencia de cada individuo, sin que basta su mera alegación, sino que debería probarse (SSTS 13.6.90 [RJ 1990, 5291] , 22.191 [RJ 1991, 244] , 25.5.92 [RJ 1992, 4332] , 7.7.97 [RJ 1997, 5748] , 20.2.98 [RJ 1998, 1742] , 22.3.2001 [RJ 2001, 1357]), tanto en su existencia como en su carácter invencible (SSTS 28.3 [RJ 1994, 2604] y 30.6.94 [RJ 1994, 5168]), siendo más proclive a sufrir error una persona de escasa cultura o experiencia, que otra que posea esas condiciones".

[1005] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.,* pp. 198-199: No obstante, tal y como afirma FERNÁNDEZ TERUELO citando a BAJO FERNÁNDEZ, que no faltan autores que entienden que el error de prohibición es siempre invencible, cuando hay un desconocimiento de las normas jurídicas y el conocimiento de la antijuridicidad no puede derivarse de reglas ético-sociales que rigen el comportamiento en comunidad.

elementos normativos de los tipos penales de los delitos societarios, con las mencionadas consecuencias que tendrá de acuerdo con el art 14.1 CP[1006]. No debemos olvidar que el error de tipo excluye el dolo, al existir una ausencia de compromiso con la acción, es decir el autor entiende equivocadamente que no concurre en su conducta alguno de los elementos del tipo de acción, cuando la realidad resulta ser otra [1007]. Desde esta perspectiva normativa, el dolo en los delitos societarios deberá abarcar el conocimiento del significado social negativo del hecho (conciencia de la antisocialidad), de forma que, un error sobre los términos normativos del tipo penal societario concreto, deberá ser calificado como un error sobre el tipo y no como un error sobre la prohibición, siendo esta posición totalmente respetuosa con la concepción significativa de la acción, en la que lo que el autor debe saber sobre su acción, se averigua con base en el sentido social de la misma, y en concreto al bagaje de conocimiento del que dispone[1008].

En mi opinión, en los delitos societarios difícilmente resultará de aplicación el error de prohibición invencible, en cuanto a que a los administradores de hecho y de derecho, como sujetos activos de los delitos societarios, deberán tener un conocimiento de las normas aplicables de carácter extrapenal que con su conducta están infringiendo, causando un perjuicio a la sociedad, los socios o terceros. Es decir, difícilmente el autor podrá tener una falsa representación de que su conducta es antijurídica, y alegar que su conducta responde a un error de prohibición[1009], en cuanto que el cargo de administrador de hecho o de derecho conlleva ese conocimiento necesario de las normas extrapenales, unido a las obligaciones que tienen de lealtad y diligencia en el ejercicio de su cargo. Además, el hecho que se desconozca una norma en concreto no significa que el administrador de hecho o derecho deba conocer que la conducta es ilícita, ya que cuando infrinja alguno de los tipos societarios, necesariamente estará conociendo que no está actuando correctamente, independientemente que pueda tener dudas sobre la licitud o

[1006] SEQUEROS SAZATORNIL, F.: *Delitos... op. cit.*, p. 197.
[1007] LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal... op. cit., p.* 249: ...el dolo exige conocimiento de todos los elementos del tipo (global) de injusto, o sea, de todos los elementos, positivos y negativos, que fundamentan la específica prohibición y desvaloración jurídica de esa conducta, incluyendo el conocimiento de la ausencia de los presupuestos de las causas de justificación.
En el mismo sentido MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho …, op. cit., p.* 256: Por eso se llama error de tipo. El error sobre cualquier otro elemento perteneciente a otras categorías distintas del tipo (error sobre los presupuestos de las causas de justificación, error sobre la antijuricidad, culpabilidad o penalidad) carece de relevancia en la tipicidad.
[1008] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial...op. cit.*, p. 486.
[1009] BACIGALUPO SAGGESE, S. y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Cuestiones prácticas… op. cit.*, p. 48: La posibilidad de un error de prohibición es, pues, remota, por lo menos en lo que se refiere al núcleo central de los delitos societarios".

ilicitud de su conducta, que es lo que podrá dar lugar a un error de tipo, vencible o invencible. Y ello es porque en todo caso los administradores de hecho y de derecho tendrán un conocimiento genérico de que lo que están haciendo está prohibido.

III. 3. La aplicación del error por la jurisprudencia en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico

La jurisprudencia del TS ha ido matizando la aplicación del concepto de error en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Como afirma SILVA SÁNCHEZ, en cuanto que el Derecho penal económico se estructura como tipos fuertemente normativizados, en particular como leyes en blanco o tipos con elementos de valoración global del hecho, la calificación como error de tipo cuando sea vencible determina la impunidad de la conducta, por lo que la jurisprudencia está acudiendo al error de prohibición con la finalidad de sancionar, aunque sea de forma atenuada los errores vencibles de los sujetos[1010]. Por su aplicación analógica con los delitos societarios, en cuanto comparten una misma naturaleza jurídica patrimonial, vamos a examinar el supuesto de las retribuciones del presidente de la CAM; el caso de las tarjetas black de Bankia y el error en los delitos de administración desleal y apropiación indebida.

III. 3. 1. El caso de las retribuciones del presidente de la Caja de Ahorros del Mediterráneo

En la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Caso Retribuciones presidente CAM, núm. 292/2021 de 8 abril desestima el error de prohibición invencible alegado por la recurrente y tampoco hay error de tipo. Así por el recurrente se afirmaba que el Letrado asesor de la CAM, en ningún momento les informó que la retribución del presidente de la Comisión de retribuciones fuera ilícita, sino que defendió su legalidad. En el presente caso el cargo que representaba el recurrente al frente de la comisión de retribuciones de la CAM no puede alegar que tuviera desconocimiento de lo que estaba ocurriendo, cuando afectando a la culpabilidad, ya que la labor de la comisión de retribuciones era examinar la regulación normativa e informar al Consejo de Administración sobre la política general de retribuciones e incentivos para los miembros del Consejo y personal directivo debiendo sus miembros tener una "capacidad, preparación técnica y experiencia profesional". Además, sus componentes llevaban en el cargo desde su creación en 2005, habían, pues, supervisado y conocido de primera mano toda la evolución en materia de

[1010] SILVA SÁNCHEZ, J-Mª: *Derecho …, op, cit.,* pp. 29-31.

retribución en participadas y habían contado con asesoramiento externo. Además, consta en el acta que se informó favorablemente el importe de la remuneración. Todo lo anterior lleva al TS a desestimar el pretendido error basado en la actuación del Letrado cuando era evidente el proceder ilícito que se estaba cometiendo por los consejeros, y, pese a ello, siguieron actuando en ejecución de la actuación. Termina diciendo el TS que basta con que el sujeto tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, sin que sea exigible la seguridad absoluta de que su proceder es ilícito; tampoco es exigible que conozca que su acción es típica, sin que pueda desconocer "voluntariamente" que esta conducta era ilícita, y pese a ello actuar y dar el VºBº por su informe, a sabiendas de su ilicitud. No habrá error alguno de prohibición por su especialidad y funciones que venían llevando a cabo en la misma dirección. La ignorancia no puede predicarse de quienes llevaban a cabo esa concreta función. No puede pretenderse el error de prohibición ni vencible ni invencible en los miembros de la comisión de retribuciones que llevaban a cabo esta actividad y función concreta que en este caso desoyeron voluntariamente en la ejecución y colaboración con el plan diseñado y llevado a cabo[1011].

III. 3. 2. El caso de las tarjetas black de Bankia

La STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Caso Tarjetas Black, núm. 438/2018 de 3 octubre RJ\2018\4189 en relación a un posible error, tanto de prohibición como de tipo de un delito de apropiación indebida agravado del art. 253 CP, en su FD 7 reitera la doctrina jurisprudencial sobre el error, tanto de prohibición como de tipo. De esta forma declara que resulta necesario determinar si es posible aceptar que alguno de los recurrentes incurrieran en alguna clase de error respecto a lo que concierne a la

[1011] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Caso Retribuciones presidente Caja de Ahorros del Mediterráneo. núm. 292/2021 de 8 abril RJ\2021\1691: "……. Para ello y como dice la STS 708/2016, de 19 de septiembre (RJ 2016, 4230) para conocer la conciencia de la ilegalidad de un acto debe tenerse en consideración las condiciones personales del sujeto y el tema o aspecto ignorado o no conocido. El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, con particular atención a la naturaleza del delito que se afirma cometido. En las circunstancias del autor influyen, además, o es preciso apreciar: 1.- Las condiciones psicológicas y de cultura del agente. 2.- Las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento. 3.- Posibilidades de acudir a medios que le permitan conocer la trascendencia jurídica de su obra. 4.- Valorar la naturaleza del hecho delictivo, sus características y las posibilidades que de él se desprenden para ser conocido el mismo por el sujeto activo (STS 482/2007, 30 de mayo (RJ 2007, 5627)). Además, no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento (SSTS 1238/2009, 11 de diciembre (RJ 2010, 2045) y 338/2015, 2 de junio (RJ 2016, 6668)). Correspondiendo la carga de la prueba a quién alega ese error tal y como tiene dicho el Tribunal Supremo en Sentencia 411/2006 de 18 abr. 2006 (RJ 2006, 3312), Rec. 421/2005 que deberá probarse, tanto en su existencia como en su carácter invencible (STS de 20.2.98 (RJ 1998, 1742), 22.3.2001 (RJ 2001, 1357), 27.2.2003 (RJ 2003, 2520)). Y tal y como tiene dicho la STS 123/2001 de 5 Feb. 2001 (RJ 2001, 1231), Rec. 1519/1999-P/1999 el error ha de demostrarse indubitada y palpablemente, bien entendido que cuando la ilicitud del acto sea evidente, el amparo legal no puede sostenerse ni defenderse".

posibilidad de disponer lícitamente, en la forma en que se hacía, del patrimonio de la Caja para las finalidades que cada uno considerase oportunas, sin control de ninguna clase, sin que las cantidades dispuestas efectivamente constasen en documento alguno, sin liquidaciones posteriores y, en consecuencia, sin reflejo fiscal.

La Sentencia entiende que esa opacidad, no sólo frente a la Hacienda Pública sino también respecto a aquellos que no fueran beneficiarios o usuarios de las tarjetas, que solamente conocían aspectos parciales del mecanismo de utilización, determina que no es posible aceptar que actuaran creyendo que el presidente ejecutivo tenía facultades para disponer de esa forma del dinero de la entidad para beneficiar a los miembros de los órganos de gobierno más allá de la percepción de las dietas autorizadas por la ley y los estatutos. O que estaban actuando conforme a la ley al disponer de esa forma del dinero de la entidad para sus atenciones personales o para cualquier tipo de gasto sin control de ninguna clase y sin reflejo fiscal. Por tanto, finaliza el TS diciendo que no existen razones para apreciar la concurrencia de ninguna clase de error en este caso, ni de prohibición ni de tipo[1012].

III. 3. 3. El error en los delitos de administración desleal y apropiación indebida

Si bien el delito de administración desleal, desde la reforma del CP de 2015, ya no se encuentra dentro de los delitos societarios, sin embargo y por su especial analogía con los delitos societarios, podemos mencionar como supuestos de error de prohibición, la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 689/2022 de 7 julio que desestima la existencia de error de prohibición en un delito de administración desleal, respecto del que constituye una SL desviando hacia ella los clientes de la comunidad de bienes con su expareja sentimental, constituyendo una operación sofisticada que tuvo que exigir asesoramiento y los actos de disposición de los saldos de la comunidad sin consentimiento de la anterior, por lo que su significado antijurídico patente no podía ser desconocido por el acusado[1013]. En sentido análogo, la SAP de Albacete (Sección 1ª) núm. 35/2010 de 22 julio considera que no cabe error de prohibición en relación al administrador de sociedad, que tiene la condición de director de oficina bancaria, que sin estar facultados concede una opción de compra sobre un inmueble de la sociedad causando un perjuicio a ésta. La sentencia entiende que el director de la oficina no podía negar que sabía que el acto de otorgamiento de la opción era totalmente ilícito, y perjudicial para la sociedad, en atención a sus

[1012] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Caso Tarjetas Black. Núm. 438/2018 de 3 octubre RJ\2018\4189.
[1013] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 689/2022 de 7 julio RJ\2022\3537.

cualidades profesionales (FD Noveno)[1014]. Y en el mismo sentido, STS (Sala de lo Penal) núm. 865/2005 de 24 junio (FD Octavo), en relación a un delito de apropiación indebida en el que el error es desestimado, al no constar en los hechos probados el desconocimiento de la recurrente sobre el comportamiento llevado a cabo por la misma sobre que no se pueden hacer propias mediante desvío de fondos a cuentas particulares de aquello que es acervo común social, ingresándolo en su propio patrimonio[1015].

III. 4. El error en el delito de falsedad contable del art. 290 CP

Caben tres supuestos de error en la conducta del del art. 290 CP: el primer supuesto será aquel en el que los sujetos activos, desconocen que los documentos que están falseando tengan las características de cuentas anuales o que son documentos que deben reflejar la situación jurídica o económica de la entidad. En este caso, estaremos ante un error de tipo sobre un elemento normativo[1016] y en consecuencia aplicando el art. 14.1 CP si fuera el error invencible, la conducta quedará exenta de responsabilidad penal. Y en el caso de ser vencible, la conducta debería ser castigada como imprudente, pero tal y como ya hemos dicho, al no caber la comisión por imprudencia en los delitos societarios, la conducta quedará igualmente impune. En mi opinión, entiendo que es harto improbable que concurra este error en los administradores de hecho o de derecho cuando falseen las cuentas anuales o documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica ya que, a los administradores, se les exige una especial cualificación de diligencia y de conocimientos profesionales para el desempeño de su cargo, por lo que sabrán en todo momento el alcance de los documentos que falsean.

El segundo supuesto se produce cuando se incluyan de forma errónea datos inexactos en alguno de los documentos que conforman las cuentas anuales, y en especial en el balance o en la cuenta de pérdidas y ganancias[1017]. En este caso estaremos ante un error de tipo que en caso de ser invencible determinará que se excluya la responsabilidad penal y en caso de ser vencible al no estar penada la imprudencia, quedará igualmente exenta de responsabilidad penal, sin perjuicio de la posible responsabilidad que pueda existir por los daños causados a los socios o terceros. Y, en tercer lugar, cuando los administradores

[1014] SAP de Albacete (Sección 1ª) núm. 35/2010 de 22 julio JUR\2010\309427.
[1015] STS (Sala de lo Penal) núm. 865/2005 de 24 junio RJ\2005\6896.
[1016] SEQUEROS SAZATORNIL, F.: *Delitos... op. cit.,* p. 125: "Podrá aceptarse un error de tipo sobre uno de los elementos normativos exigidos en el precepto que excluirá la responsabilidad criminal en el supuesto de ser invencible y de resultar vencible quedaría sin castigo al no contemplarse expresamente la modalidad culposa para su comisión".
[1017] EIRANOVA ENCINAS, E.: *La responsabilidad…, op. cit*., pp. 119-120.

de hecho o de derecho, consideran que el documento que están falseando tiene la categoría de cuentas anuales o es un documento que debe reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, sin que en realidad lo tenga por no cumplir con los requisitos mercantiles que se exigen a estos documentos. En este caso el sujeto activo estaría actuando sobre un objeto material inidóneo, con error inverso, que no daría lugar a responsabilidad penal del art. 290 CP, aunque en su caso, podría el autor incurrir en una falsedad común en documento mercantil tipificado en el art. 392 CP en relación con el art. 390 CP[1018].

Desde el punto de vista jurisprudencial en relación a la aplicación del error en el art. 290 CP, resulta clarificadora la Sentencia del TS del Caso Fórum Filatélico, STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 688/2019 de 4 marzo, que en relación a la responsabilidad de los auditores por el delito de falsedad de cuentas anuales del art. 290 CP y la inadmisión del error alegado por la entidad auditora de que no participó en el proceso interno de contabilización ni en la elaboración de las cuentas, sino que se limitó a emitir el informe de auditoría y por tanto que no hubo dolo falsario ni connivencia, existiendo dudas razonables acerca de cómo contabilizar y sobre la obligación de provisionar. El TS entiende que para apreciar el error debe partirse de los hechos probados. Para ello ha de partirse del relato fáctico contenido en la sentencia de la instancia y en tal sentido se aprecia que la sociedad Auditora fue auditor de cuentas de Fórum Filatélico desde 1997, y que sabía que la empresa captaba masivamente dinero que devolvía con intereses en el plazo pactado, que para ello sobrevaloraba constantemente los sellos de manera artificial y ocultaba los compromisos con los clientes; que no se reflejaban en las cuentas porque hubieran reconocido las importantes deudas que arrastraba pues carecía de capacidad económica para hacer frente a las mismas. Y en tal sentido, tal y como tiene dicho el TS el auditor, en connivencia con los decisores de la empresa, expresó una opinión favorable a la aprobación de las cuentas anuales en sus informes de 1999 a 2004, sin hacer objeción alguna para garantizar que ofrecieran una imagen fiel de su realidad económica. Finaliza el TS desestimando el motivo de error y en tal sentido dice:

> "…de tales hechos resulta la concurrencia de todos los elementos del delito societario de falsedad de las cuentas. El recurrente no solo conocía los aspectos formales de los contratos suscritos con los clientes inversores, sino además otros aspectos del negocio que ponían de relieve que, desde su mismo planteamiento, originaba pérdidas, a pesar de lo cual auditó como

[1018] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit.*, pp. 162-163. De la misma autora, FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado...*, *op. cit*, p.1170.

correctas unas cuentas que reflejaban beneficios y, por lo tanto, una situación económica de la sociedad que no se correspondía con la realidad"[1019].

En el mismo sentido que la anterior, la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Caso AFINSA. Núm. 749/2017 de 21 noviembre, desestima la pretensión de los recurrentes de la existencia de un posible error de prohibición en relación al tipo del art. 290 CP, ya que no pueden apreciarse indicios que pudieran sugerir de una forma mínimamente fundada que los recurrentes actuaban en la creencia de que lo hacían conforme a Derecho. Ha de rechazarse cualquier posibilidad de que así fuera, si se tiene en cuenta, entre otros datos que resultan de la sentencia, el precio que pagaban por los sellos cuando los adquirían en el mercado; el precio al que los colocaban a sus clientes en los contratos de venta; la inexistencia de cualquier supuesto de realización de los sellos mediante su venta a terceros en un mercado distinto del propio ámbito de AFINSA; y la necesidad de acudir a las cantidades aportadas en nuevos contratos por otros clientes para poder cumplir los compromisos de devolución de lo invertido y pago de un interés, contraídos con los clientes anteriores[1020].

Y finalmente debemos citar, por admitir la existencia de un error de prohibición en la comisión de una conducta del art. 290 CP, la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 932/2006 de 5 octubre. FD Segundo, en un caso en el que el liquidador de la sociedad que se encuentra inhabilitado, y otorga poderes en nombre de la entidad con la finalidad de proteger los intereses de la entidad poderdante. No consta que el nombramiento de liquidador fuese posterior a la firmeza de la resolución de inhabilitación acordada, y tampoco consta que el acusado tuviera conciencia de la ilegalidad –por falta de legitimación como consecuencia expansiva de la citada inhabilitación– de su actividad de otorgar poderes a letrados y procuradores y de iniciar los procedimientos de reclamaciones dinerarias que refiere la sentencia. En consecuencia, afirma el TS que no puede excluirse que, aun cuando se aceptara la tesis de que el acusado estaba legalmente inhabilitado para realizar dichas actuaciones, el mismo creyera que la inhabilitación acordada por la CNMV no se extendía a la entidad en liquidación, por lo que nos hallaríamos, en último extremo, ante un supuesto error de prohibición que destruye el dolo como componente esencial del delito y, consecuentemente la culpabilidad y la

[1019] Sentencia del TS del Caso Fórum Filatélico, STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 688/2019 de 4 marzo RJ\2020\951. FD Preliminar. Apartado 32ª.
[1020] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Caso AFINSA. Núm. 749/2017 de 21 noviembre RJ\2017\5223. FD Décimo.

punibilidad de la acción, aunque esta sea típica, resultando, por otra parte, indiferente que se trate de error vencible o invencible en tanto en cuanto que no es legalmente posible la comisión imprudente de este tipo delictivo del art. 290 CP, ni, por ende la sanción correspondiente[1021].

III. 5. El error en el delito de adopción de acuerdos abusivos por la mayoría del art. 291 CP

En el delito del art. 291 CP el error sobre algunos de los elementos de la conducta típica, constituye un error sobre el tipo, que en consecuencia debe ser abarcado por el dolo del autor. De existir el error de tipo, tanto si es invencible como si fuera vencible, la conducta quedará impune al no estar prevista la conducta imprudente en los delitos societarios[1022]. En consecuencia, el error en alguno de los elementos de la conducta típica del art. 291 CP necesariamente constituye un error de tipo, al no existir en este tipo términos normativos jurídicos que obliguen a efectuar una remisión a la normativa extrapenal[1023]. El hecho que la conducta del art. 291 CP haga referencia a la adopción de acuerdos abusivos, supone que existe una gran indeterminación en cuanto a la concreción del elemento esencial del tipo y sobre todo desde el momento en que la institución del abuso de derecho es propia del derecho privado y viene regulada expresamente en el art. 6.2 CC. Esto supondrá, tal y como afirma BACIGALUPO, que en estas situaciones en las que los elementos del tipo objetivo difícilmente pueden concretarse, aumenta considerablemente el ámbito de aplicación de las normas del error de tipo del art. 14 CP[1024].

Lo anterior ha llevado a autores como FARALDO CABANA, a entender que en el concepto de acuerdo abusivo estamos ante un "termino legal vago" cuya extensión podrá determinarse objetivamente, pero no en términos absolutos sino relativos. Pero no deja de ser cierto que junto con la interpretación usual que se haga del carácter abusivo del acuerdo, se encuentra también su significado social y material, de forma que para en el supuesto en el que de una forma u otra el sujeto activo conozca del carácter abusivo del

[1021] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 932/2006 de 5 octubre RJ\2006\6486. FD Segundo.
[1022] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.,* p. 227.
[1023] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial...op. cit., p.* 537. En idénticos términos RÍOS CORBACHO, J.M.: "Delitos …", en ACALE SÁNCHEZ, M. (Coordinación): *Lecciones..., op. cit., p.* 147.
[1024] BACIGALUPO, E. (dir.): *Curso de Derecho... op. cit.,* p. 422.

acuerdo, en ese caso no podremos estar hablando de error[1025]. Para realizar la valoración por el juez del carácter abusivo del acuerdo y de si ha existido el pretendido error, deberá estar, no tanto a su significado social sino a su verdadera naturaleza de la decisión desde el punto de vista de la legislación mercantil[1026]. Lo que resulta evidente es que, si el autor tiene una percepción errónea del acuerdo abusivo, en el sentido que entiende que con el mismo no se va a causar un perjuicio al resto de socios, o que no va a obtener un beneficio la sociedad, la conducta deberá quedar impune[1027]. De esta forma la situación de prevalimiento de los socios que ostentan la mayoría en la junta general, o en su caso de los administradores a quiénes se les exige unas especiales obligaciones de diligencia y lealtad, unido al ánimo de lucro propio o ajeno que persiguen, y el correlativo perjuicio a los socios minoritarios, harán que sea muy difícil que se produzca el error de prohibición o el de tipo en la conducta del art. 291 CP[1028].

En la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 599/2018 de 27 noviembre se juzga un supuesto, en el que un socio minoritario ayudado de su mujer administradora es el que adopta un acuerdo que puede considerarse abusivo en perjuicio de la mayoría (sentido inverso al art. 291 CP). Así la Sentencia considera que de acuerdo con el art. 291 CP ha de protegerse a los socios minoritarios frente a eventuales abusos de la mayoría, pero eso no significa que no haya que proteger (también penalmente en su caso) a los socios mayoritarios frente a los abusos del socio minoritario o del administrador. Así en la Sentencia se analiza la reclamación de un error de prohibición del art. 14.3 CP, en la que la recurrente persona física- alega el desconocimiento de la ilicitud de la conducta. El TS de forma categórica dice:

> "El conocimiento de la ilicitud de la conducta exigible es el genérico; no un conocimiento de los concretos tipos penales, o de los vericuetos de la legislación mercantil o societaria. Así se intenta por el socio minoritario apartar de la capacidad de decidir sobre la gestión del negocio a la mayoría social, y ello mediante una maniobra sobre cuya mecánica y plasmación

[1025] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit., p.* 232: "En estos supuestos, si se admite que para el conocimiento de un elemento de la situación típica basta que el autor advierta su significado social relacionado con la lesión o puesto en peligro del bien juicio, no puede afirmase la existencia de un error de tipo si el sujeto capta dicho significado material, por mucho que lo califique de otro modo que la interpretación usual de la ley".
[1026] SEQUEROS SAZATORNIL, F.: *Delitos..., op. cit.,* p. 167.
[1027] VALLE MUÑIZ, J.M., QUINTERO OLIVARES G. y MORALES PRATS, F.: "De los delitos …" en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios …, op. cit., p.* 993.
[1028] SEQUEROS SAZATORNIL, F.: *Delitos …, op. cit.,* p. 167*: "*La acción de imponer reflejada en el precepto presupone que el autor debe ser consciente de que se ha adoptado el acuerdo prevaliéndose de su situación mayoritaria en perjuicio de los demás socios y que además no beneficia a la sociedad".

ciertamente los acusados debieron asesorarse. Esa actuación, por bien revestida jurídicamente que se presente, para manipular y alterar fraudulentamente mayorías y desplazar la capacidad de decidir por la simple voluntad del administrador, está eludiendo el control de la mayoría y obrando en sentido que tenía que saber opuesto a los deseos de esa mayoría (aunque esté concentrada en un único socio) constituye el núcleo de lo ilícito. Esto debió necesariamente ser advertido y aceptado por los recurrentes. Es lo que buscaban; más allá de que entre sus móviles pudiese estar la creencia de que de esa forma beneficiarían también a la sociedad (y, sobre todo, ¡a ellos mismos!), en cuanto que ellos no son los intérpretes o depositarios de la voluntad societaria que se forma aglutinando mayorías. En consecuencia, se desestima el motivo al no existir el pretendido error sobre la prohibición, ya que una minoría no puede autoerigirse en único legítimo intérprete del interés de la sociedad imponiendo su criterio sobre la mayoría. Para excluir el error basta constatar que eso debía ser captado por la recurrente, aunque la metodología jurídica puesta en juego para alcanzar su fin escapase a sus posibilidades de conocimiento y tuviese que ser articulada con ayuda de expertos"[1029].

III. 6. El error en el delito de adopción de acuerdos lesivos adoptados por mayoría ficticia del art. 292 CP

El delito del art. 292 CP exige en el acuerdo lesivo adoptado por una mayoría ficticia una remisión a las normas extrapenales, por tanto, el tipo se encuentra integrado por elementos normativos extrapenales propios de la normativa mercantil, y que en consecuencia deben ser conocidos por el autor. En concreto los conceptos extrapenales a los que remite el delito y se mencionan expresamente en el tipo penal del art. 292 CP son el *abuso de firma en blanco, la atribución indebida del derecho de voto a quienes legalmente carezcan del mismo, la negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tengan reconocido por la Ley, o por cualquier otro medio o procedimiento semejante*. Estamos en una clara remisión del tipo penal a las normas del Derecho mercantil, fundamentalmente del ámbito LSC, pero también del Cco. y las que regular las diversas modalidades de sociedades de acuerdo la definición penal de sociedad prevista en el art. 297 CP. Ello dará lugar a la apreciación del juez sobre la conducta realizada y el posible error en el que haya incurrido el sujeto activo del delito que nieguen o impidan los derechos anteriores. El error sobre los términos normativos del art. 292 será siempre un error de tipo y no de prohibición, de forma que la negación por error de los derechos mencionados en el tipo dejará impune la conducta. Así, tal y como afirma MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, la presencia del error vencible sobre los elementos del tipo hará

[1029] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 599/2018 de 27 noviembre RJ\2018\5262. FD Séptimo.

inaplicable este precepto, sin embargo, puede provocar la apreciación subsidiaria del delito del art. 291 CP de la adopción de acuerdos abusivos en perjuicio de la minoría, siempre que se cumplan los requisitos objetivos y subjetivos de este tipo penal[1030].

La mención expresa que hace el tipo penal al adjetivo *indebido* en la atribución del derecho de voto; o de *negación ilícita* del ejercicio de este derecho a quienes lo tengan reconocido por Ley, son elementos valorativos delimitadores del tipo de injusto, que resultan más útiles que la explicación del tipo en términos de antijuridicidad, de forma que como dice FARALDO CABANA, "…siendo estos elementos los que llenan de contenido y dotan de antijuridicidad material la conducta genérica del administrador que atribuye el derecho de voto o niega su ejercicio, siendo las notas de la contrariedad al deber y de la ilicitud, respectivamente, las que imprimen el carácter y configuran las modalidades típicas de obtención de mayoría ficticia[1031]. En consecuencia, en el tipo del art. 292 CP no estamos ante un error de prohibición, en el deber jurídico o en la antijuridicidad de la conducta, sino ante un error en los elementos normativos del tipo, de forma que la existencia de un error de tipo, tanto si es invencible como si es vencible, dejará la conducta impune, al no estar prevista la comisión por imprudencia en los delitos societarios, de acuerdo con lo establecido en el art. 14.1 CP[1032].

III. 7. El error en el delito de negación o impedimento del ejercicio de derechos sociales del art. 293 CP

En cuanto al delito del art. 293 CP el desconocimiento de uno de los elementos del tipo consistente en negar o impedir a un socio el ejercicio de los derechos de información (arts. 93.d, 196, 197 y 520 LSC), participación en la gestión o control de la actividad social (arts. 93.c y 204 y ss. LSC), o suscripción preferente de acciones reconocidos por las Leyes (arts. 93.b, 304 y ss. y 416 LSC), supone un evidente error sobre el tipo. Como afirma el sector doctrinal mayoritario encabezado por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, entiende que en la medida que un error sobre el contenido y las características del ejercicio de los derechos según la regulación de la normativa mercantil elimina ya el sentido social negativo del hecho, y en consecuencia debe ser considerado un error sobre el tipo[1033]. En

[1030] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial...op. cit.,* p. 548.
[1031] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit.,* pp. 252-253.
[1032] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.,* p. 248.
[1033] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial...op. cit.,* p. 561.

consecuencia, el desconocimiento de las normas extrapenales sobre los derechos objeto de negación o limitación constituirá un error de tipo, de forma que, si el autor cree estar actuando conforme a derecho en la negación de dichos derechos a alguno de los socios, en ese caso existirá una ausencia de responsabilidad penal[1034].

Y al igual que hemos visto en el error sobre el delito del art. 292 CP, en el art. 293 CP debe hacerse especial mención a la expresión "*sin causa legal*", que hace que estemos ante una ilegalidad global, en cuanto referida a todo el ordenamiento jurídico, y en consecuencia constituye un auténtico elemento normativo del tipo y no un elemento que se refiera a la antijuridicidad[1035]. El autor debe saber que está actuando "*sin causa legal"* para realizar el hecho típico, de forma que el error sobre este elemento normativo excluirá la responsabilidad penal, en cuanto que estamos ante un delito exclusivamente doloso, al igual que el resto de los delitos societarios[1036]. Al estar ante un error sobre el tipoy no sobre la prohibición[1037], si es invencible, éste excluirá la responsabilidad criminal y si fuera vencible en cuanto que al igual que ocurre con el resto de los delitos societarios, no cabe la conducta imprudente, la conducta quedará impune (art. 14.1 CP). Siempre que el autor incurra en un error en alguno de los elementos normativos del tipo, que remiten a las normas extrapenales en atención a los derechos que afecta, tanto si es invencible como si fuera vencible, la conducta quedará impune, de conformidad con el art. 14.1 CP. No obstante, resulta difícilmente creíble que un administrador de hecho o de derecho de una sociedad mercantil, que normalmente serán profesionales del derecho o la economía, o que contarán asesores para ello, no conozca los derechos que tienen los socios en cuanto a los derechos de información, participación o control de la actividad social o derechos

[1034] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.,* p. 274

[1035] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit.,* pp. 301-302. En el mismo sentido FARALDO CABANA, P.: "El delito …", en TERRADILLOS BASOCO, J. M. (coord.) y ACALE SÁNCHEZ, M. (coord.): *Nuevas …, op. cit.,* pp. 65 a 116: "El error del autor sobre dicho elemento ha de considerarse un error sobre el tipo y no sobre la prohibición…La consecuencia de un error semejante será en todo caso la impunidad, aunque el error sea vencible, puesto que en los delitos societarios no se prevé la comisión imprudente (art. 14.1 CP). No es extraño que en la práctica se alegue inexperiencia en el cargo o ignorancia del Derecho mercantil, lo que ha venido siendo aceptado por los tribunales que lo tratan como un error de tipo, que sirve a vencer para negar el dolo".

[1036] VALLE MUÑIZ, J.M., QUINTERO OLIVARES G. y MORALES PRATS, F.: "De los delitos …" en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios …, op. cit.,* p. 1004: "La exigencia típica de que no exista causa legal que justifique la negación o impedimento de los derechos, se alza como única barrera a la intención penal. Las dudas sobre su existencia, o, en otros términos, el error vencible sobre este elemento del tipo dará lugar a la atipicidad de la conducta, dada la exclusiva incriminación de su forma dolosa.

[1037] BOIX REIG, J. y ANARTE BORRALLO, E.: "Delitos societarios" en BOIX REIG, J. (dir.): *Derecho … op. cit.,* p. 753.

de suscripción preferente, y que su negación o impedimento constituirá una conducta penalmente perseguible de acuerdo con el art. 293 CP[1038].

La SAP de Sevilla (Sección 1ª) núm. 340/1998 de 21 mayo entiende que el error sobre las normas extrapenales complementarias constituye un error de tipo que no de prohibición sobre elementos normativos, no punible aun siendo vencible de conformidad con el art. 14 CP. Existiendo además la facultad de negar de forma discrecional la información por los órganos de la sociedad cuando de los datos solicitados pudieran derivarse perjuicios sociales (entre otras, SSTS de 31 mayo 1957 (RJ 1957\2188) y 8 abril 1962), y siendo así en el ámbito extrapenal, su discutibilidad en el ámbito penal, a la vista de la expresión «*sin causa legal*» del art. 293 CP, "cobra mayor importancia, pues constituyendo un elemento normativo del tipo, obliga a considerar los intereses de la sociedad que deben prevalecer sobre un posible ejercicio abusivo de los derechos de los socios, posibilitando, así, destipificar conductas que formalmente pudieran comportar una negación o impedimento del ejercicio de tales derechos*"*[1039].

En la SAP de León (Sección 3ª) núm. 50/2020 de 3 febrero en el que se comete un delito consistente en la negativa reiterada a convocar junta general y dar la información solicitada, establece que estamos ante una conducta típica del art. 293 CP, que excede del ámbito mercantil, sin que en los administradores se pueda apreciar la existencia de error. Para ello remite a la doctrina jurisprudencial recogida en la STS (Sala de lo Penal) núm. 650/2003 de 9 mayo RJ\2003\7143. Así y después de establecer que los supuestos que justifican la intervención penal, deben quedar limitados a los comportamientos más abiertamente impeditivos del ejercicio de estos derechos básicos, para diferenciarlos de los supuestos en que lo que se discute es simplemente la suficiencia del modo en que se ha atendido a los derechos de los accionistas, supuestos que están reservados al ámbito mercantil, siendo únicamente típicos aquellos supuestos de denegación de información a la que los socios tienen derecho de modo manifiesto, como sucede con los prevenidos en la LSC respecto de los derecho de los accionistas a los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos que figuren en el orden del día de una Junta General) y 212 LSA (derecho de los accionistas a obtener cualquiera de los documentos que habrán de ser sometidos a la aprobación de la Junta). Y como la conculcación debe ser abierta y manifiesta, no caben ordinariamente supuestos de error de prohibición, pues

[1038] SEQUEROS SAZATORNIL, F.: *Delitos …, op. cit.,* pp. 256-258.
[1039] SAP de Sevilla (Sección 1ª) núm. 340/1998 de 21 mayo ARP\1998\3710.

la jurisprudencia del TS excluye el error de prohibición no solo cuando el agente tiene seguridad respecto a la ilicitud de su proceder, sino también cuando tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuricidad, supuesto similar al dolo eventual (SSTS 237/96, de 11/ 03 o 1171/97, de 29/09, entre otras)[1040].

La SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 5ª) Sentencia núm. 124/2016 de 31 marzo condena a los acusados por un delito del art. 293 CP, al negarse a entregar las cuentas anuales al auditor nombrado por los socios minoritarios para auditarlas, siéndoles imposible el acceso a las mismas al no haber sido depositadas en el RM y sin que en el presente caso procede apreciar la existencia de error de prohibición ya que de acuerdo con la jurisprudencia del TS, para excluir el error no se requiere que el agente tenga seguridad respecto a su proceder antijurídico, bastando que tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuricidad, supuesto similar al dolo eventual (SSTS 237/96, de 11 de marzo (RJ 1996, 1906) o 1171/97, de 29 de septiembre (RJ 1997, 6830)), por lo que procede excluir la posibilidad de error de prohibición cuando se acredite que el sujeto activo es persona conocedora en grado suficiente de la legislación aplicable, en este caso mercantil en relación a los derechos de los socios, en la medida que, incluso podía venir ocupando de hecho de la gestión de la sociedad[1041].

Y en el mismo sentido la SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2ª) núm. 510/2013 de 31 octubre que absuelve a los acusados de un delito del art. 293 CP por considerar que no ha existido la pretendida negación de derecho de información de los socios, ya que el art. 293 CP no penaliza cualquier comportamiento que meramente dificulte el ejercicio de los referidos derechos del socio, lo que podrá constituir un ilícito mercantil. Así dicho precepto requiere expresamente «negar», que en este contexto equivale a desconocer dichos derechos, o impedir, que equivale a imposibilitar, en definitiva, se requiere una abierta conculcación de la legislación en materia de sociedades, (STS de 26 noviembre de 2002 (RJ 2002, 10513)). Además, la conculcación debe ser abierta y manifiesta, y sin que quepa ordinariamente supuestos de error de prohibición, pues como es sabido la jurisprudencia excluye el error de prohibición no sólo cuando el agente tiene seguridad respecto a la ilicitud de su proceder, sino también cuando tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, supuesto similar al dolo eventual, (SSTS de 11 de marzo

[1040] SAP de León (Sección 3ª) núm. 50/2020 de 3 febrero JUR\2020\124743, FD. Segundo.
[1041] SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 5ª) Sentencia núm. 124/2016 de 31 marzo ARP\2016\798.

de 1996 (RJ 1996, 1906) y 29 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6830)[1042].

Y finalmente, en idéntico sentido la SAP de Álava (Sección 1ª) núm. 31/2005 de 3 marzo que en relación al tipo penal del art. 293 CP y la negación de los derechos de información de los socios, establece que el precepto no penaliza cualquier comportamiento que meramente dificulte el ejercicio de los referidos derechos del socio, lo que podrá constituir un ilícito mercantil, sino que requiere expresamente «*negar*», que en este contexto equivale a desconocer dichos derechos, o impedir, que equivale a imposibilitar, en definitiva se requiere una abierta y manifiesta conculcación de la legislación en materia de sociedades, tal y como tiene dicho la STS 2ª de 26 noviembre 2002, y sin que no quepa ordinariamente supuestos de error de prohibición, ya que la jurisprudencia excluye el error de prohibición no sólo cuando el agente tiene seguridad respecto a la ilicitud de su proceder, sino también cuando tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, supuesto similar al dolo eventual, SSTS de 11 de marzo de 1996 (RJ 1996, 1906) y 29 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6830) . Así entiende la Sentencia que el tipo, se limita exclusivamente, ya que, si no estaremos en el ámbito del derecho societario, a supuestos en los que los administradores nieguen o impidan el derecho sin alegar causa alguna, a aquellos en que alegan una causa legalmente inexistente o a aquellos en que la alegación de una causa legal sea manifiestamente abusiva[1043].

III. 8. El error en el delito de negación o impedimento del ejercicio de la actividad inspectora o supervisora del art. 294 CP

El tipo del art. 294 CP consistente en negar o impedir la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras por los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, sometida o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa, no existiendo causa legal alguna que pueda justificar el negar o impedir la actividad de los órganos inspectores o supervisores. En consecuencia, el error sobre la existencia de la causa legal que impida el ejercicio de la actividad supervisora constituye un error sobre el tipo y no un error de prohibición cuando se niega el ejercicio de dichas facultades inspectoras o supervisoras sin causa legal

[1042] SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2ª) núm. 510/2013 de 31 octubre JUR\2014\29479.
[1043] SAP de Álava (Sección 1ª) núm. 31/2005 de 3 marzo JUR\2005\201229. FD Segundo En idéntico sentido: SAP de Málaga (Sección 2ª) núm. 494/2007 de 16 julio JUR\2008\36260 y AAP de Cantabria (Sección 3ª) núm. 632/2014 de 26 diciembre JUR\2015\290085.

creyendo de forma errónea que no las tienen atribuidas[1044]. Así el administrador de hecho o de derecho que de forma errónea niega el ejercicio de las facultades inspectoras o supervisoras a quiénes tienen atribuida esa potestad administrativa, incurrirá en un error de tipo que no de prohibición, en cuanto que afecta a los elementos normativos del tipo, aunque pueda saber que su conducta resulta antijurídica, y en consecuencia, al igual que ocurre con el resto de los delitos societarios en caso que el error resulte invencible se excluirá la responsabilidad criminal y si fuera vencible al no estar previsto para los delitos societarios las conductas imprudentes, quedará impune el autor (art. 14.1 CP).

[1044] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios... op. cit.*, p. 340 En el mismo sentido RÍOS CORBACHO, J.M.: "Delitos …", en ACALE SÁNCHEZ, M. (Coordinación): *Lecciones..., op. cit.*, p. 156.

CAPÍTULO VI: EL SUJETO PASIVO Y LA CONDICIÓN DE PERSEGUIBILIDAD EN LOS DELITOS SOCIETARIOS: CUESTIONES DE LEGITIMACIÓN PROCESAL

I. Introducción

Los sujetos pasivos de los delitos societarios pueden ser tanto los socios (arts. 290, 291, 292 y 293 CP); la sociedad (arts. 290 y 292 CP) y los terceros (art. 290 y 294 CP)[1045], si bien los delitos societarios necesariamente deben cometerse en el seno de las sociedades. Tal y como hemos visto en el Capítulo II de esta Tesis Doctoral el CP se ha encargado de establecer un concepto legal o auténtico penal de sociedad, que transciende del concepto mercantil y que se encuentra regulado en el art. 297 CP. El concepto de socio y su estatuto personal, como titular de derechos y obligaciones, está íntimamente unido al concepto de sociedad. Del concepto penal de sociedad tal y como se regula en el art. 297 CP, como sujeto pasivo de los delitos societarios y ámbito en el que exclusivamente pueden cometerse los delitos societarios nos determina el concepto de socio como titulares de acciones y participaciones del capital social de las sociedades.

El art. 296 CP regula los requisitos de perseguibilidad como elemento común a todos los delitos societarios. En su apartado primero establece la denominada condición de perseguibilidad, mientras que en su apartado segundo regula la perseguibilidad de oficio de los delitos societarios cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas, cuestiones que van a determinar la doble naturaleza jurídica de estos delitos en atención a su perseguibilidad. La condición de perseguibilidad establece el requisito de la iniciación del procedimiento mediante la denuncia del agraviado u ofendido, en cuanto que serán estos los legitimados activamente para iniciar el procedimiento penal por la comisión de un delito societario. Siendo la condición de perseguibilidad la que va a determinar la naturaleza de los delitos societarios como delitos semipúblicos constituyendo un elemento común a todos ellos.

En atención a la condición de perseguibilidad del art. 296.1 CP, habrá que distinguir entre las figuras de agraviado u ofendido, que podrán ser tanto los socios, la sociedad o terceros, en atención al delito societario de que se trate, como titulares del bien jurídico protegido, de la figura del perjudicado que en caso de no sea también agraviado, carecerá

[1045] FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado*..., *op. cit*, p.1163: “Sujetos pasivos son la sociedad, los socios o un tercero, en fin, los titulares de los patrimonios que son puestos en peligro abstracto o lesionados por la acción típica”.

de legitimación activa, si bien sufre de manera personal y directa alguna consecuencia nociva, material o moral derivada del ilícito penal y que adquiere toda su relevancia a los efectos de la responsabilidad civil. Especial mención habrá que hacer a la posibilidad de la iniciación del procedimiento penal derivado de un delito societario mediante el ejercicio de la acción popular y la de subsanar, durante el mismo, la existencia de un defecto inicial en la calificación del delito al interponer la denuncia.

Deberemos igualmente analizar a figura del representante legal, como persona que actúa en nombre y representación de los agraviados u ofendidos tal y como prevé en propio art. 296.1 CP, y que podrá interponer la denuncia en nombre de estos, debiendo distinguir los supuestos en los que el representante legal actúa mediante disposición legal o cuando lo hace por un apoderamiento voluntario. Y de acuerdo con el segundo párrafo del art. 296.1 CP finalizaremos el estudio de la condición de perseguibilidad examinando los supuestos en los que por disposición legal el Ministerio Fiscal está legitimado para interponer la denuncia, siendo actuación de éste necesaria, cuando a falta de la acción por los representantes legales, el agraviado o perjudicado sean menores de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida.

Y de conformidad con el art. 296.2 CP, deberemos examinar los supuestos en los que los delitos societarios son perseguibles de oficio, lo que aproxima estos delitos a los delitos públicos. Esta situación se produce cuando la comisión del delito societario afecte a los *intereses generales* o a una *pluralidad de personas*. En estos casos podrán los juzgados y tribunales actuar de oficio en la persecución de los delitos societarios sin necesidad de la denuncia a la que se refiere el art. 296.1 CP. Y en cuanto que los tipos penales societarios debemos integrarlos con las normas extrapenales especialmente del Derecho mercantil, adquiere especial importancia el examen de las cuestiones prejudiciales que pueden surgir en el procedimiento penal y si las mismas tienen carácter devolutivo o no devolutivo, así como las cuestiones penales que puedan plantearse en el procedimiento civil.

II. El sujeto pasivo de los delitos societarios: la sociedad, los socios y terceros

II. 1. La sociedad

El concepto legal de sociedad del art. 297 CP es aplicable a todos los tipos penales, constituyendo un elemento común a los delitos societarios en los términos vistos en el Capítulo II de esta Tesis Doctoral, por lo que nos remitimos en cuanto a su estudio a todo

lo expuesto en dicho Capítulo. Sin embargo, en la determinación de quiénes pueden ser sujetos pasivos de los delitos societarios, aparecen también los socios y los terceros que se relacionan con la sociedad, y son mencionados expresamente por los delitos societarios, constituyendo en consecuencia también un elemento común de los mismos.

II. 2. Los socios

El CP menciona expresamente a los socios como sujetos pasivos de los delitos societarios en los arts. 290, 291, 292 y 293 CP. El concepto de socio, tal y como hemos visto está íntimamente unido al de sociedad. De forma que el socio mediante la aportación realizada al fondo común de la sociedad es el titular del capital social de la entidad, ya sean acciones o participaciones, lo que les atribuye una serie de derechos y obligaciones que podrán ser o bien de contenido patrimonial o económico, o bien de contenido administrativo o político y que constituye el bien jurídico protegido por los tipos penales. Como manifestación de los primeros se encuentra el derecho al dividendo, a la cuota de liquidación y a los derechos de suscripción preferente en las ampliaciones de capital de la sociedad, mientras que, como manifestación de los segundos, se encuentran entre otros, el derecho de control y de participación en la gestión social, y el derecho de información y de voto en las Juntas Generales[1046]. Todos estos derechos de los socios pueden lesionarse mediante las conductas típicas de los delitos societarios, lo que les constituye en sujetos pasivos de los mismos junto con la propia sociedad y en determinados supuestos los terceros que se relacionan con la misma.

En el art. 290 CP el sujeto pasivo, junto con la sociedad, también pueden ser los socios o terceros, cuyo patrimonio se pone en peligro por la conducta típica consistente en falsear las cuentas anuales o documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad. Bastará que la acción lesione o sea idónea para causar un perjuicio económico al patrimonio de los sujetos pasivos para considerar consumado el delito del art. 290 del CP. En el tipo del art. 291 el sujeto pasivo de la conducta tipificada serán sólo los socios o accionistas y no la sociedad, siendo los socios minoristas cuyos intereses patrimoniales se pongan en peligro o se vean lesionados por los acuerdos abusivo de la mayoría, en el caso del art. 291 CP[1047]. Así FARALDO CABANA entiende que los sujetos pasivos sólo

[1046] GALLEGO SÁNCHEZ, E. y FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: *Derecho…, op. cit.,* p. 345.
[1047] RÍOS CORBACHO, J.M.: "Delitos …", en ACALE SÁNCHEZ, M. (Coordinación): *Lecciones..., op. cit.*, p. 145: "Solo ostentan dicha condición los socios minoritarios, no la sociedad. Para llegar a esta conclusión debe afirmase que el precepto exige explícitamente como resultado del delito sólo un perjuicio para los demás socios, sin que se incluya en ningún caso a la sociedad".

serán los socios titulares del bien jurídico protegido, al tutelarse los intereses patrimoniales de los socios que no pertenecen al grupo de control y aquellos que, sin formar parte de éste, contribuyan con su voto a la forma de la mayoría en la junta cuando su patrimonio se vea perjudicado por comisión del delito. Pero la sociedad, aunque se pueda ver perjudicada, no la convierta en sujeto pasivo, ya que el art. 291 CP exige que la conducta típica no le reporte beneficios, pero no que su patrimonio se vea lesionado[1048]. En cuanto al art. 292 CP la referencia a *algunos* de los socios los hace sujetos pasivos del delito, pero en este caso claramente también podrá ser la sociedad, ya que es mencionada expresamente por el tipo al establecer que *los acuerdos serán en perjuicio de la sociedad o de alguno de sus socios*[1049]. Se echa en falta la mención a terceros en los arts. 291 y 292 CP, como pueden ser los obligacionistas o titulares de emisiones de deuda privada o de cupones en las sociedades que emiten estos instrumentos para financiarse[1050].

Por otra parte, en el art. 293 CP, en cuanto que su objeto, está constituido por los derechos de los socios consistentes en el derecho de información, participación en la gestión o control de la actividad social o suscripción preferente de acciones en los reconocidos por las Leyes, el sujeto pasivo por disposición de la propia norma sólo podrán ser los socios y sin que se pueda extender la consideración de sujeto pasivo ni a la sociedad ni los terceros acreedores sociales[1051]. Considero importante posicionarme de forma que entiendo que en los delitos societarios de los arts. 290 a 293 CP cuando se menciona el término socio, no podemos estar ante una posición reduccionista, en el sentido de jurídico estricto que del concepto de socio establece la LSC, sino que debe integrarse con el concepto penal de sociedad previsto en el art. 297 CP y por tanto ampliarse a los titulares del capital de las distintas entidades que se mencionan en el art.

[1048] FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII. …" en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios …, op. cit.*, p. 1124. Y de la misma autora En el mismo sentido, FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit,* p.1178 y de la misma autora FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, p.1190. Y de la misma autora FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1908.
En el mismo sentido MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Código Penal II…, op. cit.*, p. 700: "Sólo pueden ser sujetos pasivos los socios".

[1049] BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho…, op. cit.*, p. 627. Y en el mismo sentido FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en Cuerda Arnau, M. L. (dir.) y Raga i Vives, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1912.

[1050] RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Estudios …, op. cit.,* pp. 61-62.

[1051] RÍOS CORBACHO, J.M.: "Delitos …", en ACALE SÁNCHEZ, M. (Coordinación): *Lecciones..., op. cit.*, p. 152. En este mismo sentido FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, p.1200. Y de esta misma autora FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1916.

297 CP, y por tanto a los cooperativistas, fundadores, mutualistas, o titulares de cualquiera de las entidades análogas que hemos visto anteriormente y que participan para el cumplimiento de sus fines de modo permanente en el mercado[1052].

II. 3. Los terceros

Los terceros distintos de los socios igualmente pueden ser sujetos pasivos de los delitos societarios, y de hecho son expresamente mencionados en el art. 290 CP, único de los delitos societarios que los menciona[1053], en el que la referencia a terceros debe entenderse a los acreedores, inversores, trabajadores, proveedores, adquirentes de bienes y servicios, administraciones públicas, que tienen un interés en recibir una correcta información de la situación jurídica o económica de la entidad, que pueda conllevar a adoptar decisiones que lesionen su patrimonio[1054]. En todo caso el tercero debe tener una relación jurídica o económica con la sociedad o tenga expectativas de establecerla para que pueda considerarse sujeto pasivo del delito del art. 290 CP[1055]. Es especialmente relevante la consideración como terceros del delito de falsedad contable del art. 290 CP, la AEAT o las haciendas autonómicas o locales, o la SS., de forma que en mi opinión no hay ningún inconveniente para considerar a estos organismos públicos como terceros agraviados por el delito del art. 290 CP, en cuanto que su patrimonio se puede ver lesionado por el delito de falsedad contable o de documentos que deban reflejar la verdadera situación jurídica o económica de la Entidad. Y en estos términos gozarán de legitimación a los efectos de la condición de perseguibilidad prevista en el art. 296 CP en cuanto que tendrán la

[1052] BAJO FERNÁNDEZ, M.: "Delitos de prevalimiento de situación mayoritaria", en AREÁN LALÍN, M. (coord.) y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (coord.): *El nuevo…op. cit.,* p. 40.
En sentido contrario RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: "Delitos…", en AREÁN LALÍN, M. (coord.) y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (coord.): *El nuevo …, op. cit.,* p. 236: "Frente a esta concreta formulación del elemento típico no se puede hacer prevalecer la cláusula genérica del artículo 197, son pena como también decíamos antes, de vulnerar el principio de legalidad. El artículo 197 no se puede invocar para desbordar la noción jurídica de "socio", como no se invoca para ir más allá de las nociones normativa de "derecho de suscripción preferente de acciones" del propio artículo 293 o de "junta de accionistas" del artículo 291" Y del mismo autor RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Estudios …, op. cit.,* pp. 65-66. Y también en sentido contrario FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, pp.1200-1201.
[1053] CUGAT MAURI, M., en CÓRDOBA RODA, J. (dir.) y GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *Comentarios…, op. cit.,* p. 1096.
[1054] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* p. 114. De la misma autora FARALDO CABANA, P.: *El delito…, op. cit.,* p. 45.
[1055] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial ..., op. cit.,* p. 501.

condición de agraviados[1056], si bien ello no impide que exista cuando el perjudicado sea la Hacienda Pública, exista un concurso de delitos del art. 290 y el art. 310 CP.

Especial referencia debe realizarse a los terceros como sujeto pasivo en el delito de negativa o impedimento a la actuación inspectora regulado en el art. 294 CP. El sujeto pasivo del delito del art. 294 CP se identifica con el titular del bien jurídico protegido, que para unos autores está constituido por la colectividad[1057], y para otros por los órganos inspectores o supervisores de la Administración[1058]. De forma que el concepto de tercero como sujeto pasivo de este delito adquiere en este delito su total plenitud, y está íntimamente unido al marco en el que se puede cometer este delito, que son las sociedades que actúan en mercados sujetos a supervisión administrativa, todas ellas sujetas a normativa o reglamentación administrativa propia de la actividad que realizan. El concepto de sociedad supervisada previsto en el art. 294 CP, debe ser más limitado en este delito que el concepto penal de sociedad del art. 297 del CP aplicable al resto de los delitos societarios (290 a 293 CP). De forma que lo serán sólo las sociedades constituidas o en formación sujetas a supervisión. Este precepto parece estar pensando en las entidades financieras: en especial los bancos, cajas de ahorro y las cooperativas de crédito, las compañías aseguradoras, las mutuas de seguros, las gestoras de fondos de inversión y de planes de pensiones, las instituciones de inversión colectiva, los fondos de inversión mobiliarios e inmobiliarios y las sociedades y agencias de bolsa, las sociedades de futuros y opciones, pero no sólo éstas sino también las sociedades eléctricas, las sociedades del mercado de las telecomunicaciones, del sector de hidrocarburos y en general, todas aquellas que actúan en el mercado cotizando en los mercados secundarios y están sometidas a supervisión administrativa cuyo buen funcionamiento es esencial para el

[1056] PÉREZ VALERO, I: *El delito …, op. cit,* pp. 174-179.
En sentido contrario, FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1905 entiende: "La Hacienda pública no es en ningún caso sujeto pasivo del precepto societario, puesto que la especialidad que comparte la protección del patrimonio desde la perspectiva penal tributaria lo impide".

[1057] FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII. …" en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios …, op. cit.,* p. 1132. Y de esta misma autora FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit,* p.1210: "Al tratarse de un bien jurídico supraindividual o colectivo, su titular, y por tanto el sujeto pasivo del delito es la colectividad, y no la persona, órgano o entidad cuyas facultades de inspección o supervisión no han sido atendidas, como afirman aquellos autores que identifican el bien jurídico protegido con dichas facultades, convirtiendo el delito que nos ocupa en un delito puramente formal". En el mismo sentido FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1922.

[1058] RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: "Delitos…", en AREÁN LALÍN, M. (coord.) y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (coord.): *El nuevo …, op. cit.,* p. 247. Para RÍOS CORBACHO, J.M.: "Delitos …", en ACALE SÁNCHEZ, M. (Coordinación): *Lecciones..., op. cit.,* p. 155 el sujeto pasivo es la colectividad personificada por el Estado.

orden económico del país[1059]. En consecuencia, el delito del art. 294 CP exige que se produzca en sociedad constituida o en formación que se encuentre sometida o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa, de forma que, si no se da tal condición en la sociedad, no podrá castigarse la conducta por este delito tal y como tiene dicho la SAP de Barcelona (Sección 6ª) Sentencia núm. 627/2019 de 7 octubre ARP\2020\114[1060] y SAP de Valladolid (Sección 2ª) Sentencia núm. 275/2003 de 15 julio JUR\2004\73665[1061]. En consecuencia, el sujeto pasivo en el delito del art. 294 CP es la colectividad en general, que no la sociedad sujeta a supervisión, lo que determina que exista un tercer grupo de sujetos, ya que la acción no se realiza directamente frente al sujeto pasivo sino a sujetos interpuestos como son los órganos o entidades inspectoras o supervisoras de la Administración[1062]: BdE, CNMV, DGSFP, CNMC, Ministerio de

[1059] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial …, op. cit.*, p. 568: *"*La diferenciación que efectúa el legislador entre sociedades "sometidas a supervisión administrativa" y sociedades "que actúen en mercados sujetos a supervisión administrativa" resulta acertada, habida cuenta de que pueden existir entidades (*v. gr.*, una pequeña sociedad anónima) que únicamente quedan sometidas a supervisión administrativa cuando actúan en determinados mercados, como, fundamentalmente, el mercado de valores*".* En el mismo sentido FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1923: En todo caso, tal y como dice esta autora, no tendrán la consideración de sujeto pasivo del delito del ar. 294 CP ni las personas físicas ni los fondos de inversión mobiliarios e inmobiliarios y los FIAMM por no tener forma societaria.

[1060] SAP de Barcelona (Sección 6ª) Sentencia núm. 627/2019 de 7 octubre ARP\2020\114. FD Quinto: "...Son escasísimas las decisiones judiciales sobre este tipo penal y las que se han dictado son sentencias absolutorias o autos dictados en la fase instructora en los que no se hace una interpretación del precepto. La razón hay que buscarla en la propia naturaleza de la conducta que describe el precepto. Se trata de un tipo ciertamente restrictivo que explica esa ínfima presencia en la práctica judicial. En esos escasos pronunciamientos se detecta que, de ordinario, se invoca la comisión del delito por el socio denunciante o querellante como refuerzo de su pretensión punitiva referida a otros delitos societarios y, especialmente, al delito d administración desleal que, como ya se ha dicho, tras la Ley Orgánica 1/2015 ya no está dentro de los delitos societarios. El tipo sanciona la conducta obstruccionista frente a la actuación inspectora o supervisora de los entes de la administración pública que tienen atribuida la misma, pero, y aquí está el elemento del tipo que restringe su aplicación, no sobre cualquier sociedad sino sólo sobre aquellas que actúan en mercados sujetos a supervisión administrativa. Aunque sobre todas las sociedades o entes a los que se refiere el artículo 297 del Código Penal puede hablarse de un cierto control público, la exigencia típica consiste en que se trate de sociedades que desarrollan su actividad mercantil en mercados supervisados por entes públicos establecidos ad hoc, como es el caso de la CNMV. Pueden citarse al respecto dos sentencias en las que se señala que la aplicación del tipo depende de que concurra esa doble exigencia: Sentencias núm. 59/2009, de 28 de enero (PROV 2010, 181038), de la sección 2ª de la Audiencia Provincial de Valencia, y sentencia núm. 153/2009, de 29 de mayo, de la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Cantabria. Y en lo que hace a la exigencia de que la sociedad esté sujeta a un régimen de fiscalización administrativa especial puede citarse la sentencia núm. 102/2000, de 19 de mayo, de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Baleares".

[1061] SAP de Valladolid (Sección 2ª) Sentencia núm. 275/2003 de 15 julio JUR\2004\73665: FD Primero: "IV.–La pretensión acusatoria sustentada en el artículo 294 del Código Penal tampoco ha de merecer favorable acogida por cuanto, prescindiendo de cualquier otra consideración, ha de recordarse que la configuración del indicado tipo penal precisa, entre otros elementos, que la sociedad en cuestión esté «sometida o actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa», no existiendo en autos dato, referencia o prueba alguna de que tal característica concurra en el Grupo..."

[1062] MORENO CHAMORRO, I.: *Delitos…, op. cit.*, p. 116.

Economía, los organismos supervisores de las CCAA en materia financiera (*v. gr.* Instituto Valenciano de Finanzas de la Generalitat Valenciana), etc.[1063].

III. La condición de perseguibilidad en los delitos societarios: el art. 296 CP

III. 1. Introducción

En el sistema penal español la regla general es que los delitos son perseguibles de oficio y excepcionalmente en determinados delitos, se deja en manos del agraviado u ofendido el ejercicio de la acción penal que da lugar al inicio del procedimiento penal, adquiriendo la denuncia o la querella del agraviado o de su representante legal la condición para el inicio del procedimiento penal, lo que constituye la denominada condición de perseguibilidad en el procedimiento penal[1064]. Las condiciones de perseguibilidad tienen un carácter jurídico-material, y constituyen presupuestos del proceso penal y determinan la posibilidad del inicio del procedimiento, influyendo de forma indirecta en la penalidad, en tanto que ésta sólo se puede imponer a través del procedimiento[1065]. La existencia de la condición de perseguibilidad se compadece mal con un derecho penal basado en el monopolio estatal como titular del *ius puniendi* y con la naturaleza de derecho público que tiene el Derecho penal moderno[1066]. Por ello se ha intentado justificar la misma, sobre la base de la eficacia (*ex post*) del consentimiento, al carácter privado del bien jurídico protegido por el delito concreto y al principio de intervención mínima del derecho penal, como forma de descongestionar la Administración de Justicia. Con ello se está dando lugar a una concepción privada del Derecho penal y justificando la misma en la protección prevalente de determinados derechos esenciales de la víctima, como es su intimidad o su dignidad (*v. gr*. en los delitos sexuales); y tratándose de delitos leves, la posibilidad de que exista acuerdo entre las partes que pueda satisfacer las necesidades preventivas de la pena en el caso concreto de que se trate. Con la reforma del Código Penal de 1995 se produce definitivamente en el Derecho penal español la apertura de los mecanismos de perseguibilidad privada a la esfera de la delincuencia patrimonial y socioeconómica tal y como aparece regulado en

[1063] GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit., p.* 260.
[1064] ALONSO RIMO, A.: "Perseguibilidad a instancias de la víctima", en BOIX REIG, J. (dir.) y LLORIA GARCÍA P. (coord.): *Diccionario de Derecho Penal Económico,* 2ª ed. Madrid, Iustel, 2017, p. 797.
[1065] Para la distinción de las condiciones de perseguibilidad con la condición de procedibilidad, las cuestiones prejudiciales y las cuestiones previas o artículos de previo pronunciamiento *Vid.* SEQUEROS SAZATORNIL, F.: *Delitos …, op. cit.,* pp. 392-395.
[1066] ALONSO RIMO, A.: "Perseguibilidad …", en *Diccionario ... op. cit.,* p. 797.

relación con los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (arts. 287) y a los societarios (arts. 296) [1067].

III. 2. La consideración de los delitos societarios como delitos semipúblicos

El art. 296 CP establece que *1. Los hechos descritos en el presente capítulo, sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal. 2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.* Este precepto contiene una condición de perseguibilidad que constituye un elemento común a todos los delitos societarios, lo que hace que en los delitos societarios no estemos ante delitos privados, sino que tienen la consideración ante delitos "semipúblicos". El carácter de los delitos societarios como "semipúblicos" se encuentra en la clara diferenciación con los delitos privados, ya que para el inicio del procedimiento penal en los delitos societarios basta con que se realice mediante denuncia sin que sea necesario la querella, que sí es requisito indispensable en los delitos privados, a lo que hay que añadir los supuestos de intervención del Ministerio Fiscal cuando la persona agraviada sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida. Y sin que incluso sea necesaria el ejercicio de la acción penal por la persona agraviada, su representante legal o el Ministerio Fiscal cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas[1068].

El TS en consolidada jurisprudencia considera que la condición de perseguibilidad que exige la previa denuncia de la persona agraviada o de su representante, o del Ministerio Fiscal en caso de minoría de edad o incapacidad, convierte en semipúblico la persecución de los delitos societarios, y viene a ser una consecuencia del principio de mínima intervención del derecho penal, que en los delitos societarios puede tener una especial incidencia en la medida que el ejercicio de acciones ante la jurisdicción civil, pueden ser suficiente para conseguir la tutela de los derechos de los asociados, evitando

[1067] ALONSO RIMO, A.: *Idem*, pp. 798: En los *delitos cuasipúblicos*, la acción penal para iniciar el proceso no la tiene exclusivamente el ofendido, sino también el Ministerio Fiscal, de forma que esta facultad de supervisión pública que inicialmente estaba prevista para la intervención del Ministerio Fiscal en protección de los menores de edad, personas con incapacidad necesitadas de especial protección (en la nueva terminología relativa a los incapaces) y desvalidas, se ha extendido en el CP de 1995 a determinados delitos como son los delitos de agresiones, los abusos y acoso sexual (art. 191.1. CP), el descubrimiento y revelación de secretos (art. 201 CP), los delitos relativos al mercado y a los consumidores (art. 287.2 CP) y el que es objeto de estudio en el presente capítulo, los delitos societarios (art. 296.2 CP).

[1068] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 6ª Edición, pp. 492-493.

criminalizaciones innecesarias, y sin que la denuncia de las personas agraviadas tengan porqué coincidir necesariamente con los perjudicados[1069]. En tal sentido es significativo el Auto AP de Salamanca (Sección 1ª) núm. 237/2017 de 13 junio JUR\2017\209906 que analizando la jurisprudencia existente sobre el art. 296 CP, afirma que en los delitos societarios estamos antes verdades delitos semipúblicos y que podrá subsanarse en el procedimiento la falta de denuncia previa por el agraviado u ofendido por el delito[1070].

Pero no faltan autores que discrepan de la consideración de los delitos societarios como delitos semipúblicos, y su necesidad de persecución mediante la denuncia del agraviado, y así para FERNÁNDEZ TERUELO, en atención a lo dispuesto en el apartado segundo del art. 296 CP no resulta del todo precisa la calificación de los delitos societarios como delitos semipúblicos, teniendo los mismos una doble naturaleza pública/semipública según se vean afectados los intereses generales o de una pluralidad de personas, siendo

[1069] STS (Sala de lo Penal) núm. 620/2004 de 4 junio RJ\2004\5046: FD 6º: "…Tal condición objetiva de perseguibilidad es la exigencia de previa denuncia de la persona agraviada o de su representante, o del Ministerio Fiscal en caso de minoría de edad o incapacidad. Tal requisito convierte en semipúblico la persecución de tales delitos, y viene a ser una consecuencia del principio de mínima intervención del derecho penal, que en los delitos societarios puede tener una especial incidencia en la medida que el ejercicio de acciones en vía civil pudiera ser suficiente para conseguir la tutela de los derechos de los asociados, evitando criminalizaciones innecesarias".

[1070] Auto AP de Salamanca (Sección 1ª) núm. 237/2017 de 13 junio JUR\2017\209906: FD Tercero*: "*...La STS 2.ª 16/03/2007 , recuerda que "…La falta de denuncia exigida para estos delitos será subsanable, en todo caso, lo que puede ocurrir una vez iniciado el procedimiento: "este requisito convierte en semipúblicos la persecución de estos delitos y viene a ser una consecuencia del principio de mínima intervención del derecho penal, que en los delitos societarios puede tener una especial incidencia en la medida que el ejercicio de acciones en vía civil, pudiera ser suficiente para conseguir la tutela de los derechos de los asociados, evitando criminalizaciones innecesarias (STS. 620/2004 (RJ 2004, 5046)). Y la STS, Penal sección 1 del 17 de abril de 2013 (RJ 2014, 1990)) declaró que "En el ámbito de los llamados delitos públicos, el procedimiento penal puede iniciarse, incluso sin la voluntad del perjudicado, a impulsos del Ministerio Fiscal que, conforme resulta del art. 105, viene obligado al ejercicio de la acción penal. En los llamados delitos semipúblicos o semiprivados, en cambio, el procedimiento penal depende de la presentación de la correspondiente denuncia por parte de la persona agraviada que, en esta medida, puede resolver o no que el procedimiento penal se inicie. Sin embargo, también en estos casos, delitos semipúblicos, una vez abierto el procedimiento penal, presentada denuncia por parte del ofendido, la renuncia del mismo al ejercicio de las acciones penales no pedirá la continuación del procedimiento. Sólo en el ámbito propio de los llamados delitos privados, la renuncia del ofendido al ejercicio de la acción penal extingue la posibilidad de ejercitar la misma. En definitiva, como se indica en la STS, Penal sección 1 del 16 de marzo de 2007 , Sentencia: 245/2007 (RJ 2007, 3268) -, Recurso: 711/2006 , Ponente: FRANCISCO MONTERDE FERRER "esta Sala ha dicho (Cfr. ATS de 9 de febrero de 2001 (RJ 2001, 4645) ; STS de 15-2-2002, nº 240/2002 (RJ 2002, 3644)) que, si bien en los llamados delitos semipúblicos, como titular del bien jurídico protegido, es a la persona agraviada a quien compete, como inexcusable requisito de procedibilidad, formular la denuncia, como una verdadera "*legitimatio al processum*" que le legitima para la iniciación y substanciación del procedimiento, a salvo las iniciativas que puede adoptar el Ministerio Fiscal, por atribución de su Estatuto (art. 3.7 Ley 30/81) y del propio Código Penal (art. 296.1 y 2), sin embargo, aunque la víctima tiene en sus manos que se inicie el proceso con la llave de su denuncia, no la tiene para cerrarlo, provocando su crisis anticipada, porque el perdón del ofendido, o su apartamiento del procedimiento, no extingue la acción penal".

más apropiado la utilización de la expresión de delitos cuya persecución está sujeta a condición[1071].

De conformidad con el tenor literal del art. 296 CP y siguiendo tanto la jurisprudencia, como la clasificación que de los delitos en atención a su perseguibilidad realizan ORTS BERENGUER Y GONZÁLEZ CUSSAC[1072], podemos concluir que en atención a su perseguibilidad los delitos societarios tienen la consideración de delitos o infracciones semipúblicos. En consecuencia, desde la perspectiva de su perseguibilidad, los delitos societarios son delitos semipúblicos, que no pueden perseguirse de oficio, o mediante denuncia de terceros, o mediante querella pública, sino que requieren de denuncia "de la persona agraviada o de su representante legal" o, en el caso de que el agraviado sea "menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o persona desvalida", de denuncia del Ministerio Fiscal, pasando a ser la perseguibilidad plenamente pública cuando la comisión del delito "afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas"[1073]. Es ese carácter de los delitos societarios como delitos

[1071] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.*, pp. 144-145: *"*En atención a lo dispuesto en el art. 296, no nos parece del todo preciso calificar a los delitos societarios como delitos semipúblicos, puesto que tal naturaleza podría predicarse si sólo se tuviese en cuenta lo dispuesto en el primer apartado del art. 296. Sin embargo, el segundo apartado de dicho precepto define, por el contrario, las características de los que se consideran delitos públicos que, como es sabido, son aquellos perseguibles de oficio, mediante la acusación del Ministerio Fiscal y al margen de cuál sea la posición de la voluntad de los perjudicados*"*.

[1072] ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 10ª Edición; pp. 243-244: Estos autores clasifican los delitos en atención a su perseguibilidad, distinguiendo entre las infracciones perseguibles de oficio, en las que la voluntad de la víctima no desempeña papel alguno en su persecución, e infracciones no perseguibles de oficio, que a su vez se distinguen en infracciones no perseguibles de oficio en sentido amplio y en sentido estricto. Y dentro de las *infracciones no perseguibles de oficio en sentido estricto* se distinguen las siguientes modalidades: Las *infracciones privadas o perseguibles a instancia de parte*, que son aquellas que precisan de querella del ofendido o de su representante legal para la iniciación del procedimiento penal y admiten el perdón del ofendido (art. 215.1 y 3 CP); Las *infracciones semiprivadas*, que son perseguibles mediante denuncia del ofendido o de su representante legal, y por tanto no requieren de querella del ofendido y que éste se constituya en parte en el procedimiento, y conceden eficacia al perdón del ofendido (art. 267, párrafos segundo y tercero CP); Las *infracciones semipúblicas* que requieren de la denuncia del agraviado o de su representante legal para el inicio del procedimiento siendo el perdón ineficaz (art. 228 CP); Las *infracciones cuasi públicas propias*, que requieren igualmente la denuncia del ofendido o de su representante legal, o denuncia o querella del Ministerio Fiscal de conformidad con los criterios que fija el tipo penal correspondiente y que no admiten el perdón del ofendido (art. 191.2 CP); Y las *infracciones cuasi públicas o impropias* que exigen denuncia del ofendido o de su representante legal o del Ministerio Fiscal y que admiten el perdón siempre bajo la supervisión del Ministerio Fiscal o del juez (art. 201 CP).

[1073] LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. en DE LA MATA BARRANCO, N.J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. y NIETO MARTÍN, A.: *Derecho …, op. cit.,* p. 490.

En el mismo sentido GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit.,* p. 218: La condición de perseguibilidad prevista en el art. 296.1 CP, y que resulta común para todos los delitos societarios, supone la necesidad de denuncia previa de la persona agraviada o de su representante legal, o en su caso del Ministerio Fiscal en los supuestos antes dichos, para proceder a la persecución de los delitos societarios, lo que hace sin lugar a duda que se configuren como delitos semipúblicos. Y que con base en

semipúblicos, lo que determina que necesariamente deberá iniciarse el procedimiento penal en el que se enjuicien los mismos, mediante denuncia de los agraviados, siendo el Ministerio Fiscal a partir de ese momento quién ejercita la acción pública, resultando irrelevante la renuncia del denunciante[1074]. La intervención el Ministerio Fiscal, cuando el delito societario afecta a los intereses generales o a una pluralidad de personas, o cuando actúa en representación de menores de edad, personas con discapacidad necesitadas de especial protección o persona desvalida, refrenda la idea de que estamos en los delitos societarios desde el punto de vista de su perseguibilidad ante delitos semipúblicos, muy próximos a los delitos públicos[1075]. Sin duda el fundamento de someter la perseguibilidad de estos delitos a condición se encuentra en la concepción del legislador sobre la escasa trascendencia de la infracción en atención al bien jurídico protegido y la intervención mínima del derecho penal en favor del procedimiento civil para resolver los problemas que entre los socios y terceros que pueden surgir en el ámbito societario, limitándolo al procedimiento penal a los supuestos más graves[1076].

III. 3. La iniciación del procedimiento penal en los delitos societarios mediante la denuncia del agraviado u ofendido

Tal y como hemos visto, el principio general de perseguibilidad de oficio de los delitos tiene una excepción clara en el ámbito de los delitos societarios en los que su persecución queda *ex lege* condicionada al cumplimiento de un requisito procesal, consistente en la interposición de la denuncia por el agraviado u ofendido, y que constituye la denominada condición de perseguibilidad[1077]. En consecuencia, el art. 296 CP introduce una condición objetiva de perseguibilidad común a todos los delitos societarios, de forma que sólo mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal podrá ejercerse la acción penal por un delito societario, desapareciendo su carácter semiprivado cuando los delitos societarios afectan a intereses generales o a una pluralidad de personas[1078]. La

el principio de intervención mínima quedarán al margen del procedimiento penal, los supuestos en los que el ejercicio de las acciones civiles, sean suficientes para la tutela de los derechos afectados.
Y SEQUEROS SAZATORNIL, F.: *Delitos …, op. cit.,* p. 391: La necesidad de denuncia de la persona agraviada o de su representante legal para iniciar el procedimiento penal ante la comisión de un delito societario, supone que el legislador haya dado el tratamiento procesal a los delitos societarios como delitos semipúblicos.

[1074] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos...*, p. 144.

[1075] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios. ... op. cit.,* pp. 89-90.

[1076] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit., p.* 146.

[1077] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios. ... op. cit., p.* 86.

[1078] VALLE MUÑIZ, J.M., QUINTERO OLIVARES G. y MORALES PRATS, F.: "De los delitos …" en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios …, op. cit.,* p. 1020.

denuncia se configura de esta forma, como una manifestación de voluntad de la persona agraviada u ofendida que va dirigida a remover los obstáculos que se oponen al ejercicio de la acción penal y que a su vez obliga al juez a comprobar con carácter previo la situación concreta del hecho que se le somete y declarar si el hecho constituye uno de los delitos societarios tipificado en los arts. 290 a 294 CP y de esa manera determinar la legitimación activa para el inicio del procedimiento[1079]. La denuncia del art. 296.1 CP es una denuncia condicionante, ya que la persecución de los hechos queda condicionada a la presentación de esta por el agraviado o su representante legal, y una vez presentada corresponderá al Ministerio Fiscal el ejercicio de la acción. De forma que, al tratarse de delitos semipúblicos, una vez que se haya presentado la denuncia de la persona agraviada o su representante e iniciado el procedimiento penal, el Ministerio Fiscal deberá actuar y continuar el procedimiento como si tratara de un procedimiento de oficio, incluso aunque los denunciantes desistan del mismo[1080]. Por tanto, deberá entenderse como legitimado para iniciar el procedimiento penal derivado de un delito societario quién es titular del bien jurídico protegido afectado por el delito, y en consecuencia la persona agraviada u ofendida o su representante legal, tal cual se indica de forma literal en el art. 296.1 CP y sin que se pueda iniciar el procedimiento exclusivamente a instancias del perjudicado, ya que para ello tendrá la vía del procedimiento civil. Lo contrario supondría el ampliar la facultad de control de la intervención punitiva a los perjudicados, limitando de esta forma la posibilidad del perjudicado para llegar a un acuerdo reparador extrajudicial en perjuicio del agraviado u ofendido[1081]. Llama la atención que el art. 296.1 CP no mencione junto con la denuncia a la querella como forma de inicio del procedimiento penal, de forma que basta su inicio con denuncia[1082]. No hay que olvidar que, con la querella, el querellante se constituye en parte acusadora en el procedimiento penal, según prevé los arts. 270 y

[1079] SEQUEROS SAZATORNIL, F.: *Delitos …, op. cit*., pp. 395 y ss.
[1080] QUINTERO OLIVARES, G.: "Delitos societarios". Eunomía. *Revista en Cultura de la Legalidad, núm. 12, abril – septiembre 2017.* https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3655, pp. 235-245.
[1081] ALONSO RIMO, A.: "Perseguibilidad …", en *Diccionario... op. cit.,* p. 802.
[1082] GARBERÍ LLOBREGAT, J.: "Derecho penal de la empresa (delitos económicos + derechos societarios): aspectos procesales", *Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 345*. Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 2: "Nada impide, por supuesto, que la persona agraviada, en lugar de formular denuncia de los hechos, interponga directamente la querella, lo que provocará la iniciación inmediata del procedimiento y su consideración formal en el mismo como parte activa o acusadora; o, como última posibilidad, también podrá limitarse a denunciar los hechos y esperar a que, más adelante, se le formule el correspondiente ofrecimiento de acciones, instante en el cual ya habrá de decidir si contempla el proceso como un simple espectador o interviene como parte activa en el mismo".
Y CUGAT MAURI, M., en CÓRDOBA RODA, J. (dir.) y GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *Comentarios…*, *op. cit.*, p. 1129: "No se exige aquí -como en otras condiciones de procedibilidad, como en los delitos contra el honor-, la interposición de querella basta con la denuncia de los hechos".

ss. LECRIM y está obligado a probar los hechos que son objeto de la querella; mientras que, con la denuncia, basta la puesta en conocimiento de la autoridad de los hechos constitutivos de delito y sin que el denunciante se constituya en parte ni esté obligado a probar los mismos tal y como prevén los arts. 259 y ss. LECRIM.

Constituye la regla general común a todos los delitos societarios, el que éstos sólo son perseguibles a instancia de parte, mediante el ejercicio de la acción penal que se iniciará mediante denuncia por parte del agraviado u ofendido o su representante legal[1083] y sin que se pueda considerar como legitimada las asociaciones en las que se integran los agraviados u ofendidos[1084]. En otras palabras, cualquiera de los delitos societarios regulados en los arts. 290 a 294 CP sólo serán perseguibles a través de denuncia, presentada por la persona agraviada u ofendida o por su representante legal. Este condicionante parece comportar un interés del legislador de dejar en manos de los particulares la persecución de los delitos societarios[1085]. Esta necesidad de iniciar el procedimiento penal cuando exista un delito societario, mediante la denuncia del agraviado, y sin perjuicio de la excepción que luego veremos, nos lleva a distinguir las figuras de agraviado u ofendido, entendido como la víctima o sujeto pasivo del delito, y por tanto titular del bien jurídico protegido por el delito societario, de la figura del perjudicado, entendido éste como el que sufre de manera personal y directa alguna consecuencia nociva, material o moral derivada del ilícito penal y que adquiere toda su relevancia a los efectos de la responsabilidad civil[1086].

La SAP de Madrid (Sección 29ª) *Caso sueldos de directivos de Caja Madrid (tarjetas black)* núm. 443/2019 de 18 julio ARP\2019\1486, en la que siguiendo la jurisprudencia del TS y en un delito de administración desleal del derogado art. 295 CP, niega la condición del FROB como legitimado para interponer la acción penal, al no tener la consideración de agraviado u ofendido, aunque sí lo sea como perjudicado, desde el

[1083] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* p. 79.
[1084] CASTRO MORENO, A.: "Análisis teórico-práctico de la condición objetiva de procedibilidad en los delitos societarios (especial referencia a la legitimación activa del Ministerio Fiscal)", *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm.19, 2008: "No obstante, la mayor amplitud de la referencia a las personas agraviadas no debe conducir a la exacerbación del término en el sentido de considerarse como tales a personas de dudoso interés legítimo de carácter personal en la persecución del delito. Así sucede en el caso de determinadas asociaciones o colectivos de personas organizadas en torno a las acusaciones populares, a las que no puede considerarse ni perjudicadas ni, siquiera, como agraviadas, a los efectos del cumplimiento de la condición de procedibilidad. De este modo, la denuncia interpuesta por una asociación de usuarios de banca, por ejemplo, no es suficiente para colmar el requisito de procedibilidad por carecer la misma y sus integrantes de un interés personal concreto en la causa". En el mismo sentido Auto del Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 12 de marzo de 2007.
[1085] SEQUEROS SAZATORNIL, F.: *Delitos …, op. cit*., p. 395.
[1086] ALONSO RIMO, A.: "Perseguibilidad …", en *Diccionario... op. cit.,* p. 801.

momento que como sucesora de Bankia y de Caja Madrid asumió los pagos a realizar. La Sentencia entiende que no concurrió el requisito de perseguibilidad exigido en artículo 296.1 CP y que tampoco nos hallamos ante la excepción prevista en el art. 196.2 CP. De esta forma siguiendo la doctrina de la STS 797/2015 de 24 nov. 2015 (RJ 2015, 6320), Rec. 599/2015, entiende que:

> "El ofendido por el delito, agraviado o sujeto pasivo del mismo, es el titular del bien jurídico protegido por la norma penal, que ha sido lesionado o puesto en peligro por el hecho delictivo. El perjudicado es quien ha sufrido un perjuicio o daño, patrimonial o moral por la comisión del hecho delictivo, e incluye tanto a la víctima directa como a los terceros (art 113 CP).
>
> El término agraviado, como expone con acierto el Magistrado de instancia, no es sinónimo de perjudicado y sí es equiparable al de ofendido y así se desprende con claridad de la citada sentencia del Tribunal Supremo al equiparar expresamente las expresiones ofendido por el delito, agraviado y sujeto pasivo del delito.
>
> No hay duda alguna de que el FROB no tiene ninguna de estas condiciones, desde el momento en el que cuando se comete el delito el FROB no se vio afectado en modo alguno por el mismo, sin perjuicio de que tiempo después de la consumación del ilícito, el FROB hiciera desembolsos. ……El FROB sí está legitimado para ser parte en el procedimiento penal y analiza la cuestión de si tendría derecho a percibir una indemnización derivada del delito enjuiciado, pero ello no es relevante a los efectos de estimar la existencia o no de denuncia previa interpuesta por el "agraviado" por el delito.
>
> Como bien deduce el Magistrado de instancia el Tribunal Supremo consideró que la condición de ofendido, agraviado por el delito era predicable únicamente respecto de las entidades Caja Madrid. y Bankia, por el hecho de haber soportado directamente los cargos económicos de las tarjetas. La condición de perjudicado no ofendido, como titular del derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios se atribuyó sólo a Bankia en virtud de la segregación del negocio bancario y al FROB sólo se le reconoció como perjudicado a los efectos de estar legitimado procesalmente, pero no como acreedor de la indemnización derivada del delito cometido antes del saneamiento, sin perjuicio de su derecho a recuperar de Bankia, al margen de aquel procedimiento, las cantidades inyectadas"[1087].

La jurisprudencia, tal y como hemos visto, distingue las figuras de agraviado y perjudicado, sin embargo, en determinadas y excepcionales ocasiones ha admitido la legitimación para el inicio del procedimiento penal por el perjudicado. Así la STS (Sala

[1087] La SAP de Madrid (Sección 29ª) Caso sueldos de directivos de Caja Madrid. núm. 443/2019 de 18 julio ARP\2019\1486: FD Primero y Segundo.

de lo Penal, Sección 1ª) núm. 512/2018 de 29 octubre RJ\2018\5555. Tiene dicho en su FD 5º:

> "Esta Sala ha expresado en otras ocasiones que la referencia al agraviado que se recoge en el artículo 296 del Código Penal, no tiene porqué coincidir necesariamente con los perjudicados (STS 620/2004, de 4 de junio (RJ 2004, 5046)), sino que lo que la regla prosecutoria impone es la existencia de una denuncia o querella de quienes soportan efectivamente los perjuicios (STS 425/2016, de 19 de mayo (RJ 2016, 4142)), lo que no es sino el concreto reflejo de una protección penal orientada a aquellos que ostentan posiciones minoritarias en el capital o el entramado social".

Y en el mismo sentido, la jurisprudencia admite que las acciones pueden ser interpuestas por las sociedades socias de aquella en la que se produce el delito societario y también perjudicadas económicamente por el delito societario y no sólo por sus socios:

> "Por lo tanto, poniéndose de manifiesto que han sido las sociedades efectivamente perjudicadas las que han ejercido las acciones pertinentes, no es apreciable ningún déficit respecto al cumplimiento del requisito de procedibilidad en relación con el delito de administración desleal, ni ninguna vulneración del principio acusatorio. … En todo caso hay que indicar que en orden a la "responsabilidad civil" derivada del delito no podría hablarse con propiedad de vulneración del principio acusatorio sino, en todo caso, del principio de "rogación", vigente en el ámbito civil (STS. 808/2014, 25 de noviembre (RJ 2014, 6341))"[1088].

En cuanto a la legitimación activa de la persona agraviada u ofendida por un delito societario, debemos analizar dos supuestos especiales, el ejercicio de la acción popular y la posibilidad de subsanar durante la sustanciación del procedimiento penal de un defecto inicial en la calificación del delito al interponer la denuncia. En cuanto el ejercicio de la acción popular, el hecho que se exija la denuncia en los delitos societarios hace que se excluya la acción popular como forma de inicio del procedimiento penal en los delitos societarios, salvo en los supuestos del art. 296.2 CP[1089]. Si bien una vez iniciado el procedimiento, en el caso en que la acusación privada no solicite la continuación de este en el que también conste personada la acción popular y siempre que afecte a intereses generales, deberá continuarse el procedimiento en atención a la consideración de los delitos societarios como delitos semipúblicos y no delitos privados[1090].

[1088] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 425/2016 de 19 mayo RJ\2016\4142: FD 4º.
[1089] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit., p.* 147.
[1090] AAP de Madrid (Sección 16ª) Auto núm. 4/2011 de 27 junio JUR\2011\288686: FD Primero: "... En cuanto al primer eje de impugnación, efectivamente el artículo 296 del C. Penal establece como requisito

Y en cuanto al defecto en la calificación correcta de un delito societario al interponer la denuncia que da inicio al procedimiento penal, ello no impide que a lo largo del procedimiento se subsane el defecto, y se tenga por válidamente interpuesta la denuncia por persona legitimada para ello de acuerdo con el art. 296.1 CP. En este sentido la SAP de Burgos (Sección 1ª) de 27 noviembre 2001 entiende que:

> "…si bien la denuncia se puede considerar imprecisa y abstracta pero suficiente para la incoación de las correspondientes diligencias previas, al no requerir la denuncia la misma especificación que la querella y con la obligación de investigación de oficio del juez instructor, pudiendo en la tramitación de esta acreditarse otros hechos distintos y constitutivos de delito... La calificación errónea en la denuncia de los hechos como estafa, correspondiendo realmente la de un delito de administración desleal no son causa para la inadmisión del procedimiento y más cuando se ha cumplido el requisito del art. 296 CP en cuanto al inicio mediante denuncia del agraviado u ofendido, en cuanto que la denuncia supone la comunicación y narración fáctica de los hechos [1091].

III. 4. Crítica a la condición de perseguibilidad del art. 296.1 CP

El art. 296 CP exigiendo la denuncia del agraviado u ofendido, ha supuesto una reducción de los requisitos de perseguibilidad que se establecía el art. 297 del Proyecto de Ley de CP de 1994, en el que se exigía la querella de los perjudicados o de sus

---

de perseguibilidad la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Ahora bien, como acertadamente se señala en el auto de fecha 23 de abril de 2010, ahora recurrido, no debe confundirse la exigencia de denuncia a que hace referencia el artículo 296 del C. Penal, que es un requisito para la iniciación del procedimiento penal, con otorgar al delito que nos ocupa el carácter de privado y por tanto la exclusividad de la persecución penal del mismo por parte del perjudicado. En este tipo de delitos, en los que se exige denuncia previa del agraviado para su incoación, también llamados por la doctrina delitos "semi-públicos", dicha denuncia es el requisito previo para la iniciación del procedimiento penal. Ahora bien, una vez formulada la denuncia e iniciado el procedimiento, su naturaleza y por tanto las reglas procesales que le atañen, son las mismas que el resto de los delitos públicos. Por otra parte, ha de significarse que, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2010, ponente Excmo. Sr. Martínez Arrieta, se resume la tesis del Tribunal Supremo sobre la eficacia de la personación de las acusaciones populares en el procedimiento abreviado. Dicha tesis puede sintetizarse en que, tratándose de delitos en los que el interés protegido es individual, no es posible abrir juicio oral, si la única petición de apertura de juicio oral es la de la acusación popular. Por el contrario, si los intereses protegidos en el tipo penal en cuestión fueran generales y no particulares, sería posible incluso la apertura de juicio oral a instancia, únicamente, de la acusación popular".
En el mismo sentido GARBERÍ LLOBREGAT, J.: "Derecho …", *op. cit.,* p. 3.

[1091] SAP de Burgos (Sección 1ª) de 27 noviembre 2001 ARP\2002\266: FD Primero: *"*5. – ... De lo indicado se desprende la existencia de una denuncia inicial, cumpliendo el requisito de procedibilidad establecido en el artículo 295 del CP antes indicado, denuncia que puede considerarse imprecisa y abstracta pero suficiente para la incoación de las correspondientes Diligencias Previas, al no requerir la denuncia la misma especificación que la querella y con la obligación de investigación de oficio del Juez instructor, pudiendo en la tramitación de la misma acreditarse otros hechos distintos y constitutivos de delito…De su actividad procesal no puede deducirse, como pretende la defensa, falta de denuncia sino el efectivo ejercicio de la misma y de la correspondiente acción penal, cumpliendo el requisito de procedibilidad cuya existencia ahora se impugna, por lo que la cuestión planteada deberá de ser desestimada".

representantes legales[1092]. Pero la valoración que desde el punto de vista de política criminal que se realiza al requisito de que para el inicio del procedimiento penal en los delitos societarios se condicione a la interposición de denuncia por el agraviado como regla general, ha sido ampliamente criticado por la doctrina y la jurisprudencia[1093]. Así y tal y como afirma DEL ROSAL BLASCO resulta sorprendente que se haya querido por el legislador sujetar la persecución de los delitos societarios a condición, cuando en otros delitos patrimoniales no se exige tal condición, de forma que sigue sin estar claro el fundamento de la condición de perseguibilidad que no es utilizado por el legislador en otros delitos que guardan muchas similitudes con los delitos societarios como son los delitos de falsedades, estafa o apropiación indebida[1094]. A lo que habría que añadir que la

[1092] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.,* pp. 145: *"*El actual art. 296 CP 95 tiene sus orígenes en los arts. 304 PCP 92, 297 A/PCP 94 y 299 PCP 95. Sin embargo, tales preceptos contenían importantes diferencias respecto a lo que en el 95 sería definitivamente aprobado. Así, los dos últimos artículos no convertían estos delitos en públicos cuando se viese afectado el interés general o una pluralidad de personas. Además, según lo previsto por dichos preceptos, sería siempre necesaria la presentación de querella, no bastando, pues, la simple denuncia. Existen aún ulteriores diferencias, ya que los proyectos concretaban al titular de la acción en los perjudicados y no en los agraviados, y no hacían referencia alguna al representante legal como legitimado para interponer la querella". En el mismo sentido ARROYO ZAPATERO, L.: "Los delitos societarios en el Proyecto de 1992", en ARROYO ZAPATERO, L. (ed.) y TIEDEMANN, K. (ed.): *Estudios de Derecho penal económico.* Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, pp. 57 y ss.: "Somete la perseguibilidad de estos delitos a la presentación de querella del perjudicado o del Ministerio Fiscal, excluyéndolos del régimen español común de la denuncia y de la acción pública".

[1093] ALONSO RIMO, A.: "Perseguibilidad …", en *Diccionario... op. cit.,* p. 802: *"*Con todo, igual que sucede en la doctrina, la cuestión tampoco es pacífica en la jurisprudencia, y en ese sentido es posible encontrar pronunciamientos que niegan o que por el contario defienden la legitimidad procesal del perjudicado en punto a ejercitar la denuncia necesaria para la persecución de esta clase de delitos (en la primera dirección pueden verse, entre otras, la SAP de Valencia de 24 de febrero de 2000 o la STS de 4 de junio de 2004; en el sentido opuesto, véase, por ejemplo, la STS de 23 de septiembre de 1991 o la de la AP de Almería de 5 de mayo de 2003)*"*.

[1094] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* p. 79.

En el mismo sentido FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios. ... op. cit.,* pp. 86 y 100: Para esta autora la exigencia de la condición de la perseguibilidad a la interposición de la denuncia por la persona agraviada, resulta negativa, ya que supone una limitación al acceso a los tribunales en la delincuencia societaria que puede poner en peligro intereses generales de notable entidad, además de los individuales, a lo que se une el dejar en manos del agraviado la iniciativa procesal en los delitos societarios cuando otros tan parecidos a éstos como son los mencionados ya de apropiación indebida, la estafa o las falsedades no precisan de la denuncia... Como hemos visto, es mayoritariamente criticado en la doctrina el hecho de que los delitos societarios se configuren, en principio y como regla general como delitos semipúblicos: el hecho de que se tutele indirectamente un bien jurídico como el orden socioeconómico, y que los intereses individuales directamente afectados, señaladamente el patrimonio, reciban protección de oficio de otros delitos que pueden tener una entidad mucho menor que los previstos en los arts. 290 a 294 CP obliga a sostener una posición crítica con la previsión de la denuncia como condición de perseguibilidad". De esta misma autora, FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit,* p.1217. De esta misma autora, FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit,* p.1217. Y de la misma autora FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1928.

En el mismo sentido RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: "Delitos…", en AREÁN LALÍN, M. (coord.) y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (coord.): *El nuevo …, op. cit.,* p. 240-241. Y CUGAT MAURI, M., en

subordinación del interés público al interés privado puede incluso dar lugar a situaciones de tráfico inmoral, en el que la amenaza de la interposición de la denuncia sea un instrumento de chantaje para llegar a arreglos económicamente satisfactorios para el denunciante como ocurre en el ámbito mercantil con el ejercicio de la acción de responsabilidad de los administradores[1095].

No obstante, frente a estas voces críticas, hay un sector doctrinal entre los que se encuentra VALLE MUÑIZ, que entienden que la justificación de la condición de perseguibilidad es correcta como respeto al principio de intervención mínima del derecho penal, y más tratándose de los delitos societarios en los que la remisión a las normas extrapenales resulta tan evidente. De forma que el procedimiento penal por delitos societarios quedará limitado a aquellos supuestos más graves y en los que el titular del bien jurídico protegido no encuentre resolución al conflicto societario mediante otros medios ajenos al procedimiento penal. Y ello es así porque en muchos casos el ejercicio de las acciones civiles va a ser suficientes para la tutela de los derechos de los socios y porque en atención a la gravedad de los hechos, difícilmente prosperará la acción penal sin la participación directa de los agraviados o perjudicados[1096].

A mi juicio carece de fundamento que delitos societarios, de la relevancia como son el de falsedad de cuentas anuales y documentos que deban reflejar la situación jurídica y económica de la Entidad (art. 290 CP) o el delito de la negación o impedimento de la actuación de las personas u órganos inspectores o supervisores del art. 294 CP tengan la consideración de delitos semipúblicos, frente a otros delitos con naturaleza jurídica análoga, que el CP considera públicos y que tienen mucho menos relevancia que los primeros. Además, un argumento adicional para considerar que los delitos societarios deberían tener un carácter público y no de delitos semiprivados, se encuentra en el hecho que, si bien el patrimonio tiene una naturaleza disponible, sin embargo no ocurre lo mismo con los intereses subyacentes en los delitos societarios, que pueden tener un carácter supraindividual y afectar al orden socioeconómico en los supuestos más graves, de forma que su protección no debe quedar a la merced de si el perjudicado o agraviado

---

CÓRDOBA RODA, J. (dir.) y GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *Comentarios…*, *op. cit.*, pp. 1127-1128: "En mi opinión, las eventuales críticas a la injusticia que supone dejar impunes conductas que, de no existir la regulación especial de los delitos societarios serían perseguibles, no hacen sino confirmar la inconveniencia de la existencia de la condición de perseguibilidad en todo caso".

[1095] FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII. …" en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios …, op. cit.*, p. 1138.

[1096] VALLE MUÑIZ, J.M.: "De los delitos societarios" en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *op. cit., p.* 1020.

logra o no resarcirse económicamente por medios extrajudiciales para interponer la denuncia[1097]. Finalmente, una última justificación a la necesidad de dotarles de carácter público de los delitos societarios se encuentra en que su negación puede afectar de forma muy grave a la tutela judicial efectiva como derecho constitucional previsto en el art. 24 CE, respecto de aquellos que, teniendo un interés legítimo en su persecución, sin embargo, no tengan la consideración de agraviados u ofendidos por los delitos societarios.

III. 5. La "persona agraviada" como legitimada activamente de los delitos societarios. Su diferenciación con el perjudicado económicamente

Veíamos anteriormente las diferencias que existen entre agraviado u ofendido y el perjudicado por el delito societario. Procede por tanto analizar el concepto de "*agraviado*", como titular de la legitimación activa de los delitos societarios, o persona que debe interponer la denuncia del art. 296 CP, y sin que deba limitarse el mismo al perjudicado económicamente. El agraviado será el titular del bien jurídico protegido lesionado por el delito societario y que ha sufrido directamente las consecuencias de la acción típica. Como acertadamente dice FARALDO CABANA, el concepto de "*agraviado"* coincide con el de sujeto pasivo del delito, pero no con el de perjudicado, y ello es porque el sujeto pasivo y el agraviado son los titulares del bien jurídico protegido lesionado o puesto en peligro por el delito, mientras que el concepto de perjudicado se refiere exclusivamente a quién sufre un perjuicio económico patrimonial derivado de la comisión del delito, pero que no necesariamente tiene porqué ser el titular del bien jurídico protegido por el tipo penal societario. El concepto de agraviado es más amplio que el de perjudicado, de forma que el agraviado, aunque no tenga perjuicios económicos (*v. gr*. art. 293 CP) está legitimado para interponer la denuncia[1098].

Resulta evidente que en el caso del agraviado, al menos debe existir una idoneidad lesiva para el patrimonio del sujeto pasivo del delito societario, con excepción del art. 294

[1097] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 2ª Edición. p. 88: "…sin olvidar que el régimen de denuncia previa provoca en muchos casos una situación de indefensión fáctica del particular, que no insta la persecución por ignorancia, por desconocimiento del peligro o del menoscabo patrimonial sufrido, por desinterés al no haberse producido un perjuicio para su patrimonio o por falta medios, viendo vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva". De la misma autora FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, p.1216. Y FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, p.1216. Y FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1929. Y en el mismo sentido FARALDO CABANA, P.: "Rasgos comunes …", en AREÁN LALÍN, M. (coord.) y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (coord.): *El nuevo …, op. cit.,* p. 54-55.

[1098] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios. ... op. cit.,* p. 91.

CP en cuanto que para este delito basta con la conducta de negación o impedimento de la actuación inspectora o supervisora y el art. 293 CP en cuanto a la negación de derechos de los socios, en los que la idoneidad vendrá determinada por esa negación a los derechos de información y participación en la gestión o control de la actividad social, si bien en este último caso también se producirá la lesión patrimonial cuando se trata de la negación de los derechos de suscripción preferente de acciones reconocidos por las Leyes[1099]. La persona agraviada es la legitimada para presentar la denuncia, siendo coincidente su significado con el de sujeto pasivo de los delitos, siendo más adecuado en atención a las conductas típicas de los delitos societarios que el término de "*perjudicado*", ya que como hemos indicado, en algunos de los tipos penales no se tiene porqué producir perjuicio patrimonial alguno para consumarse la conducta típica[1100]. Esta diferencia sirve para explicar los supuestos en los que no existe daño patrimonial alguno, pero si la comisión del delito societario, como ocurre en el supuesto del art. 290 CP, cuando se produce la falsedad de cuentas o documentos que deben reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico pero que el mismo no se llega a causar, ya que si se llega a causar se aplica el tipo agravado del párrafo segundo del art. 290 CP) y del art. 293 CP tal y como ha puesto de manifiesto la SAP de Castellón (Sección 1ª) Sentencia núm. 560/2008 de 14 octubre[1101]

Esta distinción es especialmente relevante para discernir a efectos de legitimación activa la figura del "agraviado" como sujeto pasivo del delito, de la del perjudicado civil. Así no faltan en tal sentido voces que consideran que no debe existir inconveniente alguno a que la acción penal de los delitos societarios pueda también ser ejercitada por aquellos

[1099] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial. ... op. cit.,* pp. 495-496.

[1100] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.,* p. 148. Y en el mismo sentido FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1929.

En términos análogos VALLE MUÑIZ, J.M.: "De los delitos societarios" en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *op. cit., p.* 1021: Para este autor "agraviado" debe entenderse como el que sufre directamente la acción típica, y por tanto no debe identificarse con el concepto patrimonial de "perjudicado", ya que no todos los delitos societarios exigen como elemento del tipo la causación de un perjuicio económico.

[1101] SAP de Castellón (Sección 1ª) Sentencia núm. 560/2008 de 14 octubre ARP\2008\684: FD Segundo: *"……* Sin embargo, el tipo del artículo 293 CP no exige la existencia de perjuicio patrimonial alguna para su consumación, como no puede ser de otra manera teniendo en cuenta que no se trata de un delito de resultado (STS, Sala 2ª, Nº 1953/2002, de 26 nov. (RJ 2002, 10513) [Rec. 1131/2001]). Cuando el artículo 296 CP -no el art. 297 CP al que alude el recurrente- habla de la necesidad de que los delitos societarios sean perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada, no sólo está haciendo referencia las personas que hayan sufrido, directa o indirectamente, menoscabo económico - supuesto de los arts. 291 o 295 CP -, sino también a los que hayan sufrido menoscabo del bien jurídico afectado, que es el supuesto del art. 293 CP , y que son los derechos de los socios ajenos al órgano de control de la sociedad y el adecuado funcionamiento de la misma, así como la correcta formación de la voluntad del ente conforme a su capital social, bienes jurídicos instrumentales respecto la tutela del patrimonio individual de los sujetos pasivos...".

que son perjudicados civiles del delito, aunque no tengan la consideración de sujeto pasivo de los mismos, como sería el caso de una compañía aseguradora que debe responder ante los sujetos pasivos de los daños ocasionados como consecuencia de la comisión del delito del art. 290 CP en cuanto a la falsedad de las cuenta anules y que ha causado un perjuicio a los sujetos pasivos. Pero no deja de ser ésta una posición minoritaria, que es mantenida, entre otros, por SEQUEROS SAZATORNIL, para quién el concepto de persona agraviada debe identificarse con la persona perjudicada por el delito y no tiene necesariamente que coincidir con el sujeto pasivo del delito societario, como titular del bien jurídico protegido y puesto en peligro y lesionado por la acción criminal del sujeto activo[1102].

Para aclarar el concepto de agraviado la jurisprudencia ha tenido oportunidad de manifestarse en multitud de casos, así no se considera agraviado, y carece en consecuencia de legitimación a efectos de los delitos societarios, el titular de un inmueble que en un procedimiento de ejecución hipotecario se lo adjudica la entidad bancaria por una precio muy inferior a su inicial valor, más cuando el titular del bien podría haberse opuesto al remate mejorando el precio de adjudicación o haber iniciado el correspondiente procedimiento declarativo para reclamar los derechos que le corresponden al perjudicado. En tal sentido el AAP de Girona (Sección 3ª) núm. 215/2006 de 26 octubre[1103].

En mi opinión el legislador ha sido claro cuando en el art. 296 CP le ha otorgado la legitimación activa de los delitos societarios a las personas agraviadas u ofendidas como titulares del bien jurídico protegido. Y si bien en multitud de ocasiones en los delitos societarios coincidirán las personas de agraviadas u ofendidas y las perjudicadas económicamente por el delito, sin embargo, no necesariamente debe ser así, tal y como hemos visto en el caso de las compañías aseguradoras que acaban siendo responsables civiles frente al agraviado u ofendido. En consecuencia la legitimación activa en los delitos societarios le corresponde exclusivamente al agraviado u ofendido, que no al perjudicado económicamente, sin perjuicio que este también pueda personarse en el procedimiento, pero no iniciar el mismo: esto deberá llevar a los juzgado y tribunales a

[1102] SEQUEROS SAZATORNIL, F.: *Delitos ..., op. cit.,* p. 398.
En el mismo sentido SAP de Valladolid (Sección 4ª) núm. 206/2017 de 27 junio ARP\2017\964: FJ Tercero*"* ... Por tanto, la regla general es que para perseguir los delitos societarios que se contienen en los arts. 290 a 295 hará falta la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Agraviado o perjudicado, se corresponde con aquéllos que dentro de la sociedad hayan sufrido menoscabo económico directa o indirectamente, o los titulares del bien jurídico afectado. En la medida en que la mayoría de los delitos societarios los deben cometer los administradores de hecho o de derecho, lo usual será que la denuncia, o en su caso la querella, la interponga un socio, que será el perjudicado o agraviado*"*.
[1103] AAP de Girona (Sección 3ª) núm. 215/2006 de 26 octubre ARP\2007\387: FD Cuarto.

apreciar cómo cuestión previa si la denuncia en un delito societario, ha sido interpuesta por el agraviado u ofendido, de forma que si no fuera así, deberán inadmitir el inicio de las diligencias previas y archivar el procedimiento, salvo que se trate los supuestos excepcionales a los que se refiere el apartado segundo del art. 296 CP. Lo que resulta evidente es que la condición de persona agraviada, y por tanto que tiene legitimación activa en los delitos societarios, lo serán tanto los españoles como los extranjeros. Así están legitimados para el ejercicio de la acción penal que es pública, todos los ciudadanos españoles quiénes podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley (art. 101 LECRIM) y los extranjeros por los delitos cometidos contra sus personas o bienes o las personas o bienes de sus representados (arts. 270 LECRIM en relación con los arts. 280 y 281 LECRIM).

III. 6. Los sujetos pasivos como legitimados activos de los delitos societarios

Se plantea igualmente si a los efectos de la legitimación activa, el concepto de "agraviado" se encuentra unido al de sujeto pasivo de los delitos societarios. Los socios en cuanto sujetos pasivos de los delitos societarios (mencionados expresamente por los arts. 290, 291, 292 y 293 CP), junto con la sociedad (mencionada expresamente en los arts. 290 y 292) y los terceros (arts. 290 y 294 CP), en cuanto que unos y otros son como titulares del bien jurídico protegido por los distintos tipos penales previstos en los delitos societarios de los arts. 290 a 294 CP, tienen la consideración de agraviados u ofendidos y en consecuencia, todos ellos tienen legitimación activa a efectos de la interposición de la denuncia o querella del art. 296.1 CP, si bien en el caso de los socios el único requisito es que deben ser socios en el momento en el que se producen los hechos[1104].

Desde el punto de vista jurisprudencial, tiene especial relevancia la condición de socios como sujetos pasivos de los delitos societarios, a los efectos de la legitimación activa para la interposición de la denuncia en los términos previstos en el apartado primero del art. 296 CP. Y ello en cuanto que son los titulares del bien jurídico protegido de los delitos societarios (con excepción del delito del art. 294 CP)[1105]. Así son varias las Sentencias de las Audiencias Provinciales que han tenido la oportunidad de manifestarse sobre la falta de legitimación activa para interponer la denuncia por persona que no tiene la condición de socia y por tanto no es titular del bien jurídico protegido, lo que lleva o

[1104] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios. ... op. cit.,* pp. 92-93.

[1105] En tal sentido los Autos de AP de Madrid (Sección 2ª) Auto núm. 211/2003 de 29 mayo JUR\2003\246430 (RJ Primero a Cuarto) y AP de Madrid (Sección 2ª) Auto núm. 365/2004 de 23 septiembre JUR\2004\273999 (RJ Segundo).

bien al sobreseimiento o bien a la absolución de los acusados por una excepción de falta de legitimación activa. En tal sentido procede mencionar entre otras la SAP de Asturias (Sección 8ª) de 6 mayo 2009 JUR\2012\138787[1106]; la SAP de Islas Baleares (Sección 1ª) núm. 96/2002 de 23 septiembre ARP\2002\871[1107] y el Auto AP de Salamanca (Sección 1ª) núm. 237/2017 de 13 junio JUR\2017\209906[1108]. Y de igual manera la jurisprudencia ha tenido la oportunidad de manifestarse sobre la falta de legitimación activa a efectos del art. 296.1. CP de aquellas personas, que, aun teniendo la condición de socios, sin embargo, actúan a título particular y no en interés del bien jurídico protegido tutelado por el delito societario. En tal sentido la SAP de Toledo (Sección 1ª) núm. 21/2012 de 3 julio entiende que al no concurrir en los querellantes la consideración de agraviados a los efectos del art. 296.1 CP y por tanto no pueden ejercer la acción penal, por lo que no concurre el requisito de procedibilidad absolviendo al acusado[1109]. Y en el mismo sentido la SAP de Badajoz (Sección 1ª) núm. 25/2010 de 4 marzo JUR\2010\144297 que niega

[1106] SAP de Asturias (Sección 8ª) de 6 mayo 2009 JUR\2012\138787: FD Segundo: "... procede, decimos, la libre absolución de los acusados por falta de acusación válida, falta de acusación que, conforme al principio acusatorio formal que rige nuestro sistema procesal penal, sólo puede dar lugar a la absolución, la cual, según el artículo 144 de la LE. Criminal, sólo puede ser libre…Se trata de un "delito semipúblico" (otros ejemplos: artículos 191 , 226 , 267 , 278 a 286 , 301-3º del Código Penal), que, una vez cumplida la condición de perseguibilidad establecida por la Ley en cada caso, en éste la del artículo 296 del Código Penal , sólo pueden ser perseguidos ejercitando la acción penal -no cabiendo la "acción popular"- por el Ministerio Fiscal y como "acusación particular" por los ofendidos o perjudicados delimitados por la Ley en cada caso, en este caso los socios o los demás incluidos en el artículo 295 del Código Penal . Pues bien, en el presente caso la querellante no está incluida en ninguno de esos supuestos porque en virtud de la sentencia firme del hecho probado 11 no es socio de Promociones Contorno S.L. *...".*

[1107] SAP de Islas Baleares (Sección 1ª) Sentencia núm. 96/2002 de 23 septiembre ARP\2002\871: FD Cuarto: *"...* la acción no es ejercida por los socios, únicos que pueden hacerlo conforme al art. 296 del CP, y únicos objetos de protección penal a tenor del precepto de referencia, el art. 295 del CP".

[1108] Auto AP de Salamanca (Sección 1ª) núm. 237/2017 de 13 junio JUR\2017\209906: FD Cuarto: "Por consiguiente, es claro que para los delitos societarios regulados los artículos 290 a 294 la parte aquí querellante carece de legitimación para promover la acción penal por tales hipotéticas infracciones al faltar el requisito de procedibilidad de la denuncia de la persona agraviada. Los delitos denunciados pretenden proteger los intereses de los socios minoritarios, y ninguno de los querellantes son socios de Adventia... En definitiva, la parte apelante mezcla dos tipos de legitimación y de infracciones penales: en los delitos perseguibles a instancia sólo de parte no hay legitimación de ninguna acusación, ni pública ni popular. Por lo tanto, no cabe accionar penalmente por delitos societarios si se carece de dicha legitimación, es decir, del requisito de procedibilidad de ser la persona agraviada u ofendida por el delito, que en este caso sólo corresponde a los socios, condición de la que carecen los querellantes, sin olvidar que de acuerdo con el viejo aforismo romano los socios de mis socios no son socios míos... Procede, pues, desestimar que el presente recurso de apelación".

[1109] SAP de Toledo (Sección 1ª) núm. 21/2012 de 3 julio JUR\2012\280419: FD Segundo: "A juicio de la Sala, discutida la condición de socios de los querellantes y constando que transmitieron sus acciones conscientemente, aunque por un defecto de forma no llegó ésta a producir todos sus efectos … los querellantes tenían interés en que esta cumpliera sus obligaciones para con ellos, en algo a lo que no tenían derecho como tales socios sino precisamente por virtud de un pacto que les privaba de la condición de socios, lo que demuestra su falta de interés real por la sociedad. Así, en conclusión, los querellantes en este caso no son agraviados en el concepto del art 296 CP y por tanto no podían ejercer la acción penal, por lo que en aplicación de dicho precepto no concurre el requisito de procedibilidad para seguir esta causa por los delitos por los que podría serlo y con ello solo cabe absolver al acusado con todos los pronunciamientos favorables".

la legitimación activa a los efectos del art. 296 CP del socio que actúa contra otro socio, pero no en representación de la sociedad sino a título particular. En tal sentido considera agraviada a la propia sociedad como persona jurídica, cuando realmente funcione como tal, cuyos intereses pueden verse perjudicados por alguna de las conductas tipificadas como delitos societarios y también son agraviadas las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de socios, siempre que el hecho delictivo les suponga una pérdida o una reducción de sus legítimos beneficios[1110].

Esta línea jurisprudencial, en la que se niega al socio la legitimación activa para iniciar el procedimiento penal no podemos compartirla, ya que no emplea un criterio formal de socio, que es el que debe prevalecer de acuerdo con el art. 296 CP, sino que utiliza un criterio material, recurriendo a su vez a un concepto subjetivo, el interés del socio. Así, desde el momento en que el socio es agraviado por un delito societario, deberá admitirse su legitimación activa en el procedimiento penal, por lo que, si interpone una denuncia, será requisito suficiente para admitir a trámite el procedimiento penal. En consecuencia, siempre que haya socio y el socio se vea ofendido o agraviado por el delito societario, estará legitimado para el ejercicio de la acción penal de acuerdo con el art. 296 CP. Esta posición se ve refrendada por la SAP de A Coruña (Sección 1ª) núm. 126/2002 de 8 octubre que declara que "el requisito que establece el art. 296 CP no tiene por qué ser objeto de una exégesis restrictiva al tratarse de una condición de perseguibilidad, sin que proceda la invocación aquí del principio de intervención mínima" [1111]

Especial mención debemos realizar a la legitimación activa cuando se trata de grupos de perjudicados, como es el caso de socios minoritarios previsto en el tipo penal del art. 291 CP para el caso de la imposición de los acuerdos abusivos o de los acuerdos lesivos con la utilización de medios fraudulentos del art. 292 CP, o en el caso de la negación o impedimento de los derechos sociales previstos en el art. 293 CP. En estos casos resulta evidente que podrá ejercitarse la acción colectiva por los socios perjudicados como acusación particular. Para ello podrán acudir a la tutela que para los derechos e intereses

[1110] SAP de Badajoz (Sección 1ª) núm. 25/2010 de 4 marzo JUR\2010\144297: FD Segundo: "... En conclusión: (1) Los hechos referidos en la querella afectan a las relaciones internas entre los dos únicos socios que, al tiempo de ocurrir aquéllos, eran titulares, a partes iguales, de la totalidad de las participaciones de la sociedad de responsabilidad limitada... (2) Ambos socios son hermanos. (3) La sociedad es el instrumento para que una empresa gestionada únicamente por los dos funcione en el mercado, mediante su personificación jurídica, como un centro de imputación de derechos, obligaciones y responsabilidades independiente de ellos. (4) La acusación mantenida por uno contra el otro, aunque el primero actúe en representación legal de la sociedad, ha de ser tratada, a efectos de procedibilidad, como si se tratara de una intervención a título personal, so pena de introducir por esta vía un portillo al fraude de ley".

[1111] SAP de A Coruña (Sección 1ª) núm. 126/2002 de 8 octubre ARP\2003\459, FD Primero.

colectivos establece el art. 7.3 LOPJ a los grupos que resulten afectados y su regulación analógica de los arts. 6, 7, 11 LEC, que en el procedimiento civil les reconoce legitimación procesal, y que debe también aplicarse al procedimiento penal en atención al carácter supletorio que tienen la LEC respecto de la LECRIM según establece el art. 4 LEC[1112]. En este sentido debemos mencionar la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 279/2020 de 3 junio RJ\2020\1623 que reconoce la legitimación activa de los socios minoritarios como perjudicados a los efectos de los delitos societarios en cuanto que formularon denuncia y ejercieron igualmente la acusación particular, quedando cumplimentado el requisito de procedibilidad, y pudiendo darse en los socios minoritarios la doble condición de agraviados y perjudicados por el delito[1113].

III. 7. La actuación procesal del representante legal en los delitos societarios

III. 7. 1. Introducción

El art. 296.1 CP establece que los delitos societarios sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Se entiende como representante el que declara su propia voluntad en nombre e interés ajeno, sustituyendo la voluntad de una persona física o jurídica por la de otra. En cuanto a la mención que se realiza al representante legal, en los casos en los que el agraviado carece de capacidad de obrar o la tuviera limitada, tal y como afirma FARALDO CABANA, resulta superflua, ya que en todo caso la tiene atribuida en virtud de lo dispuesto en el art. 102.1 LECRIM, y tratándose de varios los sujetos legitimados para denunciar, cualquiera de ellos podrá ejercitar la acción penal de forma individualizada[1114]. El poder de representación puede venir determinado por ley o por la voluntad del representado, lo que lleva a la distinción de los dos tipos de representación: legal y voluntaria. El concepto de representación legal que aparece en el art. 296.1 CP se refiere tanto a la representación legal *estricto sensu* como a la voluntaria[1115]. La representación legal del art. 296.1 CP sin duda que se referirá a los casos en los que es necesario que las personas actúen a través de sus representantes legales, como es el caso de los menores de edad, persona con discapacidad necesitadas

[1112] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios. ... op. cit.,* pp. 94.
[1113] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 279/2020 de 3 junio RJ\2020\1623: FD 2º "3. En autos, socios minoritarios formularon denuncia y ejercen la acusación particular, de modo que el requisito de procedibilidad queda cumplimentado. Socios minoritarios que, en autos, cuentan tanto con la condición de perjudicados como agraviados con el delito, al margen de cómo ha sido instrumentado el pronunciamiento sobre la declaración de responsabilidad civil; y así en la propia sentencia recurrida al realizar la subsunción de la conducta del acusado en el tipo del delito de administración desleal del art. 295 CP, (...)".
[1114] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios. ... op. cit., p.* 94.
[1115] SEQUEROS SAZATORNIL, F.: *Delitos …, op. cit.,* p. 404.

de especial protección, en cuyo caso actuarán en nombre de estas sus padres o tutores o personas designadas judicialmente para ello. Así la representación legal vendrá determinada por cada una de las normas que regula el instituto de su concesión, ya sea el CC para los supuestos de la patria potestad, tutela para menores de edad y la normativa específica respecto de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, y ello sin perjuicio de la especial representación que confiere el art. 296.1 al Ministerio Fiscal respecto de estas.

Cabe igualmente la representación voluntaria de persona física a través de un poder concedido para ello, o de persona jurídica, que necesariamente en este caso el poder deberá concederse por el órgano con facultades para ello, elevado a escritura pública e inscrita en el RM. Desde el punto de vista jurídico-privado, la representación voluntaria se caracteriza por su libertad de forma, y podrá ser tanto expresa, tácita o presunta, aplicando las normas del contrato de mandato. El apoderamiento expreso puede ser tanto en documento público, mediante escritura pública, como en documento privado o incluso verbalmente. Mientras que el tácito deriva de hechos concluyentes o de un comportamiento positivo o negativo del poderdante en relación con el apoderado, mientras que el presunto se deriva de un enlace directo con los hechos que demuestran su existencia, y sin que sea necesario la publicidad del poder, salvo los casos concretos de poderes concedidos en el seno de las sociedades mercantiles que exige tanto el art. 22 del Cco. cómo los arts. 87.2 y 94.5 del RRM[1116].

La representación en el ámbito de las de las sociedades mercantiles, podrá ser orgánica, que será la que tienen los órganos de gobierno de la sociedad o administradores de la sociedad, y voluntaria, que será la que es concedida por los órganos de gobierno en favor de los apoderados de esta, y sin perjuicio que puedan confluir en una misma persona tanto la representación orgánica como voluntaria[1117]. En consecuencia, si el agraviado es una sociedad mercantil, la acción corresponderá a su representante legal; que será la persona fijada por la normativa mercantil que regula la modalidad de sociedad de que se trate, o en su caso por los estatutos sociales de la sociedad. Pero también ostentará la representación legal la persona con poder suficiente para el ejercicio de la acción penal, de acuerdo con la escritura de poderes procesales que deberá necesariamente acompañar a la denuncia o la querella en su caso, y que en caso de que el juez aprecie la insuficiencia

[1116] SEQUEROS SAZATORNIL, F.: *Delitos …, op. cit.,* p. 409.
[1117] RDGRN 24 de febrero de 1986 y 31 de marzo de 1979.

del poder de representación para el ejercicio de la acción penal, siempre se podrá subsanar, aportando nuevo poder notarial o mediante el otorgamiento de poder *apud acta* ante el LAJ.

III. 7. 2. Análisis jurisprudencial de la figura del representante legal a los efectos del art. 296.1 CP

La jurisprudencia ha ido delimitando la figura del representante legal en los casos que actúa ejerciendo la acción penal, ya sea mediante denuncia o querella, en nombre del representado de conformidad con el art. 296.1 CP. Así podemos distinguir los siguientes supuestos en los que se han generado dudas sobre la legitimación del representante legal desde el punto de vista procesal en relación con el inicio del procedimiento penal consecuencia de la comisión de alguno de los delitos societarios:

- Sociedad en concurso de acreedores y en fase de liquidación: los administradores concursales tienen las facultades de administración, sin embargo, tratándose de acciones personales requiere de la denuncia interpuesta por el deudor. En este sentido resulta aclaratoria la SAN (Sala de Apelación) núm. 9/2019 de 4 julio, que después de afirmar que con la apertura de la fase de liquidación del concurso por disposición *ex lege*, cesan los administradores de la sociedad, correspondiente al administrador concursal llevar a cabo las distintas actuaciones de liquidación de la sociedad en concurso, establece que "…*para el ejercicio de las demás acciones comparecerá en juicio el propio deudor, quien precisará la conformidad de los administradores concursales para interponer demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio"*[1118].
- Presentación de la denuncia o querella en nombre de la sociedad mercantil por persona apoderada por el administrador solidario y ratificada en juicio: la jurisprudencia considera válida la denuncia interpuesta por apoderado de la sociedad, cuyo poder ha sido concedido por un administrador solidario en contra de la voluntad del otro administrador solidario, y revocado por éste segundo, si bien el poder es ratificado en sede judicial, siempre que el apoderado actúe en nombre de la sociedad perjudicada, tal y como pone de manifiesto la SAP de A Coruña (Sección 1ª) núm. 126/2002 de 8 octubre[1119].

[1118] SAN (Sala de Apelación) Sentencia núm. 9/2019 de 4 julio ARP\2019\1373: FD 2º.
[1119] SAP de A Coruña (Sección 1ª) núm. 126/2002 de 8 octubre ARP\2003\459, FD Primero: "De esta

- Caja de Ahorros que es titular de sociedad mercantil inmobiliaria en la que participa en un 100% y en otras sociedades participadas mayoritariamente en la que se producen los delitos societarios: se le reconoce la legitimación activa a los efectos del art. 296 CP, ya que las pérdidas que se producen en las mismas afectan directamente a la cuenta de resultados de la sociedad matriz, la Caja de Ahorros, y más cuando a efectos de los delitos societarios se entiende por Sociedad, las Caja de Ahorros de acuerdo con el art. 297CP. En tal sentido la SAP de Zaragoza (Sección 6ª) núm. 70/2017 de 7 marzo[1120].
- Administrador único de una sociedad que por acuerdo del órgano social competente, ha cesado como administrador único convirtiéndose en liquidador de la sociedad: en el caso que por error se le ha concedido poder como administrador único y no como liquidador, cargo que es el que ejercía la Sentencia del JP de Ferrol (Provincia de Coruña, A) de 2 diciembre 2019 declara que tiene legitimación activa para interponer la querella: *a los liquidadores, corresponden, es sabido, las funciones de representación de la sociedad (artículo 379.1) y, más concretamente, su representación en juicio (379.3) de modo que, más allá de la nimia irregularidad que puede suponer el otorgar el poder invocando su condición de administrador único en lugar de la de liquidador, es evidente que asistían al poderdante las facultades precisas para tal otorgamiento*[1121].
- Terceros ajenos a la sociedad que no tienen la condición de administrador de hecho o de derecho de sociedad mercantil ni socios de la misma: la SAP de Valladolid (Sección 4ª) núm. 206/2017 de 27 junio en atención al art. 296.1 CP considera que la legitimación en los posibles delitos societarios, que son delitos necesitados de denuncia de la parte agraviada/ofendida, sólo pueden ser los socios u administradores

manera, ratificada la denuncia por el consocio, no cabe duda de que se ha satisfecho el aludido requisito de procedibilidad al constar la denuncia del representante legal de la persona agraviada. Por otra parte, el consocio de la S.L. está legitimado para iniciar el procedimiento penal mediante denuncia como perjudicado por el ilícito…".

[1120] SAP de Zaragoza (Sección 6ª) núm. 70/2017 de 7 marzo ARP\2017\890: FD Segundo: "Respecto de la 1ª cuestión previa cabe decir que es inadmisible la alegada falta de legitimación de la Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón, pues el artículo 296 del Código Penal vigente, lo que exige como condición de procedibilidad es la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, y es evidente que la sociedad "C.A.I. Inmuebles S.A.U.", era y es una sociedad mercantil participada al 100% por la Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón (Socia única y participe única). Por tanto, cualquier pérdida de "C.A.I. Inmuebles S.A.U.", constituye pérdida patente e inmediata para la cuenta de resultados de la sociedad matriz Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón…A la vista de lo dispuesto en el artículo 297 del Código Penal… es pues evidente, la total legitimación de la Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón, para interponer la querella criminal que interpuso inicialmente y también su total legitimación para acusar formalmente a los acusados tal y como lo ha hecho".

[1121] Sentencia del JP de Ferrol (Provincia de Coruña, A) de 2 diciembre 2019 JUR\2020\140309: FJ Cuarto.

de las sociedades denunciadas, nunca un tercero ajeno a la sociedad[1122]. En mi opinión, discrepo de esta interpretación jurisprudencial, ya que el tercero en cuanto agraviado u ofendido por el delito (*v. gr*. art. 290 o 294 CP) sí que debe reconocérsele legitimación para interponer la denuncia de acuerdo con el apartado primero del art. 296 CP. Entiendo que sí tendrán legitimación los acreedores siempre que se vea afectado el bien jurídico protegido del que sean titulares, ya que si no se verían privados de los instrumentos jurídicos precisos para obtener la tutela de un bien jurídico del que también son titulares con flagrante transgresión de la previsión contenida en el artículo 24 de la Constitución". En este sentido la sentencia del JP de Ferrol (Provincia de Coruña, A) Sentencia de 2 diciembre 2019 que entiende que para resolver la cuestión debemos acudir a la titularidad del bien jurídico que el tipo está destinado a amparar, si bien no es un tema resulto a nivel jurisprudencial[1123].

III. 8. El ejercicio de la denuncia por el Ministerio Fiscal en los delitos societarios

III. 8. 1. La actuación del Ministerio Fiscal en los delitos semipúblicos

El art. 296.1 CP establece *in fine* que *cuando aquélla sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.* Con la legitimación en estos casos del ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal, estamos ante una excepción a la condición de perseguibilidad prevista en el apartado primero del art. 196 CP. Esta excepción encuentra su fundamento en las funciones que otorga la CE al Ministerio Fiscal. En este sentido, el art. 124.1 CE establece que, *sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, corresponde al Ministerio Fiscal la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado*

[1122] SAP de Valladolid (Sección 4ª) núm. 206/2017 de 27 junio ARP\2017\964: FJ Tercero.

[1123] JP de Ferrol (Provincia de Coruña, A) Sentencia de 2 diciembre 2019 JUR\2020\140309: FJ Cuarto: …Más espinosa resulta la cuestión de determinar si, realmente, la denuncia de un acreedor colma las exigencias de la aludida condición objetiva de procedibilidad. El problema, obviamente, es determinar si el acreedor puede entenderse incluido en el concepto de agraviado que maneja el artículo 296. A este respecto, -y a falta, hasta donde alcanza nuestro conocimiento, de un específico pronunciamiento del Tribunal Supremo- la denominada jurisprudencia menor no resulta unívoca (tal vez, en atención a la distinta configuración de los tipos sobre los que se proyecta)…La cuestión es, pues, discutida sin que, de la STS de 4 de junio de 2004, se extraiga una conclusión definitiva puesto que si bien se preocupa de recordar la no equivalencia entre los términos agraviado (que utiliza el artículo 296) y perjudicado (el artículo 290 se refiere a actuaciones idóneas para causar un perjuicio) de manera que, si concluimos que aquél engloba éste, ofrecería pocas dudas la legitimación del acreedor, sostiene también, literalmente, que la condición objetiva de perseguibilidad viene a ser una consecuencia del principio de mínima intervención del derecho penal, que en los delitos societarios puede tener una especial incidencia en la medida que el ejercicio de acciones en vía civil, pudiera ser suficiente para conseguir la tutela de los derechos de los asociados, evitando criminalizaciones innecesarias, pareciendo, pues, que son éstos los únicos protegidos".

por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. Ello a su vez responde a que los principios que informan la actuación del Ministerio Fiscal son los de unidad de actuación y dependencia jerárquica tal y como prevé el art. 124.2 CE. Junto con ellos la propia CE establece que el Ministerio Fiscal se encuentra sujeto a los principios de legalidad e imparcialidad, siendo la imparcialidad objetiva respecto de los intereses públicos que debe defender, e imparcialidad subjetiva en cada caso concreto[1124]. El principio de legalidad previsto en el art. 6 EOMF supone que el Ministerio Fiscal actuará con sujeción *a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente, dictaminando, informando y ejercitando, en su caso, las acciones procedentes u oponiéndose a las indebidamente actuadas en la medida y forma en que las leyes lo establezcan.*

Esta sujeción del Ministerio Fiscal a los principios de legalidad, imparcialidad y dependencia orgánica supone que el Ministerio Fiscal deberá perseguir sólo a quiénes son responsables de la comisión de hechos delictivos y tiene igualmente la obligación de solicitar la absolución de quiénes no sean culpables, aunque sean acusados por otras partes[1125]. Y el art. 1 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el EOMF, establece que dicho órgano tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante éstos la satisfacción del interés social[1126]. Corresponde por tanto al Ministerio Fiscal la función esencial de ejercitar la acción penal en los delitos públicos, cuya persecución se realiza de oficio y en los semipúblicos en los que la persecución se realiza mediante denuncia del ofendido, constituyéndose el Ministerio Fiscal en parte después de presentada la denuncia, y sin que en ningún caso sea parte en los procesos relativos a los delitos privados. (art. 105 LECRIM y 3.4 y 5 del EOMF)[1127].

[1124] MARTÍNEZ GARCÍA E. "Las partes acusadoras" en GÓMEZ COLOMER J.L. (coord.) y BARONA VILAR S. (coord.): *Proceso Penal. Derecho Procesal III*, 3 ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, p. 78.
[1125] RAMOS MÉNDEZ, F.: *Enjuiciamiento Criminal,* 13ª ed., Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2022, p. 130.
[1126] STC 86/1985 de 10 de Julio (RTC 1985, 86) "... esa legitimación del Ministerio Fiscal se configura como un ius agendi reconocido en ese órgano en mérito a su específica posición institucional, funcionalmente delimitada en el art. 124.1 de la Norma Fundamental. promoviendo el amparo constitucional el Ministerio Fiscal defiende, ciertamente derechos fundamentales, pero lo hace, y en eso reside la peculiar naturaleza de su actuación, no porque ostente su titularidad, sino como portador del interés público en la integridad y efectividad de tales derechos…".
[1127] MONTERO AROCA, J. (coord.): *Derecho…, op. cit.,* p. 78.

En los delitos semipúblicos, como es el caso de los delitos societarios, ejercitada la acción por el agraviado u ofendido, o en su caso por su representante legal, queda a partir de ese momento abierta la puerta para que el Ministerio Fiscal pueda presentar la querella de oficio[1128]. De forma que, en los delitos societarios, presentada la denuncia previa de la persona agraviada o de su representante legal, el Ministerio Fiscal intervendrá como de si fuera un delito público perseguible de oficio[1129].

Pero, tal y como hemos avanzado, existe una excepción a la condición de perseguibilidad de los delitos societarios, que permite al Ministerio Fiscal ejercer la acción penal cuando el agraviado u ofendido por el delito societario sean menores de edad, persona con discapacitada necesitada de especial protección o persona desvalida. En estos casos no es que el Ministerio Fiscal pueda pedir la iniciación del proceso penal, sino que debe hacerlo siempre que concurran los requisitos legales para ello. De esta forma actuará cuando aquellos carezcan de representante legal o cuando éstos últimos incumpliendo sus obligaciones no presentan la denuncia en defensa de los intereses de sus representados[1130]. Como afirma MONTERO AROCA, la legalidad no supone que el Ministerio Fiscal se tenga que regir por criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, ya que cuando se somete a consideraciones de oportunidad el ejercicio de la acción penal, en esos casos no puede atribuirse la acción al Ministerio Fiscal. Así en los delitos semipúblicos, como los societarios, cuando las personas agraviadas sean menores de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o persona desvalida, en estos casos en los que el ejercicio de la acción corresponde al Ministerio Fiscal, sin que éste pueda decidir con criterios de oportunidad, sino que la decisión deberá adecuarse a servir de la mejor manera posible al interés del ofendido. Al fin y al cabo, la legitimación del Ministerio Fiscal en estos casos se encuentra en la especial situación de necesidad que se encuentra el agraviado u ofendido por el delito[1131]. La actuación del Ministerio Fiscal queda sujeto, por tanto, al principio de legalidad sin que pueda atender a criterios de oportunidad en su actuación, tal y como prevé el art. 105 LECRIM, ya que el Ministerio Fiscal tiene la obligación de ejercitar, con arreglo a las Leyes, todas las acciones penales que considere procedentes, haya o no acusador particular, en las causas,

[1128] MARTÍNEZ GARCÍA E. "Las partes …" en GÓMEZ COLOMER J.L. (coord.) y BARONA VILAR S. (coord.): *Proceso …*, op. *cit., p.* 78.
[1129]MORENO CATENA V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ V.: *Derecho procesal penal,* 11ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, p. 106.
[1130] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios. ... op. cit.,* pp. 95-96.
[1131] MONTERO AROCA, J. (coord.): *Derecho…, op. cit.,* pp. 78-79.

menos aquellas que el CP reserva exclusivamente a la querella privada. En consecuencia, el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal se rige por un criterio escrito de sujeción a la ley, sin que pueda atender a criterios de oportunidad en el proceso penal, de forma que tratándose de los delitos societarios en los que actúa en representación de menores, discapacitados necesitados de especial protección o desvalidos, en estos casos vendrá obligado a ejercitar la acusación con independencia de cualquier consideración de política criminal o de las circunstancias personales del investigado[1132]. La actuación del Ministerio Fiscal quedará supeditada a la iniciativa del agraviado u ofendido o su representante legal, y sólo cuando éstos no actúan, será cuando deberá el Ministerio Fiscal ejercer la acción penal dando lugar al inicio del procedimiento penal[1133]. En este sentido resulta muy clarificador la SAP de Málaga (Sección 7ª, Melilla) núm. 7/2002 de 22 julio que con base al principio de intervención mínima entiende que:

> "…sólo en aquellos casos en los que no se actúa por los representantes legales de los agraviados y siempre que se estime que existe un peligro para éstos, o cuando se aprecie peligro, además, para los intereses generales es cuando debe intervenir el Ministerio fiscal y si sólo existe perjuicio privado el delito se convierte en una cuestión a dilucidar entre las partes, sin que el Ministerio Fiscal deba intervenir porque no existen intereses generales que defender"[1134].

Por otra parte, la función que se atribuye al Ministerio Fiscal en relación con los delitos societarios supone que corresponderá a éste analizar qué es lo mejor para los menores de edad o las personas con discapacidad necesitadas de especial protección o persona desvalida, de forma que podrá ejercitar la acción penal o abstenerse de tal ejercicio, en atención a los datos que disponga una vez estudie si el ejercicio de la acción penal es o no conveniente para los tutelados[1135].

III. 8. 2. Los menores de edad

El art. 12 CE establece que los españoles son mayores de edad a los dieciocho años, y el art. 240 CC establece a *sensu contrario* qué se entiende por mayor de edad, y en tal sentido declara que la mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos y para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento. En

[1132] MORENO CATENA V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ V.: *Derecho..., op. cit., p.* 107.
[1133] ALONSO RIMO, A.: "Perseguibilidad …", en *Diccionario... op. cit.*, p. 803 y 806.
[1134] SAP de Málaga (Sección 7ª, Melilla) Sentencia núm. 7/2002 de 22 julio ARP\2002\676: FD Primero y Segundo.
[1135] SEQUEROS SAZATORNIL, F.: *Delitos …, op. cit.,* pp. 425-426.

consecuencia, menores de edad lo son todas aquellas personas físicas que no hayan alcanzado los 18 años, y ello, aunque no estén sujetos a patria potestad, porque se hayan emancipado, por orfandad o porque se haya privado a los padres de esta. Y la consecuencia *ex lege* del cumplimiento de la mayoría de edad es que la misma conllevará la plena capacidad de obrar de las personas físicas.

III. 8. 3. Las personas con discapacidad necesitadas de especial protección

El estudio penal de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección requiere su integración con la normativa jurídico-privado. Así es importante resaltar que el art. 49 CE se ha modificado mediante acuerdo de las Cortes Generales del 15 de febrero de 2024 (BOE del 17 de febrero de 2024), para adecuar la denominación a la de personas con discapacidad e impulsar las medidas para su inclusión social[1136].

III. 8. 3. 1. La protección jurídico-privada de las personas con discapacidad

La protección de las personas con discapacidad en el ámbito del derecho privado y en concreto del derecho civil se regula en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el TR de la LGDPDIS y en el CC. El art. 2 LGDPDIS define la discapacidad como la situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Y en su art. 57 LGDPDIS que los poderes públicos garantizarán entre otros, la protección jurídica de las personas con discapacidad, de forma que de conformidad con el art. 75 LGDPDIS la tutela judicial del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad comprenderá la adopción de todas las medidas que sean necesarias para poner fin a la violación del derecho y prevenir violaciones ulteriores, así como para restablecer al perjudicado en el ejercicio pleno de su derecho.

En cuanto a las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica, se regulan de forma pormenorizada en el Título XI del Libro I del CC. Así el art. 249 CC establece que las medidas de apoyo a las personas con

[1136] Artículo 49 CE. *1. Las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por ley la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio. 2. Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles. Asimismo, fomentarán la participación de sus organizaciones, en los términos que la ley establezca. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad.*

discapacidad, cuando las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica, tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad, debiendo estar las medidas inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales, de forma que las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate, debiendo todas ellas ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad. Y el art. 250 CC establece que las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial, siendo su función asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias procurando evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida.

III. 8. 3. 2. La protección jurídico-penal de las personas con discapacidad

Tras la reforma del CP llevada a cabo por la LO 1/2015, apartado doscientos cincuenta y ocho de su artículo único, se define dos conceptos distintos, el de discapacidad y el de persona discapacitada necesitada de especial protección, siendo este último concepto el que viene a sustituir al de incapacidad. La reforma que se llevó a cabo por la necesidad de adaptar el CP a la Convención Internacional auspiciada por la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, realizada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (ratificado por España, BOE nº 96 de 21 de abril de 2008), que contiene una definición de personas con discapacidad idéntica a la del actual art. 25 CP[1137]. De esta forma se entiende por *persona con discapacidad,* de acuerdo con el art. 25 CP en su párrafo primero*, como aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.* El hecho que la discapacidad tenga que ser permanente supone que quedarían excluidas de la protección del Ministerio Fiscal aquellos que tuvieran una discapacidad temporal (*v. gr*. enfermedad temporal de la que se prevé pueda recuperarse); ya que la discapacidad en este último caso no será ni

[1137] MARTÍNEZ GARAY, L.: "Discapacidad y persona con discapacidad necesitada de especial protección" en BOIX REIG, J. (dir.) y LLORIA GARCÍA P. (coord.): Diccionario de Derecho Penal Económico, 2ª ed. Madrid, Iustel, 2017, p. 446.

permanente (art. 25 CP) ni persistente (Convención de la ONU de 2006). Sin embargo, en el ámbito de los delitos societarios, de conformidad con el art. 296 CP, esa protección de la persona con discapacidad temporal y no permanente, se podrá dar en todo caso a través del concepto de persona desvalida como luego analizaremos[1138].

Y se entiende por *persona con discapacidad necesitada de especial protección,* de acuerdo con el art. 25 CP párrafo segundo, *a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente.* Con la nueva dicción, que sustituye como hemos indicado a la situación anterior de incapacidad declarada mediante sentencia judicial, de forma que ahora no va a ser necesario que haya recaída dicha sentencia modificando la capacidad de obrar. Esta situación de discapacidad necesitada de especial protección es la de mayor vulnerabilidad que presentan los sujetos, bien porque se encuentran en una situación de inferioridad para defenderse frente a la comisión de un delito o un ataque al bien jurídico del que son titulares, o bien porque su consentimiento no es válido a efectos penales, lo que las hace merecedoras de una especial protección sin que sea necesario la concurrencia de una sentencia civil de incapacitación ni una declaración administrativa de discapacidad que así lo declare[1139]. Además, como hemos visto en esta situación la persona *debe requerir de asistencia o apoyo* para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses. Esta redacción supone que no tiene por qué identificarse la situación de discapacidad a efectos penales con ninguna institución civil, llámese tutela, curatela o defensor judicial. Además, en la definición de discapacidad no se menciona a enfermedad alguna, y sí utiliza la expresión mucho más amplia de deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente.

La redacción actual del art. 25 CP parece por tanto reservar la situación de discapacidad del párrafo primero a la situación de minusvalía en cuanto a la referencia a las limitaciones físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que pueden limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, mientras que la del párrafo segundo a la anteriormente conocida como incapacidad y que actualmente se denomina discapacidad necesitada de especial protección. Pero, entiendo que una y otra, van a quedar amparadas por el art. 296.1 CP, si bien en la mayoría de los casos las personas con minusvalía podrán

[1138] MARTÍNEZ GARAY, L.: *Idem,* pp. 448-449.
[1139] MARTÍNEZ GARAY, L.: *Idem,* p. 450.

ejercer la acción penal y quedará reservada la intervención del Ministerio Fiscal para la situación más grave que es la del párrafo segundo, es decir la persona con discapacidad necesitada de especial protección derivada su situación de deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente. Y ello sin perjuicio que ante situaciones de discapacidad física como son las tetraplejias y ELA, también tengan la protección del Ministerio Fiscal y el ejercicio de la acción penal prevista en el art. 296.1 CP[1140].

III. 8. 4. Las personas desvalidas

A diferencia de lo que ocurre con la persona con discapacidad necesitada de especial protección, que como hemos visto sí se define legalmente en el CP, LGDPDIS y en el CC, sin embargo, no existe una definición legal de lo que se entiende por persona desvalida. De forma que para obtener una definición auténtica deberemos acudir al Diccionario de la RAE, que define desvalido como *desamparado, privado de ayuda y socorro*[1141]. Y desde el punto de vista jurídico penal el Diccionario panhispánico del español jurídico define a la persona desvalida como *la víctima de un delito contra las personas que se encuentra en situación de desamparo, debilidad o indefensión, la cual es aprovechada por el autor o autores para realizar el hecho con mayor facilidad. La existencia de esta situación agrava la pena por el delito cometido*[1142]. Para FERNÁNDEZ TERUELO por persona desvalida debe entenderse aquella que, por cualquier circunstancia se encuentra imposibilidad de presentar una denuncia, de forma que en su lugar la presenta el Ministerio Fiscal[1143]. Si bien para FARALDO CABANA el concepto de persona desvalida permite una interpretación amplia, remitiendo como realizan los tribunales al agravante de alevosía, esto es la especial situación de desamparo de la víctima que impide cualquier manifestación de defensa, como equivalente a persona desprevenida e indefensa. E igualmente será desvalida la que no tiene medios para valerse por sí sola o que carece de recurso económicos propios o ajenos para emprender la defensa de sus intereses, siendo no obstante muy difícil que esta situación se produzca en el seno de los delitos societarios[1144]. En mi opinión el concepto de persona desvalida debe ir íntimamente unida a los conceptos que hemos visto en los Diccionarios antes citados, y

[1140] MARTÍNEZ GARAY, L.: *Idem*, p. 451.
[1141] *https://dle.rae.es/contenido/actualización-2023.*
[1142] *https://dpej.rae.es/lema/persona-desvalida*
[1143] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit., p.* 148.
En el mismo sentido CASTRO MORENO, A.: "Análisis teórico-práctico…, *op. cit*.: "De este modo, la referencia a las personas desvalidas quedará en la práctica restringida a los raros supuestos de personas «*ausentes*» que, por sus circunstancias concretas se ven impedidos de defender sus intereses".
[1144] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios. ... op. cit., p.* 96.

así desvalido será toda persona desamparada que no puede ejercer por sí misma la acción penal, en atención a sus circunstancias personales, lo que hace que requiera de la asistencia del Ministerio Fiscal para obtener la debida tutela judicial efectiva.

IV. La persecución de oficio de los delitos societarios: el art. 296.2 CP como excepción a la regla general de la condición de perseguibilidad en los delitos societarios

La aproximación de los delitos societarios a los delitos públicos, sin duda tiene su justificación en la excepción a la condición de perseguibilidad del art. 296.1 CP. Así el art. 296.2 CP establece que *no será necesaria la denuncia del exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.* Esto determina que el art. 296 CP tenga una doble naturaleza jurídica, semipública, cuando se trata de la condición de perseguibilidad del apartado primero del art. 296 CP. Y pública, en atención al apartado segundo del precepto, cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas, ya que en estos casos no será necesario el requisito de que el procedimiento se inicie mediante la denuncia. En el art. 296.2 se está autorizando, tal y como ocurre en los delitos públicos, la actuación de oficio por los juzgado y tribunales de justicia para perseguir los delitos societarios sin que sea necesaria la denuncia, pero siempre que la comisión del delito afecte a los *intereses generales* o a una *pluralidad de personas*. Lo que lleva a la doctrina a entender que en los casos previstos en el art. 296.2 CP, se elimina el requisito de la denuncia previa, y se transforma el delito en público al tener una clara dimensión socioeconómica[1145].

Su justificación, tal y como afirma FARALDO CABANA, se encuentra en que en los delitos societarios se protegen bienes jurídicos no sólo patrimoniales individuales sino también intereses colectivos o supraindividuales, de forma que cuando los hechos delictivos afectan a los intereses generales o a una pluralidad de personas, todos los ciudadanos, hayan sido ofendidos o no por el delito, podrán ejercitar la acción popular prevista en los arts. 101 y 270 LECRIM[1146]. De esta forma, la regla general de inicio del procedimiento penal en la persecución de los delitos societarios mediante denuncia del agraviado u ofendido, se convierte en excepción tratándose de los delitos de los arts. 290 y 294 CP, al afectar los mismos a intereses generales y afectar a una pluralidad de

[1145] GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit.,* p. 218.
[1146] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios. ... op. cit.,* pp. 97-98.

personas lo que va a permitir un amplio margen en el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal[1147]. En mi opinión, deberá aplicarse siempre la persecución de oficio tratándose del delito del art. 290 CP en el que se tutela un interés general como es la funcionalidad de los documentos societarios, y del delito del art. 294 CP en el que se protege directamente el orden económico en sentido estricto[1148], mientras que en el resto de los delito societarios (arts. 291 a 293 CP), la afectación de los intereses generales dependerá no del bien jurídico protegido, que en general será el patrimonio de la sociedad o de los socios, sino de otras cuestiones de naturaleza extrapenales que quedarán al arbitrio de la apreciación de los tribunales de justicia y del Ministerio Fiscal[1149].

Pero no faltan posiciones doctrinales[1150], que consideran que la cláusula contenida en el art. 296.2 CP como excepción a la condición de perseguibilidad del art. 296.1 CP, resulta poco técnica y muy ambigua, dejando la puerta abierta a la persecución de oficio de los delitos societarios mediante el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal. Y ello es debido a que el concepto de interés general es inherente a la protección que realiza el Derecho penal de aquellos ataques más graves que se producen a los intereses jurídico protegido, lo que resulta evidente en el ámbito del Derecho penal económico en general y de los delitos societarios en particular. Y lo mismo se puede predicar respecto de la condición de afectar a una pluralidad de personas, que es evidente que se producirá en el seno de los delitos societarios por su carácter eminentemente supraindividual y de protección de bienes jurídicos de carácter colectivo (*v. gr*. arts. 290 y 294 CP).

Es por ello por lo que en la jurisprudencia se viene realizando una interpretación restrictiva de los requisitos del apartado 2 del art. 296 CP como excepción a la regla general de la condición de perseguibilidad de los delitos societarios del apartado 1 del art. 296 CP. Ello supone una dificultad en la persecución de oficio de estos delitos. En tal sentido, el Auto de la AN (Sala de lo Penal, Sección 3ª) núm. 485/2021 de 22 diciembre,

---

[1147] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios. ... op. cit., p.* 90.

[1148] RÍOS CORBACHO, J.M.: "Delitos …", en ACALE SÁNCHEZ, M. (Coordinación): *Lecciones..., op. cit.*, p. 141: "Consecuentemente, el art. 294 CP, en la medida en que su comisión siempre comporta una afectación a los intereses generales, es el único de los delitos societarios perseguibles de oficio".

[1149] FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII. …" en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios …, op. cit.,* p. 1140.

También FARALDO CABANA, P.: "El artículo 294…", en TERRADILLOS BASOCO J.M. (coord.) y ACALE SÁNCHEZ M. (coord.): *Temas…, op. cit.,* pp. 154 y ss.

En sentido contrario SERRANO GÓMEZ, A.: "Delitos societarios y condiciones objetivas de perseguibilidad", *Revista de Derecho UNED,* núm. 2, 2007, pp. 397 a 405: "De lo anterior se desprende que el tipo básico del art. 290 del Código penal (falsificación de cuentas anuales u otros documentos) no puede perseguirse a tenor de lo establecido en el art.296.2, al ser un delito de peligro sin efectos económicos".

[1150] ALONSO RIMO, A.: "Perseguibilidad …", en *Diccionario... op. cit.,* p. 804.

entiende que debe realizarse una interpretación restrictiva del concepto de *intereses generales* y precisa de una especial intensidad en la conducta típica que determine la afectación de los intereses generales, de forma que por el hecho de que el sujeto pasivo del delito sea una sociedad cotizada en el IBEX-35, no lleva necesariamente que se esté afectando a los intereses generales que pueda justificar el inicio del procedimiento de oficio Y sigue diciendo el Auto AN:

> "… se requiere una intensidad especial, no solamente que contradiga, conculque ese bien colectivo, sino que afecte a los intereses generales; es decir, la afectación de intereses económicos de amplios sectores de la población o de sectores especialmente relevantes o trascendentes para el correcto funcionamiento de la economía general. Así la STS núm. 867/2002 de 29 de julio (RJ 2002, 6357) (caso Banesto), excluye la naturaleza semiprivada de los delitos societarios, cuando la conducta enjuiciada fuere relevante para la economía nacional"[1151].

IV. 1. La condición de que afecte a los intereses generales

Parece que la voluntad del legislador al fijar la condición prevista en el art. 296.2 CP de que la comisión del delito societario afecte a *intereses generales* para sea perseguible de oficio, se refiere a los intereses económicos de los sectores más importantes de la vida económica de la España; y que en consecuencia su protección es esencial para el buen funcionamiento de la economía en general, lo que determina que sean los propios tribunales de justicia los que puedan actuar de oficio sin dejar en estos casos el inicio del procedimiento penal de los delitos societarios a la denuncia de la parte ofendida o agraviada [1152]. Como hemos dicho, cuando los delitos societarios afectan a intereses generales, pasarán de ser semipúblicos a públicos y será suficiente para la apertura del proceso la mera *notitia criminis*, por cualquiera de los medios previstos en derecho, que podrá ser o bien denuncia o querella del agraviado u ofendido o por medios genéricos

[1151] Auto AN (Sala de lo Penal, Sección 3ª) núm. 485/2021 de 22 diciembre JUR\2022\16864: RJ PRIMERO" ...En el presente caso, el hecho de que BBVA, la sociedad eventualmente perjudicada, sea una de las principales entidades bancaria de nuestro país y tenga muchos accionistas no implica que exista una afectación de los intereses generales o de una pluralidad de personas, como requiere el art. 296 del Código Penal para excluir la necesidad de denuncia de la persona agraviada una multitud de accionistas. De resultar acreditada, la conducta que se pretende investigar tendría, dada su escasa entidad, una repercusión nimia en el patrimonio de la sociedad y sería moderado el riesgo reputacional. Menos aún cabría concebir un perjuicio apreciable para los accionistas o para la economía en general. Por lo tanto, la investigación del delito societario requeriría ineludiblemente la denuncia y su omisión impide aquella, conforme al referido artículo".

[1152] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* p. 80. En el mismo sentido y del mismo autor DEL ROSAL BLASCO, B.*:* "Delitos …" en DEL ROSAL BLASCO, B. (coord.): *Derecho…, op. cit.*, pp. 266-267.

como son las noticias que puedan aparecer en los medios de comunicación o en las redes sociales (Facebook, Instagram, Red X etc.).[1153] La consideración de que la comisión del delito afecte a los *intereses generales*, vendrá determinado por el carácter económico de los delitos societarios, y sin que se vea empañado por el hecho de que el objeto inmediato de los delitos societarios pueda identificarse con intereses individuales los sujetos pasivos de los mismos[1154]. Como afirma FARALDO CABANA los *intereses generales* deberán entenderse referidos tanto a bienes jurídicos supraindividuales como colectivos[1155]. El concepto de afectar a los *intereses generales* no resulta un requisito exclusivo de los delitos societarios, sino que aparece en otros delitos en los que no se precisará denuncia cuando afecte a esos *intereses generales*. Así ocurre con el delito del art. 201 CP respecto al descubrimiento y revelación de secreto y el art. 287.2 CP en relación con los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (Este último con una redacción idéntica a la del art. 296.2 CP). Deberán ser los juzgados y tribunales los que tengan que determinar en cada caso concreto si el delito societario afecta o no a los *intereses generales* para determinar el alcance de la legitimación activa a la hora de interponer la denuncia o querella.

La jurisprudencia considera que la comisión del delito societario afectará a los *intereses generales*, cuando afecta a "los intereses económicos de amplios sectores de la población o de sectores especialmente relevante o trascedentes para el correcto funcionamiento de la economía en general"[1156]. En tal sentido la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Caso Palau de la Música. Sentencia núm. 693/2019 de 29 abril, deja claro el alcance que debe tener el concepto de *intereses generales* para poder convertir los delitos semipúblicos en delitos perseguibles de oficio. Así en el FD 2º afirma:

> "requiere una intensidad especial, no solamente que contradiga, conculque ese bien colectivo, sino que afecte a los intereses generales; es decir, la afectación de intereses económicos de amplios sectores de la población o de sectores especialmente relevantes o trascendentes para el correcto funcionamiento de la economía general. Así, la STS núm. 867/2002 de 29 de julio

[1153] SEQUEROS SAZATORNIL, F.: *Delitos …, op. cit.,* p. 398.
[1154] VALLE MUÑIZ, J.M.: "De los delitos societarios" en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *op. cit., p.* 1021.
[1155] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 2ª Edición. p. 98. Y de la misma autora FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1930.
[1156] ALONSO RIMO, A.: "Perseguibilidad …", en *Diccionario... op. cit.,* p. 805.

(RJ 2002, 6357) (caso Banesto), reseña, excluye la naturaleza semiprivada de los delitos societarios, cuando la conducta enjuiciada fuere relevante para la economía nacional"[1157].

Y en el mismo sentido, la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Caso Tabacalera. núm. 1136/2010 de 21 diciembre RJ\2010\7987, que, si bien no enjuicia un delito societario, sino un delito relativos al mercado y los consumidores de los arts. 278 y ss. del CP, pero en el que existe una previsión idéntica respecto de la condición de perseguibilidad y el concepto de intereses generales en el art. 287.2 CP. Así El TS entiende que:

"la actuación que afecte a los intereses generales no puede consistir en una actuación aislada y debe tener un carácter objetivo y afectar a una colectividad de inversores, bien porque suponga una grave disminución de la cotización, la necesidad de una intervención estatal para salvaguardar el sistema, o en última instancia, un grave colapso financiero. De forma que no se afectarán a los intereses generales, cuando ocurre una acción aislada, y en el caso enjuiciado el concepto de intereses generales irá referido al correcto funcionamiento del mercado de valores y a su transparencia, a la correcta formación de los precios y a la igualdad de oportunidades para los inversores y ello, aunque se haya producido un enriquecimiento en el presidente del Consejo"*[1158]*.

Esta jurisprudencia del TS es seguida por las AP y así son significativas los siguientes Autos que interpretan el concepto de *intereses generales* a efectos de la aplicación de la excepción de la condición de perseguibilidad del art. 296.2CP: Auto del TSJ de Castilla-La Mancha, (Sala de lo Civil y Penal) Auto de 15 mayo 2002 JUR\2002\256739 que en su FD Tercero establece que "el concepto «interés general» de interpretarse como una referencia a los intereses económicos de amplios sectores de la población o de sectores

[1157] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Caso Palau de la Música. núm. 693/2019 de 29 abril RJ\2020\959: FD 2º: "2.9. …Se requiere una intensidad especial, no solamente que contradiga, conculque ese bien colectivo, sino que afecte a los intereses generales; es decir, la afectación de intereses económicos de amplios sectores de la población o de sectores especialmente relevantes o trascendentes para el correcto funcionamiento de la economía general. Así, la STS núm. 867/2002 de 29 de julio (RJ 2002, 6357) (caso Banesto), reseña, excluye la naturaleza semiprivada de los delitos societarios, cuando la conducta enjuiciada fuere relevante para la economía nacional".

[1158] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Caso Tabacalera. núm. 1136/2010 de 21 diciembre RJ\2010\7987. FD 2º: Ello es así porque la noción de intereses generales, como ya hemos dicho más arriba, ha de venir referida a los que afecten al correcto funcionamiento del mercado de valores, es decir, a la transparencia del mercado, a la correcta formación de los precios y a la igualdad de oportunidades para los inversores... Pero, aunque no pueda descartarse de modo absoluto, es difícil apreciar un perjuicio de esa naturaleza causado solamente por una acción aislada que, como la aquí enjuiciada, solo ha dado lugar a un beneficio individual sin que se haya acreditado perjuicio para terceros. Como se ha dicho, en el caso, se trata de una actividad aislada, que ha originado un beneficio de una cuantía no especialmente relevante, si se tiene en cuenta el importe global de los valores negociados y las exigencias cuantitativas del tipo básico; y tal conducta se imputa a una persona que ostentaba el cargo de Presidente de una compañía que, aun siendo importante, es una más de las muy numerosas que cotizan en Bolsa; que no ha originado perjuicios acreditados para terceros; y que no se ha probado que causara ninguna alteración grave en el funcionamiento del mercado de valores. No es posible, pues, la aplicación del subtipo agravado".

especialmente relevantes o trascendentes para el correcto funcionamiento de la economía general"[1159]; el AAP de León (Sección 3ª) núm. 4/2017 de 9 enero JUR\2017\25511: FD Primero que entiende que n*o "*...no hay duda de que las Cajas de Ahorro desempeñan una función social y por lo tanto las decisiones que sus miembros orgánicos toman afectan directamente al interés general"[1160].

Una de las cuestiones que deberemos plantearnos es si la condición de que el delito societario afecte a *intereses generales* es común a todos los delitos societarios tipificados en los arts. 290 a 294 CP, o por el contrario sólo afecta a algunos de ellos. Así, el afectar a los *intereses generales*, sin duda se producirá en el tipo penal del art. 294 CP, en relación con el delito de negación o impedimento de actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras en aquellas entidades sujetas a supervisión administrativa, lo que permitirá al órgano judicial o al Ministerio Fiscal actuar de oficio. Pero si bien inicialmente esta condición de afectar a los *intereses generales* podría llevar a pensar que el art. 296.2 CP está pensado exclusivamente para el supuesto del art. 294 CP, que es el que tiene una naturaleza genuinamente socioeconómica y que afecta al interés colectivo, de la interpretación conjunta de ambas condiciones, *intereses generales* y *pluralidad de personas*, resulta obvio que se aplica a todos los tipos penales societarios contenidos en los arts. 290 a 294 CP.

Si acudimos a los diversos tipos penales societarios, podría parecer que la intervención de oficio del Ministerio Fiscal tratándose de los delitos de los art. 291 a 293 CP no resulta obligatoria, al no afectar a bienes jurídicos supraindividuales, como sí ocurre en los delitos de los arts. 290 y 294 CP. No obstante, en cuanto que esa afectación en atención a la dimensión de la sociedad y su número de socios podría afectar a los *intereses generales* y al *orden socioeconómico*, no deberá descartarse también que los delitos

[1159] Auto del TSJ de Castilla-La Mancha, (Sala de lo Civil y Penal) Auto de 15 mayo 2002 JUR\2002\256739: FD Tercero: *"...* debiendo interpretarse el concepto «interés general» como una referencia a los intereses económicos de amplios sectores de la población o de sectores especialmente relevantes o trascendentes para el correcto funcionamiento de la economía general; y el concepto «pluralidad de personas» en el sentido de «multiplicidad», esto es, referido a muchas personas, según viene a reconocerse, respecto a la estafa, por el Tribunal Supremo, o, en todo caso, a un número considerable de ellas".

[1160] AAP de León (Sección 3ª) Auto núm. 4/2017 de 9 enero JUR\2017\25511: FD Primero: *"...* No hay duda por lo tanto que las Cajas de Ahorro desempeñan una función social que establece claramente el texto refundido citado, así como los Estatutos de cada entidad, y por lo tanto las decisiones que sus miembros orgánicos toman afectan directamente al interés general. Por ello el delito societario investigado que afecta a miembros de sus órganos directivos, no es ajeno al interés general, cuya protección incumbe al Ministerio Fiscal, de conformidad con el artículo uno de su Estatuto Orgánico. La conclusión de lo expuesto no puede ser otra más que reconocer la legitimidad del Ministerio Fiscal para ejercer la acción penal en el caso de autos, y en consecuencia la pretensión de los apelantes para que se deje fuera a dicho órgano en la investigación del delito de que se trata, debe merecer un rechazo absoluto.

tipificados en los arts. 291 a 293 CP queden comprendidos en el supuesto del art. 296.2 CP, como excepción a la regla general de la denuncia de la persona agraviada. En consecuencia, estamos ante un elemento común de todos los delitos societarios, que deja abierta la puerta para la persecución de oficio por el Ministerio Fiscal al amparo del art. 296.2 CP[1161]. Tal y como afirma MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, además del art. 294 CP, la condición de afectar a los *intereses generales* claramente ocurre en el supuesto del art. 290 CP, en atención a el carácter supraindividual de uno de los dos bienes jurídicos tutelados, y a la protección de un interés general como es la funcionalidad del documento, pero ello no significa que no pueda producirse el afectar a *intereses generales* en el resto de los delitos societarios (arts. 291, 292 y 293 CP). No obstante, y al estar ante un concepto jurídico indeterminado, quedará al arbitrio del órgano judicial o del Ministerio Fiscal al ejercer la acción pública, el determinar cuándo se cumple la condición de afectar a los *intereses generales*, ya que el legislador no lo ha determinado en ninguno de los artículos del Capitulo que regula los delitos societarios, para lo cual habrá que estar al caso concreto para su apreciación[1162].

En mi opinión, la condición de afectar a los *intereses generales* a los efectos del art. 296.2 CP, se producirá siempre que se estén afectando a intereses supraindividuales, que afectan a una pluralidad de personas, y con graves consecuencias para la economía general o para colectivos de personas que van a generar una alarma social. Además, entiendo que se exige la existencia de un perjuicio económico o patrimonial que afecte a su vez a múltiples sujetos pasivos como perjudicados[1163]. El concepto de interés general hace referencia a los intereses económicos de amplios sectores de la población o de sectores especialmente relevantes o transcendentes para el correcto funcionamiento de la economía general. Estos sectores productivos pueden ser el sector bancario (caso Banesto, tarjetas black de Bankia, salida a bolsa de Bankia); seguros (caso Afinsa y Fórum Filatélico); agroalimentario (caso Pescanova); cultura (caso Palau de la Música). En todos ellos se produce un extraordinario y grave perjuicio económico para un colectivo muy amplio, dando lugar incluso al empobrecimiento de importantes sectores de la

[1161] ALONSO RIMO, A.: "Perseguibilidad …", en *Diccionario... op. cit.,* pp. 806-807.
[1162] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial. ... op. cit., p.* 494.
[1163] En este sentido *Vid.* CASTRO MORENO, A.: "Análisis teórico-práctico…, *op. cit.*: "La consecuencia dogmática de lo anterior, estriba en el hecho de que, en ausencia de lesión del bien jurídico inmediato, no es posible acudir a una posible afectación a los intereses económicos generales para dar vida al delito. En este contexto, si en un supuesto concreto no puede hablarse de la existencia de perjuicio alguno para los sujetos pasivos del delito, faltaría ya de plano el requisito previo para poder plantearse, siquiera, una hipotética afectación a los intereses económicos supraindividuales".

población (tal y como ocurrió en el caso de Fórum Filatélico), y en consecuencia justifica el ejercicio de la acción pública en los términos previstos en el art. 296.2 CP, y sin que por ello sea necesario que afecte a sectores estratégicos para la economía nacional.

IV. 2. La condición de que afecte a una pluralidad de personas

Sin perjuicio de que la condición de que el delito societario afecte a una *pluralidad de personas* es más fácil de determinar, que la condición de afectar a los *intereses generales*, sin embargo, no dejamos de estar igualmente ante un concepto jurídico indeterminado. Para determinar el alcance del concepto de *pluralidad de personas* deberemos estar a lo que en cada momento los órganos judiciales consideren al analizar el caso concreto. Lo que resulta evidente es que el delito societario afectará a una *pluralidad de personas* cuando sean varios los afectados como sujetos pasivos del delito. No obstante, el tipo penal societario no establece qué es lo que se entiende por *pluralidad*. Caben en tal sentido dos posibles acepciones, la primera es si el delito societario tiene afectar a un gran número de víctimas o bastaría con que fueran más de uno[1164]. En consecuencia, tal y como afirma acertadamente FARALDO CABANA, no debemos estar ante una exégesis restrictiva del vocablo *pluralidad*, que de acuerdo con el Diccionario de la RAE se entiende como "calidad de ser más de uno", y que el propio TS ratifica para otros delitos como el de asociaciones ilícitas, entendiendo que la pluralidad de sujetos se producirá cuando haya tres personas. Para esta autora los tribunales de justicia deberán realizar una interpretación más generosa que la que vienen realizando sobre cuándo afectan los delitos societarios a los *intereses generales* o a una *pluralidad de personas* [1165]. Y en esta misma línea, es significativa la opinión de MUÑOZ CONDE, para quién nada impedirá que se considere *pluralidad de personas* cuando la persona perjudicada sea una única sociedad mercantil y por tanto una única persona jurídica, pero integrada por un número relevante de personas físicas[1166]. Desde el punto de vista judicial, el tema ha sido analizado por la

[1164] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial. ... op. cit.,* p. 495: *"*En definitiva, parece que debe optarse aquí por una interpretación similar a la que el propio TS atribuye a otros preceptos en los que se exige una "pluralidad de sujetos", aunque se trate de normas de naturaleza diferente a la que se comenta (*v. gr.*, a efectos de asociaciones ilícitas), es decir bastaría con tres personas (STS 10-VI-1987)*".*

[1165] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios. ... op. cit.,* pp. 100-102. En el mismo sentido FARALDO CABANA, P.: "Rasgos comunes …", en AREÁN LALÍN, M. (coord.) y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (coord.): *El nuevo …, op. cit.,* p. 56. Y FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., pp. 1930-1931.

[1166] MUÑOZ CONDE, F.: "Delitos societarios", en GÓMEZ COLOMER, J.L. (coord.) y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.): *La reforma de la justicia penal: Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*, Castellón de la Plana, Universitat Jaume I., 1997, pp.67-68. En el mismo sentido DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y POLO VEREDA, J.: *Problemas …, op. cit.*, p. 137.

SAP de Badajoz (Sección 1ª) núm. 25/2010 de 4 marzo que en relación a la condición de perseguibilidad del art. 296.2 CP, entiende:

> "…A ello cabe añadir que el vocablo "pluralidad" empleado por el legislador penal debe ser interpretado tal y como lo define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es decir, como "calidad de ser más de uno, de modo que debe optarse aquí por una interpretación similar a la que la propia jurisprudencia atribuye a otros preceptos en los que se exige una "pluralidad de sujetos", aunque se trate de normas de diferente naturaleza a la que centra el debate del presente recurso de apelación (por ejemplo, las que se refieren a las asociaciones ilícitas…Por tanto, bastaría con que estuvieran afectados tres o más sujetos titulares para que fuese posible prescindir de la denuncia del agraviado a los efectos de la persecución del delito..."[1167].

Sin embargo, frente a la concepción anterior, no faltan autores como FERNÁNDEZ TERUELO, que siendo conocedores que el TS en ocasiones considera que basta que concurran únicamente dos personas, sin embargo, esa no parece que fuera la voluntad del legislador, que claramente está pensando en situaciones de comisión de delitos societarios en grandes sociedades con un gran número de accionistas y trabajadores. Por lo que el concepto de *pluralidad* parece más bien referido a un grupo numeroso de personas afectadas[1168]. Y en el mismo sentido, y desde el punto de vista judicial, la SAP de Álava (Sección 2ª) núm. 225/2016 de 26 julio, que siguiendo a la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 620/2004, de 4 de junio RJ\2004\5046, entiende que por el hecho de que una sociedad se encuentre en concurso de acreedores, no significa que necesariamente se produzca el requisito de pluralidad de personas, sino que habrá que estar al tipo delictivo cometido y ver si el mismo efectivamente afecta o no a una pluralidad de personas a los

[1167] SAP de Badajoz (Sección 1ª) núm. 25/2010 de 4 marzo JUR\2010\144297: FD Segundo.

[1168] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit., p.* 149. En el mismo sentido DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* pp. 80-81: Este autor entiende que no debe limitarse a una interpretación expansiva del concepto de pluralidad de personas, como referido a más de uno, sino que debe entenderse como referido a muchas personas llegando a decir este autor que "en cualquier caso, el acierto con el que el legislador ha redactado la fórmula procesal del art. 296 es más que dudoso y, en última instancia, habrán de ser los tribunales de justicia los encargados de precisar, conforme se vayan aplicando éste y otros preceptos gemelos del CP 1995, qué significan, exactamente estos términos en sentido jurídico". Y del mismo autor y en idéntico sentido DEL ROSAL BLASCO, B.*:* "Delitos…" en DEL ROSAL BLASCO, B. (coord.): *Derecho..., op. cit.*, p. 267: "Por otra parte, en lo que a la interpretación del término *pluralidad* se refiere, es obvio que el legislador no ha querido utilizarlo en su sentido estricto, como referido a la circunstancia de ser más de uno, sino en el sentido de *multiplicidad*, esto es, como referido a muchas personas". En el mismo sentido VALLE MUÑIZ, J.M.: "De los delitos societarios" en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *op. cit.*, p. 1021: Para este autor deberá huirse de una interpretación gramatical del precepto, y considerar que tan sólo no será precisa la denuncia, cuando exista una pluralidad indeterminada de personas afectas y ajenas al círculo de la directamente agraviadas.
Y también SERRANO GÓMEZ, A.: "Delitos …", *op. cit.*, pp. 397 a 405.

efectos de determinar la legitimación activa del Ministerio Fiscal de acuerdo con el art. 296.2 CP[1169].

La jurisprudencia está limitando los casos en los que se debe perseguir de oficio los delitos societarios, utilizando un concepto restrictivo de lo que se entiende por *pluralidad de personas*, en el sentido que exige la existencia de multiplicidad o referido a muchas personas, pero sin aclarar el número con que concurre la pluralidad de personas.

En mi opinión los tribunales deberían realizar una interpretación amplia del concepto de *pluralidad de personas*, de forma que se permita el ejercicio de la acción por el Ministerio Fiscal cuando el delito afecte a más de dos personas, y tenga una relevancia económica importante o cuando afecta a una sola persona jurídica en la que existan múltiples socios perjudicados[1170]. Con esta interpretación evitaremos caer en situación de falta de perseguibilidad de determinados delitos societarios, que pueden no afectar a un gran número de personas, pero que, sin embargo, tienen una relevancia económica importante, como puede ocurrir en delitos societarios que se puedan causar en el seno de las sociedades del IBEX-35. De esta forma estaremos acercando el tratamiento de la persecución de oficio de los delitos societarios a los delitos patrimoniales, con los que comparten prácticamente una misma naturaleza jurídica, y que tienen la consideración de delitos públicos. Igualmente estaremos garantizando la tutela judicial efectiva de los perjudicados económicamente por los delitos societarios, para el caso que el agraviado no interpusiera la denuncia. Finalmente, entiendo que esta interpretación es la más acorde

[1169] SAP de Álava (Sección 2ª) núm. 225/2016 de 26 julio ARP\2016\847: FD 2º *"*…Si excluimos a los acreedores concursales del ámbito de las personas afectadas por el delito societario de administración desleal, ya que lo serían por la comisión, no de éste, sino de los delitos de insolvencia punible y frustración de la ejecución, habremos de concluir que no concurre el caso regulado en el artículo 296.2; este supuesto delito aquí enjuiciado no habría afectado a una pluralidad de personas, no se da la salvedad prevista en la norma citada. La inmediata consecuencia de ello es que en el proceso no se ha cumplido con el requisito de procedibilidad de la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, que en este caso no puede suplir el Ministerio Fiscal, lo que determina la imposibilidad de acusar y condenar por el delito del artículo 295".

[1170] En sentido contrario *Vid.* CASTRO MORENO, A.: "Análisis teórico-práctico…, *op. cit.*: "Una vez establecido que la expresión *«pluralidad de personas»* que emplea el artículo 296.2 CP debe entenderse en el sentido de multiplicidad o generalidad de afectados, de forma acorde con la propia naturaleza y sentido de esta previsión, y que no puede afirmarse la concurrencia de una pluralidad de personas por el mero hecho de la concurrencia de que la sociedad presuntamente perjudicada por el delitos societario se componga de un elevado número de socios o accionistas, desde las denominadas tesis expansionistas que venimos críticamente comentando, se ha dado todavía un paso más allá en ese afán permanente de legitimar la acusación del Ministerio Público aun en ausencia de denuncia de los agraviados, para afirmar que, en aquellos delitos societarios en los que la redacción del correspondiente precepto contemple específicamente a los socios como perjudicados o como agraviados por el delito, como sujetos pasivos distintos de la propia sociedad, siempre que en esa sociedad haya varios socios, se deberá entender colmada entonces la excepción relativa a la *«pluralidad de personas»* . En el mismo sentido MAGRO SERVET, V.: *Delitos …, op. cit.*, p. 105.

con la tendencia del legislador de sacar del Capítulo de los delitos societarios al delito de administración desleal, que se regulaba en el art. 295 CP, y que constituía sin lugar a duda, una de las figuras delictivas societarias principales. Pues bien, con la reforma llevada a cabo con la LO 1/2015, de 30 de marzo de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, el delito de administración desleal quedó fuera del Capítulo XIII del Título XIII del Libro II del CP de los delitos societarios y pasó a estar regulado en el art. 252 CP dentro del Capítulo VI "*De las Defraudaciones*" del Título XIII, junto con las estafas, la apropiación indebida y las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas. Esta modificación ha supuesto que actualmente el delito de administración desleal se ha convertido en un delito público comportado su perseguibilidad pública, y que, de no haberse llevado a cabo la citada reforma, habría seguido teniendo el carácter de delito semipúblico, como el resto de los delitos societarios y por tanto sujeto a la condición de perseguibilidad del art. 296.1 CP.

V. Las cuestiones prejudiciales en el proceso penal. Especial referencia a la jurisprudencia sobre las cuestiones prejudiciales no devolutivas

V. 1. Introducción

Legalmente las cuestiones prejudiciales se regulan en el art. 10 LOPJ[1171] y siendo aquellas que, teniendo conexión con un proceso penal, podrá ser objeto de resolución en otro proceso de distinto orden jurisdiccional, ya sea civil, administrativo, laboral o constitucional, de forma que la decisión que se tome en estos órdenes jurisdiccionales influirá en la propia sentencia penal[1172]. La resolución de estas cuestiones es previa a la decisión final que debe ser adoptada por el juez en su sentencia y, por tanto, previa a la determinación sobre la culpabilidad o inocencia, de forma que no son cuestiones previas al juicio sino determinantes, como elementos del tipo, de la condena, de la absolución o del agravamiento de la pena[1173]. Adicionalmente, las cuestiones prejudiciales no dependerán de que sean propuestas exclusivamente por las partes o por el juez de lo penal,

[1171] Art. 10 LOPJ: *A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente, no obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta, determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca.*

[1172] MONTERO AROCA, J. et al: *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal,* 27ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 454.

[1173] MORENO CATENA V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ V.: *Derecho..., op. cit., p.* 195.

ya que unos y otro podrán plantearlas[1174]. En consecuencia, las cuestiones prejudiciales se pueden considerar puntos de conexión, que aparecen unidos a materias de otra naturaleza y que por tanto requieren de un tratamiento conjunto. De forma que son una pretensión autónoma en su orden, ya que si no estaríamos ante un punto prejudicial o un supuesto que impediría el conocimiento por el orden penal de la cuestión[1175]. La interpretación de los arts. 10 LOPJ y 3 a 7 LECRIM supondrá que en múltiples ocasiones el órgano penal se vea en la necesidad de integrar la norma jurídica penal con los elementos jurídicos de otros órdenes. Para ello deberá integrar la norma penal con el objeto de un litigio, ya sea civil, administrativo, laboral o incluso constitucional[1176].

V. 2. Las cuestiones prejudiciales en los procedimientos penales de delitos societarios

Son múltiples los tipos penales que están construidos utilizando elementos que se incardinan en relaciones jurídico-civiles, mercantiles, administrativas, laborales y en los que los elementos modificadores o excluyentes de la responsabilidad penal son relaciones de ese tipo. De forma que para determinar el contenido de la sentencia será preciso aplicar tanto normas penales como normas jurídicas de otros órdenes, aunque sea de forma indirecta[1177], siendo esto especialmente relevante en los delitos societarios, en cuanto que se ven integrados los tipos penales por la normativa del Derecho mercantil o administrativa. Las cuestiones prejudiciales tienen especial importancia en los procedimientos penales derivados de la comisión de algún delito societario, pudiendo surgir cuestiones que afectan al derecho sustantivo de sociedades, y que deban en tal

[1174] MORENO CATENA V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ V.: *Ibidem*: Tal y como dice CORTÉS DOMINGUEZ, las cuestiones prejudiciales, "Surgen como cualquier elemento de tipo penal, ya sea constitutivo, impeditivo o excluyente y el órgano judicial deberá ir solucionando todos los pasos, puntos o cuestiones que son previos a la sentencia sin necesidad que se propongan en el sentido civil que tiene este término".

[1175] ASENCIO MELLADO, J.M. (dir.), FUENTES SORIANO, O. (coord.): *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 121.

[1176] SAP de Burgos (Sección 1ª) de 27 noviembre 2001 ARP\2002\266: FD Primero: "De esta regla general que atribuye al órgano penal la competencia para resolver las cuestiones civiles indisolublemente ligadas al hecho punible imputado sólo se exceptúan los supuestos en que las cuestiones prejudiciales sean determinantes de la culpabilidad o inocencia del acusado (art. 4 de la LECrim,) o aquellas otras que versen sobre la validez de un matrimonio o la supresión de estado civil (art. 5 del mismo cuerpo legal)... No existe, pues, prejudicialidad civil con efecto excluyente…que la competencia de los órganos penales para resolver las cuestiones civiles ligadas indisolublemente al hecho punible se atribuye «al solo efecto de la represión», o, en dicción modernizada de la Ley Orgánica, «a los solos efectos prejudiciales»; lo que vale tanto como decir que el órgano penal resuelve sólo «*incidenter tantum*», sin que su decisión vincule necesariamente a los órganos del orden jurisdiccional civil en cuanto a los extremos de calificación y validez del contrato o transmisión del dominio de los bienes inmuebles, precisamente porque tales aspectos, aunque indisolubles de la cuestión penal, no son determinantes del pronunciamiento absolutorio o condenatorio.

[1177] MORENO CATENA V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ V.: *Derecho..., op. cit., p.* 193.

sentido ser resueltas por los órganos jurisdiccionales civiles, contencioso-administrativas o incluso constitucionales cuando en este último caso puedan afectar a los derechos fundamentales de los sujetos pasivos. Y ello es así, ya que el hecho no penal societario integra el tipo penal, de forma que, si no concurren en el caso, los hechos carecerán de entidad delictiva y no serán típicos[1178].

Por tanto, el conocimiento por los órganos penales de las cuestiones prejudiciales es especialmente relevante en los delitos societarios, en lo que los tipos penales de los arts. 290 a 294 CP tiene multitud de remisiones a las normas extrapenales[1179]. En los delitos societarios las normas jurídico-privadas deben integrarse para ver si ante un caso concreto estamos ante un hecho típico o no. Así el examen de las cuestiones relativas al contenido de las cuentas anuales, la condición de los administradores de hecho o de derecho, las condición de socio, el funcionamiento de los órganos sociales y la adopción de los acuerdos sociales, ya sea por la junta general o por el consejo de administración, el concepto de entidad supervisada, van a ser determinante para saber si el hecho concreto da lugar o no a una conducta típica prevista en alguno de los delitos societarios de los arts. 290 a 294 CP. En este sentido resulta aclaratorio el AAP de Madrid (Sección 2ª) núm. 211/2003 de 29 mayo que entiende que de acuerdo con el art. 10.1 LOPJ corresponderá al órgano penal determinar la condición de socios de los denunciantes a los efectos de cumplir la condición de perseguibilidad prevista en el art. 296.1 CP[1180]: el juez de lo penal deberá en estos casos fijar el valor que va a tener una sentencia dictada ante la jurisdicción civil en relación a un conflicto entre socios y en qué manera la misma vincula en el procedimiento penal. Así la sentencia civil tendrá un valor de hecho que

[1178] ASENCIO MELLADO, J.M. (dir.), FUENTES SORIANO, O. (coord.): *Derecho…op. cit.,* p. 121.

[1179] MORENO CATENA V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ V.: *Derecho..., op. cit., p.* 194: *"*Normalmente cuando la ley penal hace referencia a elementos extrapenales para definir los tipos penales, aquellos son cuestiones, es decir, puntos jurídicos cuestionables y capaces de integrar el objeto de cualquier litigio jurídico. Para no salirnos de los ejemplos escolásticos, el concepto jurídico de "derecho de información" de un socio, que utiliza el art. 293 del CP, puede ser cuestión en el sentido del art. 3 y ss. de la LECrim, porque efectivamente cabe un pleito para que el juez decía si se ha violado o no el derecho de información que tiene cualquier accionista de una sociedad anónima*"*.

[1180] AAP de Madrid (Sección 2ª) Auto núm. 211/2003 de 29 mayo JUR\2003\246430: RJ Tercero: "En torno del espinoso asunto de las cuestiones no penales que habrían de afectar de manera esencial a lo que habría de ser el objeto del procedimiento penal, se ha impuesto la doctrina - de las que son muestras las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2002, Ponente Sr. Maza Martín o 29 de octubre de 2001, Ponente Sr. Granados Pérez - por la cual, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional, podrá conocer de los asuntos que no le estén atribuidos privativamente. Tal planteamiento lleva a rechazar el argumento contenido en la resolución recurrida, como una suerte de prejudicialidad suspensiva susceptible de plantearse al amparo del art. 4 de la LECrim. de que haya de ser la jurisdicción civil la competente para determinar la condición de socios de los denunciantes".

quedará sometida a la libre apreciación el juez de lo penal, a diferencia de la extinción de la acción penal que lleva consigo la de la civil en el caso que se declare la inexistencia objetiva del hecho tal y como prevé el art. 116.1 LECRIM[1181].

V. 3. Las cuestiones prejudiciales no devolutivas en los delitos societarios

Las cuestiones prejudiciales no devolutivas se encuentran reguladas por el art. 3 LECRIM[1182]. Su fundamento se encuentra en que ambas cuestiones, la penal y las de otra naturaleza extrapenal, no pueden separarse racionalmente del hecho punible al estar íntimamente ligada a él y debiendo el tribunal penal atemperar su resolución de acuerdo a las reglas del derecho sustantivo que resulte de aplicación de acuerdo con el art. 7 LECRIM, de forma que la resolución de la cuestión prejudicial sólo producirá efectos en el orden jurisdiccional penal en el que ha sido resuelta y en el caso en el que ha sido aplicada[1183]. Tal y como pone de manifiesto GÓMEZ BENÍTEZ tratándose de expedientes administrativos-sancionadores, como ocurrirá en el supuesto del delito del art. 294 CP, debe concederse prioridad procesal a los órganos jurisdiccionales penales sobre los meramente administrativos y de igual forma sobre la jurisdicción administrativa con base en las mayores garantías del proceso penal, evitación de dilaciones indebidas, reducción del riesgo de *bis in idem* y necesidad de evitar la frustración de la represión penal. Y la misma posición debe mantenerse cuando el objeto del proceso penal tenga naturaleza civil (impugnación de acuerdos sociales de los delitos de los arts. 291 y 292 CP o por negación de los socios del art. 293 CP) y ello de acuerdo con la excepcionalidad de la prejudicialidad devolutiva o inversa[1184].

[1181] Art. 116.1 LECRIM: *La extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil, a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer y en los demás casos, la persona a quien corresponda la acción civil podrá ejercitarla, ante la jurisdicción y por la vía de lo civil que proceda, contra quien estuviere obligado a la restitución de la cosa, reparación del daño o indemnización del perjuicio sufrido.*

[1182] Art. 3 LECRIM: *La competencia de los Tribunales encargados de la justicia penal se extiende a resolver, para sólo el efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos, cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación*.

[1183] MONTERO AROCA, J. et al: *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal,* 27ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 456.

En el mismo sentido ASENCIO MELLADO entiende que en las cuestiones prejudiciales no devolutivas, el juez de lo penal conocerá de las mismas, a los solos efectos del enjuiciamiento criminal, y siempre que las mismas no sean determinantes para apreciar la existencia o inexistencia del delito de acuerdo con el art. 4.1 LECRIM. ASENCIO MELLADO, J.M. (dir.), FUENTES SORIANO, O. (coord.): *Derecho…op. cit.,* p. 122.

[1184] GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: "Delitos…, *op. cit.*, pp. 566-573. Del mismo autor GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: *Curso …, op. cit.,* p. 42: "A partir de ahí los hechos estrían sometidos al principio de prejudicialidad penal y, una vez probados y concluido el proceso penal- incluso con una condena a los administradores- la

El TS así lo viene entendiendo en múltiples Sentencias entre las que podemos citar por su relevancia y haberse dictado en procedimientos en los que han sido enjuiciados delitos societarios: STS (Sala de lo Penal) núm. 867/2002 de 29 julio RJ\2002\6357 (Caso Banesto): Operación Carburos Metálicos:

> "Operación Carburos Metálicos: 2.– Conviene recordar que el sistema de cuestiones prejudiciales, inicialmente regulado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha sido complementado por el art. 10 de la Ley 6/1985 del Poder Judicial, que autoriza a cada orden jurisdiccional, para conocer de los asuntos que no le están atribuidos privativamente. En todo caso la jurisdicción penal, a los efectos de la averiguación de la verdad material y de la construcción de los elementos integrantes del hecho delictivo que enjuicia, goza de autonomía y ha dispuesto de prueba necesaria, para dilucidar el debate... "[1185]

Y la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 359/2022 de 7 abril RJ\2022\2001:

> "…El proceso penal tiene su particular ámbito de decisión, un propio objeto y su propia prueba, y conforme a su específico contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto, a salvo, claro, de los supuestos excepcionales que puedan dar sustento a una cuestión prejudicial de las previstas en el artículo 3 y ss. LECRIM. Lo que no puede el proceso penal es instrumentalizarse como remedio para sustituir una reclamación que encuentra un cauce más propicio de actuación en la jurisdicción civil" [1186].

V. 4. Las cuestiones prejudiciales devolutivas en los delitos societarios

Las cuestiones prejudiciales devolutivas son aquellas en las que la relación o situación extrapenal es determinante de la existencia o inexistencia del delito debiendo ser decidida por el juez del orden jurisdiccional correspondiente (art. 4.1. LECRIM)[1187]. En otras palabras, que la cuestión prejudicial sea determinante de la culpabilidad o inocencia del acusado, y la doctrina las denomina cuestiones prejudiciales devolutivas relativas[1188]. Por tanto, el tribunal penal no podrá resolver la cuestión prejudicial y tendrá que suspender el

Administración debería reanudar los diversos expedientes a los efectos sancionatorios específicos e imponer, ciertamente, las sanciones correspondientes a los mismos administradores- además de a las sociedades-, por tratarse, según se dice, de una relación de sujeción especial".

[1185] STS (Sala de lo Penal) núm. 867/2002 de 29 julio RJ\2002\6357 (Caso Banesto): FD Vigesimoprimero.

[1186] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 359/2022 de 7 abril RJ\2022\2001: FD Primero.

[1187] *Artículo 4 LECRIM: Sin embargo, si la cuestión prejudicial fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia, el Tribunal de lo criminal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquélla por quien corresponda; pero puede fijar un plazo, que no exceda de dos meses, para que las partes acudan al Juez o Tribunal civil o contencioso-administrativo competente. Pasado el plazo sin que el interesado acredite haberlo utilizado, el secretario judicial, mediante diligencia, alzará la suspensión y continuará el procedimiento. En estos juicios será parte el Ministerio Fiscal.*

[1188] MORENO CATENA V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ V.: *Derecho..., op. cit.*, p. 198.

proceso penal hasta que el órgano jurisdiccional con competencia genérica para hacerlo lo decida. No faltan autores como CORTÉS DOMÍNGUEZ, que de acuerdo con la regulación del art. 10 LOPJ, consideran que estas cuestiones prejudiciales devolutivas realmente son una "*causa prejudicial*", es decir una decisión previa de un juez distinto que debe tomarse como base en la decisión que adopte el juez de lo penal[1189].

En el ámbito de los delitos societarios, resulta improbable que la situación extrapenal sea determinante de la existencia o inexistencia del delito, sino que será en el propio procedimiento penal a la vista de la prueba practicada en el que se conozca la cuestión prejudicial. En mi opinión, entiendo que resulta improbable que el juez o tribunal de lo penal suspenda el procedimiento y remita la cuestión al orden jurisdiccional ordinario (civil o mercantil) para que este conozca de los hechos que dan lugar a la cuestión prejudicial por un delito societario. Y por supuesto queda descartado la cuestión devolutiva absoluta en los delitos societarios[1190]. Esta posición se vea confirmada por una jurisprudencia consolidada que mantiene que los órganos penales deben conocer de las cuestione prejudiciales que corresponden a otros ordenes, con base al principio de "*unidad de jurisdicción*" previsto en el art. 10 LOPJ, habiendo derogado éste de forma tácita el art. 4 LECRIM. Lo anterior supone que en principio no son admisibles las cuestiones prejudiciales devolutivas en el proceso penal (con alguna excepción: cuestión prejudicial constitucional), de forma que el fondo de la cuestión prejudicial es necesariamente parte del fondo de la cuestión penal, y a veces se confunde con el mismo núcleo de la controversia penal, como ocurre en los delitos societarios, en los que será el propio órgano penal el que examinará si ha existido perjuicio para los sujetos pasivos. En tal sentido, al decidir sobre ese elemento típico o sobre la intencionalidad de los acusados, estará también resolviendo la cuestión prejudicial de naturaleza extrapenal. En otras palabras, cuando se trate de un procedimiento penal en el que se esté dilucidando sobre delitos societarios, el órgano penal al resolver la cuestión penal de fondo deberá

[1189] MORENO CATENA V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ V.: *Idem*, p. 196.

[1190] Las cuestiones devolutivas absolutas, se refieren exclusivamente a alguna de las siguientes cuestiones: Validez del matrimonio (carece de relevancia alguna en el ámbito penal) o delito de supresión del estado civil (cuestión de filiación) de acuerdo con el art. 5 LECRIM y cuestión de inconstitucionalidad que plante el órgano penal ante el TC (Art. 35 y ss. LOTC) o que se platee una cuestión de derecho comunitario que pueda influir en la sentencia penal y siempre que se hayan agotado los recurso en el proceso penal español (Art. 267 TFUE de 2010).

pronunciarse también sobre la cuestión prejudicial de naturaleza mercantil condicionando el fondo del asunto[1191].

Esta posición es la que mantiene la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 238/2021 de 15 marzo, que citando una reiterada jurisprudencia de la Sala entiende que con la entrada en vigor del art. 10 LOPJ, como premisa, no son admisibles cuestiones prejudiciales devolutivas en el proceso penal, habiendo perdido plena vigencia el art. 4 LECrim que debe reinterpretarse a la luz del art. 10 LOPJ. Así citando expresamente la STS 104/2013, de 19 de febrero[1192], considera que como consecuencia del principio de "unidad de jurisdicción" previsto en el art. 3.1 LOPJ, ya no procede hablar de distintas jurisdicciones sino de distribución de la jurisdicción única entre diversos "órdenes" jurisdiccionales. Para ello lo fundamenta en el art. 24.2 CE que aconseja que en un mismo litigio se resuelvan aquellas cuestiones previas tan íntimamente ligadas a la cuestión litigiosa que sea racionalmente imposible su separación, sin necesidad de diferirla a un nuevo y dilatorio proceso -con todas sus instancias- ante otro orden jurisdiccional[1193]. De esta forma considera el TS que la regla general del art. 10. 1º de la LOPJ. -que deroga las denominadas cuestiones prejudiciales devolutivas, cuyo conocimiento era obligado deferir a otro orden jurisdiccional- tiene como excepción aquellos supuestos en que la cuestión prejudicial tenga una naturaleza penal y condicione de tal manera el contenido de la decisión que no pueda prescindirse de su previa resolución por los órganos penales a quien corresponda. Por ello, la regla contenida en el párrafo 1º del art. 10 de la LOPJ no se encuentra limitada por excepción alguna que se refiera a cuestiones de naturaleza civil, administrativa o laboral que se susciten en el orden jurisdiccional penal, por lo que ha de estimarse que esta norma posterior y de superior rango ha derogado tácitamente lo

[1191] GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: *Curso…, op. cit.,* p. 55: "En materia de acuerdos sociales, en efecto, prevalece como criterio rector, no ya la prejudicialidad inversa o devolutiva (art. 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), que forzaría a suspender el proceso penal hasta el pronunciamiento del juez civil, sino la compatibilidad de ambos procesos, ya que cada uno de ellos tiene su propio objeto, y el civil no tiene consecuencias sancionadoras".

[1192] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 104/2013 de 19 febrero RJ\2013\1302: FD Tercero.

[1193] Regla que como dice el propio TS citando la STS 24 de julio de 2001 (RJ 2001, 7720) se encuentra en el art. 24.2 CE. del derecho fundamental a un proceso Público sin dilaciones indebidas, que aconseja que en un mismo litigio se resuelvan aquellas cuestiones previas tan íntimamente ligadas a la cuestión litigiosa que sea racionalmente imposible su separación, sin necesidad de diferirla a un nuevo y dilatorio proceso -con todas sus instancias- ante otro orden jurisdiccional. De forma que el párrafo 1º del art. 10º de la LOPJ no se encuentra limitada por excepción alguna que se refiera a cuestiones de naturaleza civil, administrativa o laboral que se susciten en el orden jurisdiccional penal, por lo que en principio ha de estimarse que esta norma posterior y de superior rango ha derogado tácitamente lo prevenido en el art. 4º de la decimonónica LECrim.

prevenido en el art. 4º de la LECRIM[1194]. Esta doctrina no significa que sean implanteables cuestiones prejudiciales civiles en el proceso penal; sino que será el tribunal penal el llamado a resolverlas "a los solos efectos" penales, es decir en la medida en que sea necesario para decidir sobre la pretensión penal y con eficacia exclusiva en ese orden, sin perjuicio de las acciones civiles que también se ventilan y deciden en el proceso penal (responsabilidad civil nacida del delito)[1195].

Esta concepción adquiere su plenitud en el ámbito de los delitos societarios previstos en los arts. 290 a 294 CP, en el que la tutela penal del bien jurídico protegido de cada uno de los mismos determina la necesidad de la integración de los tipos penales con las normas extrapenales, especialmente del Derecho mercantil. Por lo que tal y como dice el TS, ese atentado contra los bienes jurídicos reconocidos por el resto del ordenamiento jurídico quedaría vacía de contenido efectivo si en el propio proceso penal no se pudiesen resolver, como regla general, las cuestiones jurídicas de otra naturaleza necesarias para la constatación de la concurrencia del delito objeto de enjuiciamiento. Y es que una interpretación amplia del art. 4 de la LECRIM impediría prácticamente el enjuiciamiento autónomo de los delitos societarios, pues en todos ellos la determinación de la concurrencia de alguno de los elementos integrantes del tipo -y en definitiva la culpabilidad o inocencia del acusado- dependen de la previa valoración, resolución o interpretación de una cuestión jurídica de naturaleza extrapenal. Posición refrendada por el TC en su STC 278/2000, de 27 de noviembre, que dice:

[1194] Son múltiples las Sentencias del TS que al amparo del principio del art 10. 1º de la LOPJ en detrimento del art. 4º de la LECRIM han inadmitido la práctica de las cuestiones prejudiciales pretendidamente devolutivas (Sentencias de 22 de marzo de 2001, 28 de marzo de 2001, 1688/2000, de 6 de noviembre, 1772/2000 de 14 de noviembre, 1274/2000, de 10 de julio, 363/2006, de 28 de marzo, etc.).

[1195] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 238/2021 de 15 marzo**.**

En el mismo sentido STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 599/2018 de 27 noviembre RJ\2018\5262, que reiterando lo dicho en la STS 104/2013, de 19 de febrero (RJ 2013, 1302), en relación al derecho al juez predeterminado por la Ley establece en su FD Décimo Noveno: "Para resolver pretensiones de carácter penal el único juez predeterminado por la ley ha de ser un órgano del orden jurisdiccional penal. Necesaria e inevitablemente. No otro puede dictar el pronunciamiento -condenatorio o absolutorio- respecto de una acusación penal formulada por parte legitimada. Y ha de ser él por mucho que puedan aparecer imbricadas cuestiones de otras ramas del derecho (urbanismo, derecho tributario, contratos públicos, derecho mercantil...) que pueden presentar dificultades y exigir estudio: a esa situación responde la previsión del art. 7 LECrim (LEG 1882, 16) .Si se considera que se ha equivocado al dictar su resolución en esos aspectos, podrá denunciarse en casación; pero no argumentar que debe trasladarse la decisión a otro orden jurisdiccional no penal, lo que supondría no solo un exotismo, sino también la laminación del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24 CE).

Y en el mismo sentido STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 610/2015 de 22 octubre RJ\2015\4422, FD Segundo; STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 363/2006 de 28 marzo RJ\2007\1848; STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 670/2006 de 21 junio RJ\2006\6637; STS (Sala de lo Penal) núm. 1490/2001 de 24 julio RJ\2001\7720; STS (Sala de lo Penal) núm. 1570/2002 de 27 septiembre RJ\2002\8847.

"…en los asuntos que hemos denominado complejos (es decir, en aquellos en los que se entrelazan instituciones integradas en sectores del ordenamiento cuyo conocimiento ha sido legalmente atribuido a órdenes jurisdiccionales diversos), es legítimo el instituto de la prejudicialidad no devolutiva, cuando el asunto resulte instrumental para resolver la pretensión concretamente ejercitada y a los solos efectos de ese proceso, porque no existe norma legal alguna que establezca la necesidad de deferir a un orden jurisdiccional concreto el conocimiento de un cuestión prejudicial y corresponde a cada uno de ellos decidir si se cumplen o no los requerimientos precisos para poder resolver la cuestión, sin necesidad de suspender el curso de las actuaciones, siempre y cuando la cuestión no esté resuelta en el orden jurisdiccional genuinamente competente"[1196].

V. 5. Momento procesal oportuno para plantear la cuestión prejudicial en el proceso penal de delitos societarios

En cuanto al momento procesal oportuno para plantear la cuestiona prejudicial en un procedimiento penal por delitos societarios, éste será cuando conste en autos la existencia de la cuestión. Parece que no hay dudas que durante la fase de instrucción del sumario o durante las diligencias previas o diligencias urgentes, no hay ningún problema para plantearla, incluso una vez abierto el juicio oral antes de la presentación del escrito de acusación o defensa, pero las dudas se plantean si pueden plantearse durante la celebración del juicio oral. Sin ser una cuestión resuelta ni doctrinal ni jurisprudencialmente en principio deberá ser admisible la posibilidad de plantearse en ambos momentos, tanto en fase de sumario como en fase de juicio oral[1197]. En todo caso, lo normal será que se plantee la cuestión prejudicial tras la calificación provisional, incluso durante la celebración del juicio oral, ya que será entonces cuando se sepa con claridad si el elemento extrapenal al que se refiere el delito societario en cuestión tiene o no la incidencia que la ley exige. Pero lo anterior no obsta para que incluso en la fase de sumario, el juez de instrucción proponga a la AP o al juez de lo penal la suspensión del proceso, acordándose ésta cuando el procesamiento o la acusación dependa de la existencia del elemento extrapenal y no existan indicios racionales de su existencia en la instrucción para proceder al procesamiento o a la acusación[1198].

[1196] STC 278/2000, de 27 de noviembre (RTC 2000, 278).
[1197] GÓMEZ COLOMER, J.L.: "La terminación del proceso penal" en GÓMEZ COLOMER J.L. (coord.) y BARONA VILAR S. (coord.): *Proceso Penal. Derecho Procesal III*, 3 ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 486-487.
[1198] MORENO CATENA V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ V.: *Derecho..., op. cit.*, p. 201.

La jurisprudencia considera que la cuestión prejudicial deberá platearse o bien en trámite de calificación o en su caso como cuestión previa en el juicio oral, y sin que proceda que se plantea en el informe final, ya que en ese momento ya no cabe debate contradictorio sobre el asunto[1199]. La cuestión prejudicial podrá reproducirse en el recurso de apelación, pero no podrá plantearse en el recurso de casación, pero sí cabe la casación contra la sentencia que se haya dictado sin observar las normas legales referentes a las cuestiones prejudiciales, pero no contra el auto que resuelva admitir o rechazar la cuestión prejudicial. Especial referencia, por su posible aplicación en procedimientos penales por delitos societarios, debemos realizar al motivo del recurso de revisión previsto en el art. 954.1 e) LECRIM *que establece que se podrá solicitar la revisión de las sentencias firmes en los casos siguientes: e) Cuando, resuelta una cuestión prejudicial por un tribunal penal, se dicte con posterioridad sentencia firme por el tribunal no penal competente para la resolución de la cuestión que resulte contradictoria con la sentencia penal.* En estos casos el legislador ha querido dar preferencia al orden jurisdiccional competente frente al penal que conoció inicialmente la cuestión prejudicial sin efectos plenos de cosa juzgada y sin aplicación de las normas procesales propias de la materia no penal[1200].

V. 6. Especial referencia a la prejudicialidad civil en relación con el delito de falsedad de cuentas anuales y documentos que deben reflejar la situación jurídica o económica de la Entidad

No podemos dejar de hacer referencia, aunque sea de forma somera, a las cuestiones prejudiciales penales que en materia de delitos societarios se pueden plantear en el proceso civil. En estos casos, el art. 40.1 LEC establece que cuando en un proceso civil se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito o falta perseguible de oficio, el tribunal civil, mediante providencia, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal, sin que se ordene la suspensión de las actuaciones con las dos excepciones siguientes: que se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil. Y que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil. En todo

[1199] STS (Penal) de 6 febrero de 2019, EDJ 2019/506309 siguiendo la STS (Penal) nº 257/2005, de 28 de febrero y la STC nº 278/2000, de 27 de noviembre.
[1200] ASENCIO MELLADO, J.M. (dir.), FUENTES SORIANO, O. (coord.): *Derecho... op. cit.,* p. 123.

caso la suspensión se alzará por el LAJ cuando se acredite que el juicio criminal ha terminado o que se encuentra paralizado por motivo que haya impedido su normal continuación. En cuanto al momento procesal oportuno para declarar la suspensión por el tribunal civil, será una vez que el proceso esté pendiente sólo de sentencia, y lo será mediante auto. En cuanto al régimen de recursos el art. 41 LEC establece que contra la resolución que deniegue la suspensión del asunto civil se podrá interponer recurso de reposición, que podrá reproducirse durante la segunda instancia y, en su caso, durante la tramitación de los recursos extraordinarios por infracción procesal o de casación. Y contra el auto que acuerde la suspensión se dará recurso de apelación y contra los autos dictados en apelación acordando o confirmando la suspensión se dará, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal. Igualmente, contra la resolución del LAJ que acuerde el alzamiento de la suspensión podrá interponerse recurso directo de revisión.

Especial mención debemos hacer por su incidencia las cuestiones prejudiciales penales que se planteen en el orden jurisdiccional civil, cuando se trata de la falsedad de cuentas anuales o documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad prevista en el tipo penal del art. 290 CP. En estos casos, según prevé el art. 40.4 LEC, se acordará la suspensión del procedimiento civil, sin esperar a la conclusión del procedimiento, tan pronto como se acredite que se sigue causa criminal sobre aquel delito, cuando, a juicio del tribunal civil, el documento pudiera ser decisivo para resolver sobre el fondo del asunto. No obstante, no se acordará la suspensión, o se alzará por el LAJ la que aquél hubiese acordado, si la parte a la que pudiere favorecer el documento renunciare a él, en cuyo caso se ordenará por el LAJ que el documento sea separado de los autos. Si la causa penal sobre falsedad de un documento obedece a denuncia o querella de una de las partes y finaliza por resolución en que se declara ser auténtico el documento o no haberse probado su falsedad, la parte a quien hubiere perjudicado la suspensión del proceso civil podrá pedir en éste indemnización de daños y perjuicios, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 712 y ss. de la LEC.

CAPÍTULO VII: CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LOS DELITOS SOCIETARIOS

I. Introducción

En presente Capítulo vamos a estudiar las consecuencias jurídicas de los delitos societarios en cuanto que constituye un elemento común a todos ellos. En primer lugar, analizaremos la penalidad en cada uno de los delitos societarios, distinguiendo entre aquellos en los que tienen previsto penas privativas de libertad conjuntamente con la de multa (art. 290 CP) o alternativamente pena privativa de libertad y multa (arts. 291, 292 y 294 CP), o que sólo tiene previsto multa (art. 293 CP). Y haciendo especial referencia a las medidas de intervención previstas en el art. 294 CP que remite al art. 129 CP.

Procediendo a continuación al examen de las reglas para la determinación de la pena en los delitos societarios. Para ello analizaremos la aplicación a los mismos de las circunstancias atenuantes y agravantes de los arts. 21 y 22 CP y de la circunstancia mixta de parentesco regulada en el art. 23 CP. Y en atención a la propia naturaleza jurídica patrimonial de los delitos societarios, examinaremos la agravación de la pena tratándose de delitos con pluralidad de personas y si resulta de aplicación a éstos la agravación de la pena para los *delitos masa* prevista en el art. 74.2 CP. Y de igual forma habrá que determinar si resulta de aplicación la excusa absolutoria prevista en el art. 268 CP a los delitos societarios. Y dentro de las reglas de la determinación de la pena en los delitos societario, adquiere especial importancia los concursos de delitos y de leyes o normas en los delitos societarios con otros delitos del CP o entre los propios delitos societarios, cuyo examen realizaremos a la luz de la doctrina y la jurisprudencia.

Procederemos a continuación a analizar otras causas de extinción de la responsabilidad penal y su posible aplicación a los delitos societarios como elemento común de todos ellos. En concreto si el perdón del ofendido del art. 130.1. 5º CP aplica o no a los delitos societarios y la posibilidad del desistimiento en el procedimiento penal por parte del agraviado u ofendido, como forma de poner fin al mismo. Y de igual manera deberemos analizar la suspensión de la pena privativa de libertad en los mismos y los requisitos necesarios para poder conceder la misma de acuerdo con en el art. 80.2 CP, para a continuación examinar como juega la sustitución de las penas privativas de libertad por otras penas en el ámbito de los delitos societarios y el sometimiento a las condiciones previstas en el art. 84 CP. Finalizaremos este apartado con la aplicación de la prescripción del delito y de la pena previstas en los arts. 131 a 134 CP a los delitos societarios.

Y siendo una de las consecuencias jurídicas principales derivadas de la comisión de cualquiera de los delitos societarios la responsabilidad civil, habrá que examinar la aplicación de la reparación de daño, consistente en la indemnización de perjuicios materiales y morales, en cada uno de los delitos societarios previstos en los arts. 290 a 294 CP. Así como la responsabilidad civil de los sujetos activos de los delitos societarios, tanto de los administradores de hecho y de derecho como de los socios no administradores, y la persona jurídica penalmente responsable. Y vinculado con la anterior se encuentra la responsabilidad civil subsidiaria de las entidades aseguradoras de acuerdo con las pólizas D&O, por los actos de los miembros de los órganos de administración y directivos. Terminaremos el presente Capítulo, con el estudio de la imposición de las costas procesales y el decomiso previsto en los arts. 127 y ss. CP. en cuanto que constituyen igualmente consecuencias jurídicas de la comisión de los delitos societarios.

II. La penalidad en los delitos societarios

II. 1. La remisión a las reglas generales de las penas

El régimen de las penas aplicables a los delitos societarios constituye otro de los elementos comunes a los delitos societarios y en consecuencia procede igualmente su estudio. Lo primero que debemos poner de manifiesto es que no existe en los delitos societarios unas normas especiales respecto de la imposición de las penas distintas de aquellas que aparecen en las normas generales previstas en el Título III del Libro I del CP (arts. 32 a 94 bis CP). Así, y en atención a la clasificación de las penas previstas en los delitos tipificados en los arts. 290 a 294 CP, éstas pueden ser de dos tipos: penas privativas de libertad y penas de multa, sin que para los delitos societarios esté previsto las penas accesorias privativas de otros derechos, tal y como aparecen descritas en el art. 33 CP con una única excepción, de la prevista para el art. 294 CP, consistente en la imposición de las medidas previstas en el art. 129 CP.

Tal y como afirma TERRADILLOS BASOCO, siguiendo la doctrina criminalista mayoritaria, la privación de libertad y la pérdida del estatus que comporta, tiene unos efectos intimidante ciertos en los denominados *delitos de cuello blanco*. Existiendo un común acuerdo sobre la utilidad de las penas privativas de libertad de corta duración en estos delitos, ya que para estos sujetos despliegan un efecto preventivo general más elevado que para el común de los delincuentes, y sin que conlleve los efectos

desocializadores que pueden llevar a su rechazo[1201]. Esta idea resulta perfectamente aplicable a los delitos societarios, en cuanto como luego veremos, se prevé para los mismos, penas privativas de libertad de duración corta, constituyendo para los mismos un instrumento irrenunciable de una política penal preventiva compatible perfectamente con la de multa. No obstante, y como luego analizaremos, en la penalidad de los tipos societarios se echa en falta que se prevea como pena principal, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio u otras actividades, que determinaría una mejor integración del CP con la normativa jurídico-privada y especialmente con las normas del Derecho de sociedades[1202].

II. 2. La pena privativa de libertad en los delitos societarios

En cuanto a las penas privativas de libertad previstas para los delitos societarios, el legislador ha establecido las siguientes penas de prisión. Se fija como la más grave la pena de prisión de uno a tres años para el delito de falsedad de cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad (art. 290 CP). Respecto del resto de delitos societarios, se establece la pena de seis meses a tres años para los delitos de adopción de acuerdos abusivos en perjuicio de la minoría (art. 291 CP), de adopción de acuerdos lesivos para los socios o la sociedad adoptados por medios fraudulentos (art. 292) y de negación o impedimento de las actuaciones inspectoras o supervisoras en las sociedades sometidas o que actúan en mercados sujetos a supervisión administrativa (art. 294 CP). Y sin que con base en el principio de intervención mínima se haya querido castigar con pena alguna de prisión, al delito de negación o impedimento de los derechos de información, control y gestión y suscripción preferente de los socios (art. 293 CP). Estamos por tanto en atención a la duración de las penas ante delitos menos graves, habida cuenta que ninguna de las penas privativas de libertad establecidas para los delitos societarios supera los tres años, y en consecuencia quedan por debajo de los cinco años de privación de libertad necesarios para su consideración como delitos graves de acuerdo con el art. 33.2 b) en relación con el art. 33.3a) CP. La consecuencia práctica de que los delitos societarios tengan la consideración

[1201] TERRADILLOS BASOCO, J. M.: *Derecho …, op. cit.,* p. 59.

[1202] AREÁN LALÍN, M.: "Conceptos mercantiles tipificados en los delitos societarios", en AREÁN LALÍN, M. (coord.) y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (coord.): *El nuevo código penal y los delitos societarios*, A Coruña, Fundación Caixa Galicia, 1998, p. 31. En el mismo sentido ARROYO ZAPATERO, L.: "Los delitos …", en ARROYO ZAPATERO, L. (ed.) y TIEDEMANN, K. (ed.): *Estudios…, op. cit.*, pp. 57 a 60: En la pena del art. 303 del Proyecto de CP de 1992, análogo al actual art. 293 CP, se preveía no sólo la pena de multa sino también de inhabilitación especial".

de delitos menos graves, hace que durante el *periodo de seguridad,* el condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se someta a un régimen singular que es propio de los delitos con pena de prisión de más de cinco años tal y como prevé para los delitos graves el art. 36 apartados 2 y 3 CP. Tampoco resulta de aplicación a los delitos societarios la *pena de localización permanente* prevista en el art. 37 CP, en la que se obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el juez en sentencia o posteriormente en auto motivado, y que no deja de ser la antigua pena del arresto domiciliario, al no estar expresamente previsto esta pena entre los delitos societarios.

En el examen individualizado de las penas privativas de libertad en los delitos societarios existen una serie de características, unas propias y otras comunes entre algunos delitos societarios, que no podemos dejar de mencionar para tener una idea completa de la penalidad en los delitos societarios. De esta forma en el delito del art. 290 CP las penas se impondrán en su mitad superior, en el supuesto que se llegare a causar el perjuicio económico. En consecuencia, el legislador ha previsto en este delito una doble penalidad en atención al perjuicio ocasionado, un tipo básico del párrafo 1º y un tipo cualificado en el párrafo 2º del art. 290 CP. En tal sentido el legislador ha sido especialmente sensible con la importancia que tiene el delito del art. 290 CP, en cuanto que le impone la mayor de las penas previstas para los delitos societarios[1203]. Así, en caso de que la falsedad sea idónea para causar un perjuicio económico, pero que no se produzca el mismo, nos encontremos ante el tipo básico regulado en el párrafo 1º del art. 290 CP. Mientras que estaremos ante el tipo agravado del párrafo 2º del art. 290 CP, cuando la falsedad *llegara a causar un perjuicio económico* en cuyo caso *se impondrán las penas en su mitad superior*. En este caso la pena, al imponerse en su mitad superior, será la de dos a tres años y multa de nueva a doce meses. En mi opinión, la fórmula elegida por el legislador para agravar la pena no resulta muy afortunada ya que el requisito de causar un perjuicio económico va a requerir problemas de prueba en el juicio, de forma que siendo necesario que la irrogación del efectivo perjuicio se impute a la falsedad documental, en muchas ocasiones será necesario acudir a la prueba de indicios[1204].

[1203] La pena privativa de libertad del art. 290 CP sólo era superada en su gravedad por el delito de administración desleal del art. 295 CP, que quedó excluidos de los delitos societarios por la LO 1/2015, de 30 de marzo, y que preveía para ese delito la pena de prisión de seis meses a cuatro años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.

[1204] VALLE MUÑIZ, J.M., QUINTERO OLIVARES G. y MORALES PRATS, F.: "De los delitos …" en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios …, op. cit.,* p. 988.

El art. 291 castiga con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido. La posibilidad otorgada al Juez de no aplicar necesariamente la pena privativa de libertad sustituyéndola por la de multa proporcional, resulta digna de elogio en cuanto al alcance de la conducta perseguible. Pero tal y como ha puesto de manifiesto FERNÁNDEZ TERUELO, la pena del art. 291 CP, no respeta el principio de proporcionalidad, ya que se está persiguiendo conductas de mucha menor relevancia de las contenidas en el resto de los delitos societarios, y en concreto en la prevista para los delitos de los arts. 290 y 292 CP[1205]. Estamos ante una conducta en la que falta la legitimidad de la intervención penal para sancionar, al poder ser eficazmente combatida con los medios que dispone el Derecho privado, debe llevarnos a una interpretación restrictiva de todos los elementos de este tipo penal, de forma que la aplicación del precepto se vea reducida a los supuestos más graves enjuiciados por los juzgados y tribunales, y ello de acuerdo con aquellos límites que son más acordes con la función secundaria que debe tener el Derecho penal en materia de delitos societarios[1206]. En concreto, si acudimos a la normativa jurídico-privada, cabe la protección de los socios Debiendo realizarse una interpretación restrictiva del tipo penal de acuerdo con el principio de intervención mínima[1207], de acuerdo con el art. 204.1 LSC a través de la impugnación de los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o terceros, pudiendo de acuerdo con el art. 207 LSC solicitar la suspensión del acuerdo impugnado. No obstante, las finalidades mercantil y la penal de protección de los socios minoritarios frente a los acuerdos adoptados por la mayoría pueden ser muy distintas, ya que mientras el art. 204.1 LSC persigue la protección de los intereses sociales (colectivamente considerados) frente a la adopción de las mayorías de acuerdos beneficiosos para sus propios intereses particulares, sin embargo, el art. 291 del CP protege los intereses patrimoniales de los socios (individualmente considerados) frente a posibles maniobras defraudatorias llevadas a cabo por los accionistas mayoritarios mediante la adopción de acuerdos que se califican como abusivos con ánimo de lucro propio o ajeno. Con relación a la penalidad, tampoco se distingue que los acuerdos abusivos sean impuestos por el órgano de administración o por la junta general, cuando como dice FERNÁNDEZ TERUELO la

[1205] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.*, p. 228.
[1206] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial..., op. cit.*, pp. 522-523.
[1207] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 2ª Edición. pp. 196-198.

primera de la hipótesis contiene un mayor componente de desvalor al producirse la quiebra de la confianza que los socios depositan en el órgano de administración de la sociedad, que sin embargo esa situación de confianza no se produce en el seno de la junta general entre los propios accionistas[1208]. Bastará en todo caso con que se adopte el acuerdo abusivo para que se entienda consumado el delito, sin necesidad de que se formalice el acuerdo, por ejemplo, elevándolo a público ante notario.

El delito del art. 292 CP se castiga con la misma pena que la del artículo 291 CP, es decir, pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido. Existe una falta de proporcionalidad de la pena del art. 292 CP respecto de la del art. 291 CP, ya que, siendo la misma pena en ambos delitos, la conducta del art. 292 CP tiene un contenido de mayor gravedad, que se colige fácilmente cuando se acude al tenor literal art. 291 CP en el que se sanciona una mayoría que es real, aunque adopta acuerdo abusivo, mientras que en el art. 292 CP la mayoría es ficticia y se obtiene por medios fraudulentos, que se encarga el propio precepto de enumerarlos, existiendo por consiguiente en este último un mayor desvalor respecto del art. 291 CP[1209]. Como dice LASCURAÍN, la comparativa entre el delito del art 292 y el 291 CP revela por una parte un desvalor de resultado más nítido y extenso en favor del art. 292 CP, ya que el acuerdo ha de ser "lesivo" y ha de serlo para algún socio o para la sociedad y por otra parte revela un desvalor de acción ya que la lesión se despliega de forma especialmente torticera, construyendo una mayoría irreal con engaño o con manipulación del derecho al voto, lo que hace que el delito del art. 292 CP quede desplazado por la administración desleal (SAP Tenerife, 2ª, 534/2012, de 11 de diciembre, FD 7), lo que va a reducir en gran medida su efectiva aplicación[1210]. Y esta concepción de la lesión del bien jurídico protegido, el patrimonio de los sujetos pasivos, se ratifica con la imposición de la multa en la pena de este tipo, lo que evidentemente se determinará en atención al beneficio obtenido por el sujeto activo, concepción que sin duda es más respetuosa con el principio de intervención mínima del derecho penal y por argumentos análogos a los ya expuestos para el art. 291 CP. En cuanto que en delito del art. 292 CP estamos ante un tipo mixto

[1208] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.*, pp. 228-229.
[1209] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.*, pp. 249.
[1210] LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. en DE LA MATA BARRANCO, N.J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. y NIETO MARTÍN, A.: *Derecho …, op. cit.,* pp. 474-475.

alternativo, la pena del art. 292 CP es única, tanto si el sujeto se limita a imponer el acuerdo lesivo como se si aprovecha del mismo[1211].

El art. 294 CP castiga con la pena de prisión de seis meses a tres años. La pena prevista en el art. 294 CP, ha sido considerada excesiva por algunos autores, FERNÁNDEZ TERUELO. Y ello en atención a la gravedad que puede otorgarse a la conducta delictiva, ya que como dice este autor, aun pudiéndose ver afectados intereses relevantes, el tipo penal no deja de ser un refuerzo de las sanciones previstas en la normativa administrativa para sectores supervisados[1212]. En este delito estamos ante un delito heterogéneo respecto del resto de los delitos societarios, ya que el delito del art. 294 CP tiene más, una naturaleza de delito de desobediencia o de obstrucción u obstaculización de las labores inspectoras o supervisoras, que la propia de los delitos societarios. Y además se sanciona en la legislación especial administrativa lo que provoca, problemas en el plano del principio *non bis in idem* y de la delimitación con el ilícito penal tal y como vamos a ver a continuación[1213]. El art. 294 CP remite al incumplimiento de deberes extrapenales, consistentes en el incumplimiento de los administradores de la obligación de permitir la realización de las actuaciones de inspección o supervisión de las entidades sometidas a supervisión, por lo que debe ser objeto este precepto a la hora de la imposición de las penas de una interpretación restrictiva[1214].

Especial relevancia tiene en el examen de la penalidad de este delito, la posibilidad de imponer de forma cumulativa junto con la pena prevista en el art. 294 CP, sanciones previstas en las leyes administrativas que regulan a las entidades supervisadas, lo que daría lugar a la posible acumulación de la sanción administrativa a la pena, pero siempre que no concurra identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción penal y la administrativa como límite impuesto por el principio *de non bis in idem*[1215]. No obstante,

---

[1211] BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho…, op. cit.*, p. 625.
[1212] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit., p.* 306.
[1213] GALLEGO SOLER, J.I.: "Delitos …" en CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Derecho…, op. cit.,* pp. 355.
En cuanto al principio de *non bis in idem* en el ámbito del Derecho penal económico, *vid.* TERRADILLOS BASOCO, J. M.: *Estudios…*, *op. cit.*, p. 54: "La convivencia del orden sancionador administrativo y el penal, provoca en la materia la frecuente aparición de zonas secantes, en que la aparente superposición de sanciones ha de evitarse por imperativo del principio *non bis in idem*.
[1214] GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit.,* p. 235.
[1215] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C..: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial..., op. cit., p.* 573: "Por otra parte, se plantea con relación a esta materia la posibilidad de imposición cumulativa de sanciones penales y administrativas, admitida explícitamente en la normativa administrativa citada (*Vid.* Art. 272 de la LMV, RDL 4/2015) y aceptada también en vía de principio por la doctrina administrativista especializada, sobre la base de entender que la ordenación de la intermediación financiera representa una

para autores como LASCURAÍN SÁNCHEZ esta posibilidad debe rechazarse, con base en la incompatibilidad de ambas sanciones derivada del principio de *non bis in idem:*

> "Este modelo de protección penal de las funciones de policía administrativa de los nuevos riesgos (Silva Sánchez) no sólo genera problemas de legitimación por desproporción de la pena (por la falta de lesividad de la conducta) sino de diferenciación con la sede natural de represión de estas conductas, que es la administrativa, y de tentaciones de bis in idem, sancionando por lo mismo por ambas vías. Parece más que discutible que para resolver el problema de la resistencia a ciertas supervisiones administrativas no basten la reacción propia de la Administración sancionando, retirando licencias de actividad o, incluso, como sucede en materia de inspección tributaria, imponiendo de facto la propia inspección (art. 142 Ley General Tributaria)[1216].

No obstante, al estudiar el caso Gescartera, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ llega a la conclusión que podría ser compatible el aplicar la pena del art. 294 CP con la sanción administrativa[1217]. Lo que resulta evidente es que, para que se pueda aplicar el principio de non bis in idem, es necesario que exista una identidad de objeto y bien jurídico protegido entre la norma sancionadora administrativa y el tipo penal[1218]. En mi opinión,

---

esfera de relaciones de sujeción especial. Si se parte de esta premisa, y se asume la idea de que la tipificación del art. 294 responde a finalidades administrativas (del mismo modo que el TC ha admitido en punto a la compatibilidad entre el ilícito penal y el disciplinario), quedaría expedita teóricamente la acumulación de sanciones, al no concurrir la identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción penal y la administrativa, informadora del principio *non bis in idem* (*Vid.* Indicaciones en SILV, 1995, 914), y máxime si se considera que el art. 294 contiene un delito de infracción de un deber extrapenal específico". En el mismo sentido FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1925: "Se establece, en primer lugar la posibilidad expresa de imposición cumulativa de sanciones penales y administrativas, salvo que se dé identidad de sujeto, hecho y fundamento (artículos 117 de la LOSSEC, 272 LMV y 47 LOSSP).

[1216] LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. en DE LA MATA BARRANCO, N.J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. y NIETO MARTÍN, A.: *Derecho …, op. cit.,* p. 484. En el mismo sentido RÍOS CORBACHO, J.M.: "Delitos …", en ACALE SÁNCHEZ, M. (Coordinación): *Lecciones..., op. cit., p.* 154.

En el mismo sentido: FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: "Las consecuencias …" en *Estudios…, op. cit., p.* 65: Para este autor cuando hay imposición de medidas administrativas y medidas del art. 129 CP, en atención a la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, en el caso que se imponga la medida del art. 129 CP, quedará vedada la imposición de la medida administrativa ya que su imposición supondrá la vulneración del principio *non bis in idem.*

[1217] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: "Administración …", en TERRADILLOS BASOCO J.M. (coord.) y ACALE SÁNCHEZ M. (coord.): *Temas …, op. cit.*, pp. 48-49: "Es obvio que no toda obstaculización merecedora de sanción administrativa tiene por qué ser típica con arreglo a la norma penal contenida en el artículo 294. Y es que, en efecto, aparte del carácter de ultima ratio que corresponde al Derecho penal, lo cierto es que el tipo del artículo 294 debe ser prima facie restringido a aquellos supuestos de obstaculización en que se produce un impedimento absoluto y firme de la actividad inspectora o supervisora. Con todo, si se constatase efectivamente este último comportamiento, no debería haber obstáculo para la apreciación del delito, con independencia de la sanción administrativa".

[1218] SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, núm. 757/2023, de 2 de octubre, JUR\2024\388461: FJ Tercero.

en caso de que una conducta esté sancionada administrativamente, y exista la mencionada identidad de sujeto, hecho, fundamento y sobre todo bien jurídico protegido, debería evitarse la condena penal, con base en el principio de *non bis in idem*, debiéndose reservar la aplicación del art. 294 CP a aquellas conductas que sean más graves o que tengan un plus de lesividad superior a los ilícitos administrativos[1219]. De hecho, no debemos olvidar el hecho que concurren junto el delito del art. 294 CP, un régimen de infracciones muy graves y graves reguladas en la normativa sectorial de las entidades sujetas a supervisión administrativa (entidades de crédito, seguros, telecomunicaciones, eléctricas, consumidores), lo que ha determinado que el delito del art. 294 CP haya resultado en cierta medida inútil, y sin que todavía hoy en día exista ni una sentencia del TS que condene por el tipo del art. 294 CP. En todo caso en cuanto a la posible aplicación del principio *non bis in idem* debe tenerse en cuenta que la actuación de la Administración debe ceder frente a la de los juzgados y tribunales y no podrá intervenir la primera hasta que no finalice la actuación judicial, respetando los hechos declarados probados por los órganos judiciales, sin que ello suponga que la Administración pueda valorar nuevos hechos siempre que no exista contradicción entre los mismos y deban ser tenido en cuenta en el expediente administrativo[1220].

II. 3. La pena de multa en los delitos societarios

II.3.1. La pena de "días-multa" en los delitos societarios

En cuanto a la pena de multa previstas en los delitos societarios debemos acudir a las normas generales previstas en los arts. 50 y ss. del CP. Así en algunos de los preceptos se

[1219] NIETO MARTÍN A. y PRIETO DEL PINO, A.M.: "La última…" en DEMETRIO CRESPO, E. (dir.), DE LA CUERDA MARTÍN, M. (coord.) y GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F. (coord.): *Derecho …, op. cit.*, 2020, pp. 684-685. En el mismo sentido GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: *Curso …, op. cit.,* p. 38: "Sólo, por tanto, la restricción del llamado derecho penal de protección de funciones administrativas a los límites de lo imprescindible, según el criterio antes aludido de la subsidiariedad de las penas, permite mantener un marco razonable de compatibilidad de sanciones administrativas y penas por los mismos hechos".
Y en el mismo sentido FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, p.1213: "Teniendo en cuenta que el sujeto y el hecho coinciden, y que el fundamente de la sanción penal y de las sanciones administrativas es absolutamente idéntico, es constitucionalmente inviable la duplicidad de sanciones".

[1220] EIRANOVA ENCINAS, E.: *La responsabilidad…, op. cit*., pp. 204 y ss. Y en el mismo sentido NAVARRO CARDOSO, F.: "A vueltas con la vieja delimitación entre ilícito administrativo e ilícito penal, a propósito de algunos nuevos problemas" en DEMETRIO CRESPO, E. (dir.), DE LA CUERDA MARTÍN, M. (coord.) y GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F. (coord.): *Derecho Penal Económico y Teoría del Delito*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 282: "En lo que respecta a la consecuencia jurídica, la mayor contundencia de la pena frente a la sanción sabemos que es una cuestión relativa. No lo es respecto de la privación de libertad, pues está reservada para la pena. Pero a partir de ahí, todo lo demás es susceptible de ser matizado". Y FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1925.

fija la pena del tipo días-multa, siendo de multa de doce a veinticuatro meses para el delito de negación o impedimento de las actuaciones inspectoras o supervisoras en las sociedades sometidas o que actúan en mercados sujetos a supervisión administrativa (art. 294 CP). De seis a doce meses para los delitos de falsedad de cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad (art. 290 CP) y para el delito de negación o impedimento de los derechos de información, control y gestión y suscripción preferente de los socios (art. 293 CP). Si nos atenemos al tenor literal del art. 290 CP, la pena privativa de libertad y la de días-multa no es alternativa, sino que se imponen conjuntamente *serán castigados con la pena de prisión de no a tres años y multa de seis a doce meses*.

El recurso a la pena de multa en los delitos económicos en general y en los societarios en particular debemos valorarla positivamente, en primer lugar, porque vienen previstas junto con las penas de prisión (salvo en el caso del art. 293 CP), pero lo más importante porque se adaptan al perfil del delincuente que persigue beneficios económicos y por tanto su utilización sin duda resulta efectiva como manera de neutralizar el ánimo de lucro de los delincuentes. Otra cosa es que se pueda criticar en atención a su posible cuantía ínfima en relación al daño que pueda ocasionarse, en especial en los delitos de los arts. 290 y 294 CP y porque no responden a la verdadera situación económica del reo (*v.gr.* delitos societarios de falsedades contables cometidos en el ámbito de las grandes entidades bancarias)[1221]

Para la determinación en estos tres delitos societarios (290, 293 y 294 CP) de la multa, se aplicarán las reglas generales previstas en el art. 50.4 CP tanto en cuanto a su cuota diaria, como para su determinación por los jueces o tribunales; así como en relación a su fijación en cuanto a su extensión dentro de los límites establecidos para cada delito societario y según las reglas del capítulo II del Título III del CP. Será en la sentencia en la que por el juez o tribunal, deberá fijarse la cuantía de la multa, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo. Y resulta igualmente de aplicación a los delitos societarios el resto de las normas generales que

[1221] BAUCELLS LLADÓS, J.: "Sistema de penas para la delincuencia económica en derecho español" en GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 398: "Por último demostrado que en este tipo de delincuencia los beneficios delictivos pueden llegar a ser tan elevados, se ha llegado a proponer que se prevean multas proporcionales, como mínimo para aquellos casos en los que el beneficio obtenido por el delito fuera muy superior a la cantidad resultante de la eventual pena de multa imponible".

regulan la imposición de la pena de multa, tal y como prevé el art. 51 CP, de forma que sí, después de la sentencia, variase la situación económica del penado, el juez o tribunal, excepcionalmente y tras la debida indagación de dicha situación, podrá modificar tanto el importe de las cuotas periódicas como los plazos para su pago.

Especial mención debemos realizar a la pena del art. 293 del CP, en la que se castiga con multa de seis a doce meses. Estamos ante un ilícito que encaja mejor en el ámbito mercantil que en el penal, existiendo mecanismos para su protección a través de la acción de responsabilidad social prevista en el art. 204.1 LSC, exigiendo la legislación mercantil no sólo la limitación de los derechos de los socios, sino que se cause un daño patrimonial tangible, cosa que no ocurre en el tipo penal. Esto ha llevado a la doctrina mayoritaria a criticar ampliamente la tipificación de estas conductas en el CP[1222], pidiendo una interpretación restrictiva del tipo penal, evitando las desproporcionadas consecuencias que conlleva su aplicación literal siendo deseable incluso su supresión[1223]. La escasa entidad de la pena, unidad a que no se impone la pena principal de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria y comercio confirma que estamos ante un claro ejemplo de la voluntad del legislador de utilizar simbólicamente la fuerza disuasoria del Derecho penal[1224]. Lo que lleva a que la jurisprudencia realice una restricción típica del ámbito de la punibilidad en un doble sentido. Primero requiriendo que la conducta típica venga presidida por las notas de continuidad en el tiempo y su reiteración. Y en segundo lugar exigiendo la constatación de un perjuicio patrimonial que se encuentra implícito en el tipo penal[1225], debiéndose realizar una interpretación restrictiva de este tipo penal[1226]. En cuanto a la intervención mínima del Derecho penal en la aplicación restrictiva del art. 293 del CP, existe una muy amplia jurisprudencia de la que citamos como más relevantes la STS (Sala de lo Penal) núm. 650/2003 de 9 mayo RJ\2003\7143[1227] que entiende que la diferencia entre ilícito penal y extrapenal, se

[1222] FARALDO CABANA, P.: Idem, p. 261: *"*Actualmente, la Ley de Sociedades de Capital, siguiendo el precedente de la Ley de Sociedades Anónimas, ofrece un instrumento adecuado para constreñir tanto a los administradores como a las mayorías a no rebasar en su actuación los límites de sus propias facultades, lo que permite dudar de la conveniencia de crear un tipo penal como el contenido en el art. 293 CP*".*
[1223] GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit.,* p. 232.
[1224] FARALDO CABANA, P.: "El delito …", en TERRADILLOS BASOCO, J. M. (coord.) y ACALE SÁNCHEZ, M. (coord.): *Nuevas …, op. cit.,* pp. 65 a 116.
[1225] GALLEGO SOLER, J.I.: "Delitos …" en CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Derecho…, op. cit.,* pp. 352.
[1226] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *op. cit.,* pp. 552: *"*La norma penal no sólo no aporta un plus de gravedad con respecto al ilícito mercantil, sino que, antes, al contrario, cabe afirmar que en su literalidad amenaza con una pena criminal la ejecución de conductas que materialmente pueden incluso n llegar a comportar la exigencia de una responsabilidad extrapenal*".*
[1227] STS (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 650/2003 de 9 mayo RJ\2003\7143: FD 9º.

encuentra en que el ámbito de lo penal se restringe a los comportamientos más abiertamente impeditivos del ejercicio de los derechos tipificados en el art. 293 CP, frente al ámbito mercantil en el que se discutirá la suficiencia del modo en que se han atendido a los derechos de los accionistas. Así dice la Sentencia en su FD 9º:

> "Este precepto ha sido objeto de críticas doctrinales por estimar que los derechos de los accionistas que constituyen su objeto se encuentran ya protegidos en el ámbito mercantil por lo que no se hace necesaria la tutela penal. Estas críticas desconocen, a nuestro entender, la relevancia de los derechos básicos de los accionistas que no pertenecen al grupo de control de la sociedad, la gravedad de los ataques de que pueden ser objeto, y la necesidad de una tutela contundente frente a estas agresiones, que sólo puede ser proporcionada por la intervención penal. Sin embargo, asiste la razón a los críticos en la necesidad de restringir los supuestos que justifican la intervención penal, que deben quedar limitados a los comportamientos más abiertamente impeditivos del ejercicio de estos derechos básicos, para diferenciarlos de los supuestos en que lo que se discute es simplemente la suficiencia del modo en que se ha atendido a los derechos de los accionistas, supuestos que están reservados al ámbito mercantil".

Y es esa escasa relevancia de las conductas tipificadas consistente en deberes extrapenales, lo que determina que la pena prevista en el art. 293 CP sea la menos grave de todos los delitos societarios, previéndose una pena excesivamente benévola comparada con el resto de los delitos societarios[1228], de forma que tal y como hemos avanzado, sólo se castiga con pena de multa y quedando fuera de este tipo penal la pena de prisión y sin que se prevea la pena principal de inhabilitación especial y al preverse exclusivamente la pena de multa ello imposibilita el que pueda aplicarse la inhabilitación como pena accesoria (arts. 54 y ss. CP). La escasa penalidad que se prevé para este delito, dándole una función meramente "simbólica", encuentra su fundamente en la idea que tuvo el legislador de la aplicación restrictiva del tipo en favor de otras normas del ordenamiento jurídico, y en concreto del derecho mercantil, lo que a la postre supone una nula eficacia preventivo-general[1229]. Por lo que la mayoría de la doctrina ha manifestado la necesidad de una modificación normativa en la que al menos tenga cabida como pena principal, la inhabilitación especial para el ejercicio de profesión o industria[1230]. Tesis que suscribo

[1228] GÁLVEZ JIMÉNEZ, A. "El delito…", *op. cit.*, p. 219.
[1229] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit., p.* 279.
[1230] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C..: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial..., op. cit., p.* 563: "En este sentido, algún autor ha echado en falta la ausencia de una inhabilitación específica (*Vid*. QUERALT, PE). Y, con respecto a ello, hay que reconocer que desde luego resulta bien inconsecuente

íntegramente tanto desde un punto de vista de prevención general como de protección del normal funcionamiento del tráfico jurídico-mercantil.

II.3.2. La pena de multa proporcional como excepción a la pena "días-multa"

Especial referencia debemos realizar a la imposición de la pena de multa proporcional prevista para los delitos de adopción de acuerdos abusivos en perjuicio de la minoría (art. 291 CP) y de adopción de acuerdos lesivos para los socios o la sociedad adoptados por medios fraudulentos (art. 292). Se fija para estos delitos la multa *del tanto al triplo* del beneficio obtenido por el sujeto activo del delito. Igualmente debemos acudir a las normas generales, y de conformidad con el art. 52 CP, en estos casos, los jueces y tribunales impondrán la multa dentro de los límites fijados para cada delito, considerando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente la situación económica del culpable. Y si después de la sentencia, empeorase la situación económica del penado, el juez o tribunal, excepcionalmente y tras la debida indagación de dicha situación, podrá reducir el importe de la multa dentro de los límites señalados por la ley para el delito de que se trate, o autorizar su pago en los plazos que se determinen.

En los delitos de los arts. 291 y 292 CP, la referencia al beneficio obtenido en la multa proporcional, es lo que determina que para la consumación del delito es necesario que se produzca la obtención de ese beneficio por el sujeto activo, ya que, si no, nos encontraríamos con el absurdo de que los administradores o socios que obtienen un beneficio como consecuencia de la adopción de los acuerdos abusivos se les impondría la pena proporcional de multa, mientras que, si no fuera así, se les impondría la pena de prisión con la gravedad que ello conlleva comparativamente con la multa[1231]. En otras palabras, si no se exige un perjuicio económico correlativo al beneficio económico efectivo, se estará cercenando *contra legem* la posibilidad alternativa que la ley otorga al

centrar las novedades de un nuevo Código penal en figuras de estas características y después asignarles una pena tan benigna. Situados en la mentalidad criminalizadora del legislado penal de 1995, hubiese sido más congruente recurrir a sanciones como la apuntada, al desplegar indudables efectos preventivos en la colectividad y en el culpable. Sin ir más lejos, recuérdese que, en el texto del Proyecto de 1992, además de una multa (cuyo límite máximo se extendía, por cierto, hasta los veinticuatro meses) se contemplaba también una inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de dos a cinco años".

En el mismo sentido LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. en DE LA MATA BARRANCO, N.J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. y NIETO MARTÍN, A.: *Derecho …, op. cit.,* p. 484: Este autor entiende que la mala conciencia del legislador por el exceso en la tipificación de conductas extrapenales hace que se plasme en una pena de simple multa que olvida la pertinencia en estos casos de la inhabilitación.

[1231] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit., p.* 228.

juzgador de aplicar o prisión o multa, lo que carecería de sentido, al estar gravando la conducta más grave con multa y las menos graves con prisión, lo que supondría la violación del principio de legalidad y el principio interpretativo de proporcionalidad. Interpretación que lleva finalmente a considerar que ante el art. 291 CP estamos ante un delito de resultado material y no ante un delito de peligro concreto[1232].

II.3.3. La responsabilidad penal subsidiaria por impago de multa

En el caso de los delitos societarios en los que se fija la pena días-multas (arts. 290, 293 y 294 CP), resulta de aplicación la regla general del art. 53 CP respecto de la responsabilidad penal subsidiaria por impago de multa, en cuanto que nos encontramos ante penas menos graves. Si el condenado por un delito societario no satisficiere, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, pudiendo el juez o tribunal, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo. Y tal y como avanzábamos, en el caso de los delitos societarios, no cabe que el cumplimiento pueda adaptarse al régimen de la pena de localización permanente ya que esta pena es sólo de aplicación a los delitos leves. En todo caso el cumplimiento de la

[1232] VALLE MUÑIZ, J.M., QUINTERO OLIVARES G. y MORALES PRATS, F.: "De los delitos …" en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios …, op. cit.,* pp. 993-994. En el mismo sentido GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit.,* p. 227: Entiende NÚÑEZ CASTAÑOS que en el delito del art. 291 CP estamos ante un delito resultado-lesión, de forma que la expresión "*en perjuicio*" debe interpretarse como la exigencia de un efectivo patrimonial para los socios minoritarios, siendo a su vez necesario que se obtenga un beneficio propio lo que da sentido a las penas impuestas (*multa del tanto al triplo del beneficio obtenido*), ya que la penalidad que se establece no se determina de forma estática, sino dependiendo del beneficio que se obtenga, lo que lleva a considerar que la presencia del beneficio para el sujeto activo o un tercero es un elemento que forma parte del propio tipo penal. Y DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* pp. 111-112: Este autor considera que el hecho de que en la pena se prevea la imposición de multa proporcional, lo relaciona directamente con el beneficio que habrá obtenido el infractor, de forma que no tendría sentido determinar de esta manera la pena si no se causara un perjuicio económico efectivo, lo que a su vez se acomoda mejor al principio de intervención mínima.
También GALLEGO SOLER, J.I.: "Delitos …" en CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Derecho…, op. cit.,* pp. 349-350: Tal y como dice este autor, el acuerdo debe irrogar algún perjuicio patrimonial a los socios, que debe ser evaluable económicamente para el resto de los socios en perjuicio de la sociedad y en beneficio del sujeto activo o del tercero, ya que el art. 291 CP prevé la pena en proporción al beneficio obtenido.

responsabilidad personal subsidiaria extingue la pena, incluida la del pago de la multa, *aunque mejore la situación económica del penado*[1233].

Tratándose de los delitos societarios en los que está previsto la pena multa proporcional (arts. 291 y 292 CP), consistente del tanto al triplo del beneficio obtenido, los jueces y tribunales establecerán, según su prudente arbitrio, la responsabilidad personal subsidiaria que proceda, que no podrá exceder, en ningún caso, de un año de duración. Y también podrá el juez o tribunal acordar, previa conformidad del penado, que se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad. Con el cumplimiento de la responsabilidad subsidiaria se extinguirá la obligación de pago de la multa, aunque mejore la situación económica del penado y estuviera en situación en la que fuera posible el pago.

II. 4. Especial mención a las medidas accesorias previstas en el art. 129 CP

Exclusivamente en el delito del art. 294 CP la autoridad judicial podrá decretar, de forma accesoria a las penas previstas de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses, algunas de las medidas previstas en el art. 129 CP[1234]. Lo primero que hay que poner de manifiesto es que la aplicación de estas medias accesorias a la pena del delito del art. 294 CP, supone una excepción a la regla general, ya que el art. 129 CP está exclusivamente previsto para entes que carecen de personalidad jurídica y adicionalmente en los delitos societarios no hay responsabilidad penal de las personas jurídicas, no obstante y por disposición *ex lege* aplica al art. 294 CP al estar previsto expresamente en este tipo. Estas medidas accesorias se podrán imponer adicionalmente a la pena de privación de libertad o de multa[1235], de forma que el considerar las medidas

[1233] ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 10ª Edición, p. 488: "Este tipo de pena ha sido desde siempre objeto de gran polémica doctrinal, insistiéndose, incluso, en su supuesta inconstitucionalidad. De hecho, se planteó cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo que regulaba este tema en el Código anterior, de forma muy parecida al actual. En este caso el TC resolvió a favor de la constitucionalidad en Sentencia 19/1988, de 16 de febrero".

[1234] CUGAT MAURI, M., en CÓRDOBA RODA, J. (dir.) y GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *Comentarios…*, *op. cit.*, p. 1088: "Puede sorprender el hecho de que para los delitos societarios no se hayan previsto las consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas del art. 129 CP- clausura de la empresa, etc.- De todos modos, ello puede explicarse teniendo en cuenta que, a diferencia de lo que sucede con otros delitos en los que la asociación de personas puede formar parte del mismo plan criminal -terrorismo, tráfico de droga, receptación, etc.- este sector del Derecho penal se orienta a la protección de la misma Sociedad, presupuesto de lo cual es que sea lícita".

[1235] *Artículo 129. 1. En caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias*

como accesorias a la pena, supondrá que queden excluidas cuando por razones de inimputabilidad o inexigibilidad no se haya aplicado la sanción a su autor, habiendo utilizado la persona jurídica para la comisión del delito, perdiendo con ello su carácter de prevención general[1236]. Su imposición está justificada en cuanto que el propio art. 294 CP prevé expresamente la posibilidad de su imposición, cumpliendo con ello el requisito previsto en el art. 129.2 CP. El art. 129 CP remite a su vez al art. 33 apartado 7 letras c) a g), lo que conllevará la posibilidad que el juez imponga a los condenados alguna de las penas previstas en dicho precepto[1237].

El art. 33.7 CP en cuanto a la *intervención judicial* establece que ésta podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio, correspondiendo al Juez o tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención, así como determinar quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial, pudiéndose modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona

consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.
2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.
3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7.

[1236] CARUSO FONTÁN, M. V.: "Prevención y criminalidad de empresa. Una mirada hacia el derecho norteamericano", en TERRADILLOS BASOCO J.M. (coord.) y ACALE SÁNCHEZ M. (coord.): *Temas de Derecho Penal Económico. III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*. Madrid, Trotta, 2004, pp. 337-338: "Aunque la legislación americana parte de presupuestos que nos son totalmente ajenos en cuanto a los fundamentos de aplicación de las medidas, en lo que respecta a los objetivos encontramos plena coincidencia [...]. La legislación contenida en las *Guidelines* contiene un exhaustivo tratamiento de la materia dentro de la cual se destaca el fomento de una actitud activa por parte de los directivos de las empresas en la lucha por la criminalidad, a través de la presión de la disminución de la gravedad de las medidas aplicables".

[1237] Art. 33 apartado7 letras c) a g) CP: 7. Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas, la consideración de graves, son las siguientes: c) *Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años. d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años. e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años. f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la SS, por un plazo que no podrá exceder de quince años. g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.*

jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Además, la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.

La aplicación de las medidas accesorias previstas en el art. 129 del CP en el caso del delito del art. 294 CP ha sido ampliamente criticada ya que de una actuación ilegal de los administradores se pueden causar perjuicios muy graves para los socios que no tienen nada que ver con el comportamiento de los primeros, lo que hace necesario que el juzgado o tribunal deberá tener presente que el fundamento de tales consecuencias accesorias se basa en la peligrosidad objetiva[1238]. Y más cuando el art. 129 CP fue modificado con la LO 5/2010, que introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español[1239], siendo en todo caso su imposición potestativa del juez o tribunal juzgador, quién decidirá si impone una o varias consecuencias accesorias[1240]. El hecho de que sea éste el único tipo delictivo societario en el que está prevista la pena de aplicación de las consecuencias accesorias previas en el art. 129 CP ha sido objeto de crítica por un sector de la doctrina, ya que la imposición de estas medidas podría parecer más oportuna en otros tipos societarios, en atención a la gravedad del delito e igualmente sería más efectiva de acuerdo con la naturaleza de las consecuencias accesorias. No obstante, y como afirma FERNÁNDEZ TERUELO, es acertada la decisión del legislador, ya que en el caso del art. 294 CP es la propia empresa la que puede ser beneficiada con la actuación impeditiva a los órganos o entidades supervisoras o inspectoras, mientras que, en el resto de los delitos societarios, la primera que sufre el delito societario es la propia sociedad, por lo que sólo sobre los administradores y no sobre la sociedad es sobre los que debe recaer la pena[1241]. En mi opinión estás sobradamente justificado la inclusión de las medidas accesorias en el art. 294 CP, en atención a que estamos ante el único de los delitos

[1238] CUGAT MAURI, M., en CÓRDOBA RODA, J. (dir.) y GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *Comentarios…*, *op. cit.*, p. 1113: "Esta posibilidad es de carácter facultativo, atendida la necesidad de valorar las consecuencias perjudiciales sobre sujetos ajenos al delito que pudiera comportar la aplicación de una de tales medidas".

[1239] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C..: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial..., op. cit., p.* 574: *"*Al comentar el art. 294, la doctrina ha llamado la atención acerca del hecho de que la imposición indiscriminada de las mencionadas consecuencias accesorias puede resultar muy perjudicial para los socios que nada tienen que ver con los comportamientos antijurídicos de los administradores; serían en tal caso unas medidas desproporcionadas y político-criminal contraproducentes*".*

[1240] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios..., op. cit., p.* 343.

En el mismo sentido MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Código Penal II…*, *op. cit.*, p. 705: "La imposición de tales medidas es sólo potestativa (…) exige la oportuna motivación, así como la previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales".

[1241] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit., p.* 307.

societarios contra el orden socioeconómico en sentido estricto, y por tanto transciende del carácter patrimonial de los socios. En tal sentido las medidas no dejan de ser un correctivo a la sociedad en cuyo seno se ha producido el delito, para evitar mayores perjuicios al citado orden socioeconómico y sin que debamos olvidar también la existencia de razones de prevención general y especial que justifican su inclusión.

Con la modificación del CP con la LO 5/2010, de 30 de marzo, por la que se introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se generan serias dudas sobre si la remisión del 294 CP a las consecuencias accesorias del art. 129 CP ha quedado vacío de contenido, ya que se remite tal y como dice el art. 129.1 CP a los *delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis.* Por tanto, la duda se encuentra en si el art. 129.1 se refiere exclusivamente a entes que carecen de personalidad jurídica. Tal y como dice acertadamente FARALDO CABANA, se abren dos posibles interpretaciones en relación a las medidas accesorias a las que se remite el art. 294 CP *in fine*: a) Entender que la descoordinación legislativa ha vaciado de contenido el último párrafo del ar 294 CP, al ser imposible aplicar consecuencia accesorias a las personas jurídicas, en cuanto que los delitos societarios sólo se pueden cometer en su seno y por tanto a personas jurídicas (en este sentido Circular 1/2011, de 1 de junio, de la Fiscalía General del Estado, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por la LO 5/2010); o b) Entender que la voluntad del legislador ha sido seguir aplicando las consecuencias accesorias no sólo a entes sin personalidad jurídica sino también a personas jurídicas cuando haya una remisión expresa, como es el caso del art. 294 CP[1242]. Entiendo que esta última posición, es la que mejor responde a la voluntad del legislador al redactar el art. 294 último párrafo y remitirse al art. 129 CP, que en su apartado 2 establece: *Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.* Será necesario, tras

[1242] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios..., op. cit.,* pp. 341-342. De la misma autora FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit,* p.1214. Y FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1924

la reforma del CP de 2010 que para que puedan imponerse las consecuencias accesorias, exista una pena a la persona física, sujeto activo del delito societario, que en este caso serán los administradores de hecho o de derecho, ya que aquellas no se pueden aplicar al margen de la pena, es decir sólo cuando exista una sentencia condenatoria para una persona física.

Es importante resaltar que de acuerdo con el art. 129.3 CP, *la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7.* Sin duda con estas medidas el legislador está pensando en la adopción de medidas que prevenga la continuidad de la actividad delictiva y los efectos de esta, evitando que los terceros que no han intervenido en el delito, como pueden ser los trabajadores de la empresa, los socios y los propios acreedores sufran los efectos de la desaparición de la empresa. Entiendo que el legislador con la remisión a las medidas del art. 129 CP está pensando en el principio del mantenimiento de la empresa, evitando la continuidad de las conductas delictivas obstructoras o impeditivas de los órganos supervisores o inspectores. Además, la decisión del juez debe motivarse, tal y como establece el art. 129.1 CP y en la motivación de las medidas accesorias se precisará la vinculación entre la medida impuesta y el fin perseguido con su imposición, y en concreto la evitación de la continuidad delictivas y de sus efectos, estableciéndose como límite, que en ningún caso deberán decretarse las medidas cuando sean desproporcionadas[1243].

Adicionalmente, para la imposición de las medidas accesorias deberá escucharse a los titulares de la sociedad o los representantes legales, exigencia que venía prevista en el art. 129.1 CP antes de la reforma introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio, y que debemos entender que se debe observar por el juez antes de su adopción. Entendiendo como titulares de la sociedad, los socios y los administradores, salvo en este último caso, que sean los autores del delito; ya que en ese caso no habrá que darles audiencia, limitándolo a terceros como es el caso de los trabajadores, acreedores o sus representantes[1244]. Con la

[1243] FARALDO CABANA, P.: *Idem*, p. 344: "El criterio de proporcionalidad cobra toda su importancia cuando se observa el notable margen que el art. 294 CP deja a la decisión judicial, al permitir al juez o tribunal adoptar medias que puedan dificultar en grado sumo la continuidad del objeto social, como la clausura de establecimientos, e incluso llegar hasta la disolución, lo que equivale a la muerte de la persona jurídica".
[1244] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: "Las consecuencias …" en *Estudios…, op. cit., p.* 58.

finalidad de que puedan lograr los fines preventivos, la ejecución de las medidas accesorias no dependen de la pena ni de las vicisitudes de la ejecución de la pena, de forma que las consecuencias se hacen efectivas desde la firmeza de la sentencia, aunque no se haya iniciado la ejecución de la pena impuesta. Careciendo de sentido esperar a que se inicie la ejecución de la pena para proceder a la disolución de la sociedad o la suspensión de sus actividades[1245].

Pero no hemos de olvidar, que las consecuencias accesorias previstas en el art. 129 CP puede ser de extremada gravedad, que pueden llegar tanto a la suspensión de las actividades de la sociedad como a su propia disolución (*v. gr.* una entidad de crédito que le suspenden su actividad). Y pueden resultar distorsionadoras y desproporcionadas para aquellos sujetos ajenos a la conducta típica, habida cuenta que el único que pueden ser autores del delito son los administradores de hecho y de derecho, y las medidas que se adopten podrán perjudicar a todos los socios o integrantes de la sociedad o a los terceros, tal y como hemos dicho[1246]. En mi opinión, entiendo que el hecho de que la aplicación de las medidas, tal y como prevé el art. 294 CP, queda sujeto a que se decreten por el juez de forma potestativa, deberán ser éstos los que, de acuerdo con su mejor criterio, velen por el mantenimiento o conservación de la empresa. Para ello deberán tener en cuenta que no se perjudique a aquellos terceros que trabajan en la misma o sean socios y en los que no concurran la condición de autores del delito del art. 294 CP. Y es esta interpretación la que entiendo adquiere todo el sentido, en atención a que el art. 129.1 CP requiere que la decisión del juez o tribunal sea motivada y que de acuerdo con el art. 129.3 CP tanto la clausura temporal de los locales o establecimientos, como la suspensión de las actividades sociales y la intervención social debe acordarse por el juez instructor como medida cautelar durante la instrucción y siempre con los límites fijados en el art. 33.7 CP, de forma que tanto la suspensión de las actividades como la clausura de los locales y establecimientos no debe superar el plazo de cinco años. Lo que resulta evidente, es que los jueces y tribunales deberán a la hora de decretar estas medidas accesorias tener muy en cuenta la continuidad de la empresa, su conservación y la tutela de los derechos de socios u accionistas y trabajadores, que pueden verse afectados de forma definitiva por unas medidas excesivamente gravosas en perjuicio de sus intereses que, si no están

[1245] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios..., op. cit.,* p. 345.
[1246] VALLE MUÑIZ, J.M., QUINTERO OLIVARES G. y MORALES PRATS, F.: "De los delitos …" en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios …, op. cit.,* pp. 1008-1009.

debidamente calibradas, pueden generar resultados de difícil o imposible reparación, y en caso de duda de que se puede perjudicar a la empresa o a aquellos, no decretar las medidas.

III. Reglas para la determinación de la pena en los delitos societarios

III. 1. Examen de las circunstancias agravantes y atenuantes previstas en los arts. 21 y 22 CP comunes a los delitos societarios

III. 1. 1. Circunstancias atenuantes a la responsabilidad criminal comunes a los delitos societarios

De las circunstancias atenuantes genéricas previstas en el art. 21 CP, resultarán de difícil o improbable aplicación a los delitos societarios, por estar previstas por el legislador para los delitos contra las personas, las eximentes incompletas de anomalías o alteración psíquica; intoxicación plena por consumo de bebidas alcohólicas o drogas o influencia del síndrome de abstinencia; alteración en la percepción de la realidad y la legítima defensa. En relación con el resto de las atenuantes previstas en el art. 21 CP, resultarán aplicables a los delitos societarios las eximentes incompletas de estado de necesidad[1247]; miedo insuperable y el cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho; la de adición a las sustancias, previstas en el número 2º del art. 20 CP y la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante[1248].

Debemos hacer especial mención, por ser las más comunes que podrán aplicar como atenuantes de los delitos societarios, las siguientes: la atenuante de confesión de la infracción a las autoridades por el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él[1249]. Evidentemente en el delito de falsedad de cuentas anuales

[1247] RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Estudios de Derecho Penal Económico.* Pamplona, Civitas Thomson Reuters, 2009.

[1248] MESTRE DELGADO, E. "Delitos …", *op. cit.,* pp. 553: Este autor entiende que en los delitos societarios pueden concurrir todas las eximentes establecidas en el art. 20 del CP, sin ninguna circunstancia especial.

[1249] ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General…op. cit.,* pp. 544-545: Como dicen estos autores la atenuantes de confesión despliega sus efectos una vez consumado el delito, residiendo su fundamento en razones pragmáticas o político-criminales unidad a su colaboración con la Administración de Justicia, siendo necesario la confesión de una persona que reconoce su participación en una actividad delictiva, conceptuándose como una circunstancia eminentemente objetiva y realizándose la confesión ante la autoridad entendida en sentido amplio y no limitado al contenido en el art. 24 CP y se aprecia cuando el culpable confiesa con anterioridad a la actuación policial y judicial siendo inoperante tras la detención.

y de documentos que deban reflejar la situación jurídica y económica de la Entidad previsto en el art. 290 CP que tiene un carácter muy técnico y complejo, en cuanto al alcance de la falsedad de los documentos contables, actuará la atenuante de confesión de la falsedad realizada por los administradores de hecho y de derecho. Y de igual manera cabe la confesión en el delito del art. 292 CP en cuanto que por parte de los sujetos activos podrá confesarse la utilización de algunos de los medios fraudulentos previstos en el tipo para la obtención de la mayoría ficticia. Mayores dificultades se produce en su estimación en los delitos de los arts. 291, 292, 293 y 294 CP ya que en todos ellos existe una publicidad en cuanto a la adopción de los acuerdos (abusivos o lesivos), negación de derechos de los socios, o negación de las actuaciones inspectoras y supervisoras, por lo que al existir esa publicidad *ad extra* de la sociedad, difícilmente actuará la confesión de unos hechos que serán públicos, por los que los acuerdos adoptados en el seno de la junta general o de los consejos de administración, o en la actuación como administradores de hecho o de derecho.

Igualmente resulta plenamente aplicable a los delitos societarios, la atenuante consistente en la reparación por el culpable del daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral[1250]. La reparación del daño se admite en todos los casos en los que hay una reparación patrimonial, y va a ser ésta, la circunstancia atenuante de mayor aplicación en el ámbito de los delitos societarios, habida cuenta la naturaleza eminentemente patrimonial de estos delitos. En tal sentido, es evidente que esta atenuante de la reparación del daño se aplicará en el delito de falsedad de cuentas anuales y de documentos que deban reflejar la situación jurídica y económica de la Entidad previsto en el art. 290 CP, especialmente en su tipo agravado del segundo párrafo, cuando efectivamente se produzca un perjuicio económico para la sociedad. Igualmente se

En el mismos sentido QUINTERO OLIVARES, G.: *Parte General …, op. cit.,* p. 356: Este autor entiende que la razón de esta atenuante se encuentra en su utilidad político-criminal de forma que estimula la resolución de los problemas penales ofreciendo benevolencia al autor que decide entregarse voluntariamente.

[1250] ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General…op. cit.,* pp. 545-546: Estos autores entienden que esta atenuante opera tras la consumación del delito, teniendo un fundamento político-criminal, no tanto en la búsqueda del interés privado del perjudicado de obtener la reparación civil, sino el interés de general de toda la comunidad de tutela de las víctimas, facilitando la reparación y la conciliación, entendiéndose como reparación el restablecimiento de la situación alterada con el delito.

En el mismo sentido QUINTERO OLIVARES, G.: *Parte General …, op. cit.,* p. 356: Esta reparación del daño es trascendente igualmente para acceder a los beneficios de la suspensión de la ejecución o de la sustitución de la pena.

aplicará la atenuante cuando se repare el daño ocasionado a los socios minoritarios en la adopción de los acuerdos abusivos del art. 291 CP, en cuanto que el perjuicio económico a los socios es un requisito esencial del tipo. Y de igual forma ocurre con el delito de adopción por mayoría ficticia de los acuerdos lesivos a la sociedad o a los socios adoptados por medios fraudulentos tipificado en el art. 292 CP, en cuanto que este tipo requiere igualmente un perjuicio económico para la sociedad y los socios. Y lo mismo se puede predicar respecto de aplicar la atenuante de reparación del daño en el delito del art. 293 CP cuando efectivamente se produzca un daño a los socios. Pero en este caso y acudiendo a los derechos de los socios objeto de negación o impedimento, entiendo que no aplica en los casos en los que no se produce un daño o perjuicio económico. Así en el delito del art. 293 CP estamos más ante un delito de peligro, como son los supuestos de negar o impedir a un socio el ejercicio de los derechos de información y de participación en la gestión o control de la actividad social, salvo que se demostrara que la negación o impedimento de estos derechos ha ocasionado un perjuicio económico efectivo, si bien en mi opinión veo remoto que así ocurra. Pero donde efectivamente puede actuar la atenuante de reparación del daño es en la conducta de negar el ejercicio de los derechos de suscripción preferente prevista también en el art. 293 CP, ya que, en este caso, sí que efectivamente se ocasiona un daño a los socios que no han podido ejercer los mismo adquiriendo las acciones o participaciones o en su caso venderlos obteniendo un montante dinerario por ellos. Por tanto, en este último caso la reparación consistirá en la compensación del perjuicio económico realmente ocasionado al negarles el ejercicio de los derechos de suscripción, de carácter claramente económico. Lo que sí exige la jurisprudencia es que la reparación del daño tenga entidad económica suficiente, es decir sea suficientemente significativa y relevante, para que pueda aplicarse como circunstancia atenuante[1251].

[1251] STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 133/2024 de 14 febrero, JUR\2024\69666, FD Octavo: "Señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 117/2019 de 10 de enero de 2019, Rec. 1168/2018 que: No obstante, también tenemos declarado que la aplicación de la circunstancia atenuante de reparación del daño solo es aplicable cuando la referida reparación es suficientemente significativa y relevante, pues no procede conceder efecto atenuatorio a acciones fácticas, que únicamente pretenden buscar la minoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente y significativa a la efectiva reparación del daño ocasionado (STS, 544/2016 de 21 de junio, entre otras). … El elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal, pues este precepto se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, y cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, o incluso de la reparación del daño moral puede integrar las previsiones de la atenuante, sin embargo, se insiste en la jurisprudencia de esa Sala que la reparación debe ser suficientemente significativa

Tratándose de los delitos societarios con un contenido especialmente socioeconómico, como es el caso del art. 294 CP consistente en negar o impedir la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras, y en delito de falsedad de cuentas anuales y documentos que deben reflejar la situación jurídica o económica de la entidad del párrafo primero del art. 290 CP, en estos casos difícilmente actuará la reparación del daño, al tratarse de delitos no tanto de resultado como de peligro por la repercusión que tiene la conducta en el orden socioeconómico y en consecuencia en los mismos habrá una parte del daño que no se puede reparar. La reparación del daño en todo caso debe ser una contribución relevante desde el punto de vista patrimonial o económica, debiéndose para ello tener en cuenta también las circunstancias del autor, tal y como ha puesto de manifiesto la STS (Sala de los Pena, Sección 1ª) núm. 187/2017, de 26 de enero 2017[1252].

En cuanto a la atenuante consistente en las dilaciones extraordinarias e indebidas en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa; fue introducida con la LO 5/2010 de reforma del CP y que da rango de ley a una práctica jurisprudencial, que responde a los retrasos en la justicia y que supone una violación del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas previsto en el art. 24.2 CE. Así el precepto requiere que la dilación sea extraordinaria (entendida como una dilación verdaderamente clamorosa o fuera de lo corriente) e indebida (supone una violación de los deberes de diligencia que recaen sobre los funciones de justicia y los particulares presente en la causa), de forma que no sea atribuible al inculpado como sucede en los casos de rebeldía, renuncia a abogado o procurador, solicitud de extradición, diligencias para localizar al acusado y finalmente que sea desproporcionada con la complejidad de la causa[1253]. Esta atenuante genérica ha sido objeto de crítica por la doctrina, en cuanto que los retrasos en el proceso no pueden ser objeto de atenuante, al tratarse de un hecho completamente ajeno a la comisión del delito y la actuación de sus responsables y con ella lo único que se hace es

y relevante (SSTS 78/2009, de 11 de febrero y 544/2016, de 21 de junio, entre otras y con mención de otras muchas).

[1252] STS (Sala de los Pena, Sección 1ª) núm. 187/2017, de 26 de enero 2017, FD 1º: "En cualquier caso, aunque la propia ley prevé la disminución del daño y, por lo tanto, su reparación parcial, ha de tratarse de una contribución relevante (STS nº 601/2008, de 10 de octubre y nº 668/2008, de 22 de octubre, entre otras), para lo que ha de tenerse en cuenta el daño causado y las circunstancias del autor, especialmente en los delitos patrimoniales".

[1253] ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General…op. cit.,* pp. 546-547.

encubrir los problemas de la justicia en España y los enormes retrasos que hay en la tramitación de los procesos[1254]. No obstante, resulta clarificadora la posición que mantiene RODRÍGUEZ MOLINA y que compartimos totalmente:

> "…Si entendemos, como hace GONZÁLEZ CUSSAC, que puede haber atenuantes que estén completamente desligadas de lo injusto y de la culpabilidad al no constituir un elemento del delito, sino que lo presuponen y rodean, no existiría inconveniente alguno en sostener la corrección de su configuración como atenuante, al convertirse en meros factores de medición de la pena completamente desvinculados del delito y vinculados a la pena en atención a consideraciones de política criminal o de simple utilidad social, desde la perspectiva, en nuestra opinión, del respeto al principio de proporcionalidad que, de *lege data* resulta la interpretación más adecuada en nuestra opinión.
>
> Aunque también puede señalarse *lege ferenda* la posibilidad de recurrir a otras potenciales soluciones, como por ejemplo el establecimiento de una serie de reglas a la hora de individualizar la pena, que abarquen la compensación que necesariamente debe realizarse por el sufrimiento añadido que comportan dilaciones indebidas y que tengan una incidencia directa en sede de punibilidad sin guardar relación alguna con ninguna de las restantes categorías del delito"[1255].

La atenuante de las dilaciones indebidas sin lugar a dudas será de aplicación en el delito de falsedad de cuentas anuales y de documentos que deban reflejar la situación jurídica y económica de la Entidad previsto en el art. 290 CP, tanto en su tipo básico como en el agravado[1256], si bien en aquellos casos en los que en atención a la complejidad de las falsedades contables y el número de socios afectados (*v. gr*. en una entidad financiera: Caso Bankia, caso tarjetas black, caso sueldos de directivos la CAM) se produzca esa dilación extraordinaria e indebida para una llevanza del procedimiento con todas las garantías a los investigados y resto de las partes, en ese caso no aplicará la atenuante. También aplica la atenuante de la dilación indebida, en los delitos de los arts. 291, 292 y 293 CP ya que en estos delitos, a diferencia del delito del art. 290 CP, la causa no deberá

[1254] QUINTERO OLIVARES, G.: *Parte General …, op. cit.,* pp. 356-357.
[1255] RODRÍGUEZ MOLINA, A.: *La atenuante de dilaciones indebidas y su aplicación jurisprudencial*. Tesis Doctoral. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, noviembre 2022, pp. 459-460
[1256] En cuanto a la aplicación de la atenuante de las dilaciones indebidas la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Caso Pescanova. Sentencia núm. 89/2023 de 10 febrero RJ\2023\1648 en el Fallo 2. condena a uno de los acusados por un delito continuado de falsedad en las cuentas anuales, en relación de concurso medial con un delito, también continuado de falseamiento de información económico-financiera, concurriendo respecto de ambos ilícitos la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas entre el delito de falsedad de cuentas anuales del art. 290 CP y la falsedad ideológica del 390. En el mismo sentido STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 768/2024 de 31 julio, JUR\2024\298605. FD Primero.

tener la complejidad derivada de un entramados contables complejos, al ser los acuerdos abusivos (art. 291 CP), lesivos adoptados por mayoría ficticia por medios fraudulentos (art. 292 CP) o impeditivos del ejercicio de los derechos de los socios (art. 293 CP) fácilmente acreditables en atención a los acuerdos que se adopten o bien en la junta general, consejo de administración o los administradores de hecho y de derecho, por lo que la dilación indebida claramente supondrá una violación del art. 24.2 CE y en consecuencia determinará la aplicación de la atenuante. Y los mismos argumentos serán de aplicación al delito del art. 294 CP cuando en el procedimiento en el que se enjuicie el delito de negar o impedir la actuación de los órganos inspectores o supervisores se produzca una dilación indebida, ya que en el mismo no debe existir especial complejidad al hecho objetivo de impedir o negar dicha actuación.

Finalmente, y en cuanto a la atenuante de cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores[1257], en mi opinión la analogía en el ámbito de los delitos societarios aplica a las siguientes atenuantes de las que hemos visto anteriormente: en el caso de la confesión cabrá la confesión posterior al inicio del procedimiento penal siempre que facilite el esclarecimiento de los hechos o delación de otros coparticipes. En el supuesto de reparación del daño cabra cuando el mismo se realice incluso una vez iniciado del juicio oral y finalmente en cuanto a las dilaciones indebidas cuando ésta se produzca pese a la complejidad de la causa, pero de forma excesivamente dilatada en el tiempo. Y difícilmente aplicará la analogía como circunstancia atenuante a las siguientes en el ámbito de los delitos societarios cuando se trate de las eximentes incompletas de estado de necesidad[1258], miedo insuperable y el cumplimiento de un deber o ejercicio de un

[1257] ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General…op. cit.,* p. 547: Como explican estos autores, esta atenuante consagra un modelo abierto del catálogo de atenuantes que conlleva el reconocer situaciones que supongan un idéntico sentido informador de todas las atenuantes, e incluso de deducirse de la totalidad del ordenamiento jurídico, no requiriéndose una similitud absoluta entre la atenuante analógica y la que sirve de referencia, bastando un semejanza no morfológica sino axiológica, y sin que ello suponga que estamos ante atenuantes incompletas, pudiendo ser la analogía específica o genérica.
En el mismo sentido QUINTERO OLIVARES, G.: *Parte General …, op. cit.,* pp. 358-359: Para QUINTERO OLIVARES la dificultad interpretativa de esta circunstancia se encuentra en la libertad que deja al intérprete para que valore la situación que no tiene cabida en ninguna del resto de las circunstancias genéricas expresamente reguladas, pero existiendo una similitud con ellas. Lo que parece evidente, es que la atenuante analógica no puede alcanzar nunca al supuesto de que falten los requisitos básicos para ser estimada una concreta atenuante, ya que, si no se estaría creando atenuantes incompletas o permitiendo la infracción de la norma, pero tampoco la analogía tiene porque ser absoluta entre la atenuante analógica y la que sirve de tipo ya que si no haría inaplicable esta atenuante analógica.
[1258] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: "Las falsedades …" en *Estudios …, op. cit.,* pp. 89 y ss.: Para este autor no aplica el estado de necesidad por no darse las circunstancias para ello, en el supuesto de falsedad de cuentas anuales consolidadas con el objeto de evitar que sea conocido que el grupo o alguna de sus

derecho, la de adición a las sustancias mencionadas en el número 2º del art. 20 CP; la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.

III. 1. 2. Circunstancias agravantes a la responsabilidad criminal comunes a los delitos societarios

En cuanto a las circunstancias genéricas que agravan la responsabilidad criminal previstas en el art. 22 CP, en mi opinión considero que es de imposible aplicación a los delitos societarios, por ser incompatibles con las conductas tipificadas por los mismos, la circunstancia agravante de alevosía, al estar está pensada exclusivamente para los delitos contra las personas y no para los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico[1259]. Y en cuanto a la circunstancia agravante de abuso de superioridad y aprovechamiento de otras circunstancias, consistentes en a) *El disfraz*, entendido como cualquier vestimenta o complemento que impida la identificación del sujeto (antifaces, medias, capuchas etc.)[1260]; b) *Abuso de superioridad*, que es calificada por la jurisprudencia como alevosía de segundo grado por no encontrarse totalmente anulada la capacidad de defensa de la víctima[1261] y c) *Aprovechamiento de las circunstancias de lugar o tiempo o auxilio de otras personas*, lugar y momento que es sólo relevante en aquellas ocasiones en que estas condiciones afecten a la ejecución del delito mientras que el auxilio de otras personas no es posible la agravación de delitos cometidos por varias

filiales atraviesa graves dificultades económicas y se falsean lesionando los intereses sociales, pero en beneficio del grupo. Como dice este autor de forma acertada: "la ocultación temporal de una negativa situación patrimonial puede facilitar que, una vez sea por fin conocida, el daño sea mucho mayor".

[1259] ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L Ibídem, p. 549: Tal y como afirman estos autores, la circunstancia de alevosía, se trata de una agravante genérica que persiste junto con la agravante especial que transforma el homicidio en asesinato (art. 139.1º CP), y que supone la indefensión o anulación de la capacidad defensiva de la víctima, y que como dice la definición legal de la propia circunstancia agravante, la alevosía se comete en los delitos contra las personas (vida, integridad), incluso se ha venido restringiendo históricamente a los cuatro primero Títulos del Libro II del CP.

En el mismo sentido QUINTERO OLIVARES, G.: *Parte General …, op. cit.,* pp. 377-379: "Paulatinamente se concreta la interpretación en torno a tres elementos, y así se aprecia en la actual jurisprudencia: a) normativo, que exige que el delito de apreciación sea un delito contra las personas. b) objetivo, relativo al modo de actuar, que se presenta como el elemento esencial de la agravante y, c) subjetivo: que el sujeto actúe con dolo que abarque, al mismo tiempo la utilización de los citados medios, modos o formas, y su funcionalidad para asegurar la ejecución e impedir la defensa del ofendido. Partiendo de esos elementos se distinguen tres clases de alevosía: proditoria, sorpresiva y de aprovechamiento del desvalimiento"

Y MESTRE DELGADO, E. "Delitos …", *op. cit., p.* 555: "En estos delitos se aplican todas las circunstancias atenuantes y agravantes previstas en el Código, excepto las agravantes de alevosía (art. 22. 1º), que es propia y exclusiva -por decisión del Legislador- de los delitos "contra las personas, de abuso de superioridad (art. 22. 2º) y de abuso de confianza (art. 22. 6º) si una u otra derivan del ejercicio de los cargos sociales que determinan la posibilidad de comisión del delito, pues lo impedide el principio non bis in idem".

[1260] QUINTERO OLIVARES, G: *Idem,* p. 380

[1261] QUINTERO OLIVARES, G.: *Idem,* p. 381.

personas siendo la agravante dirigida al autor principal y no a los auxiliadores[1262]. Todas estas agravantes están pensadas para los delitos contra la persona en cuanto que se refieren a las circunstancias *cuasi-alevosas*, que se fundamentan en una disminución de la capacidad defensiva de la víctima[1263]. Desde ese punto de vista, la circunstancia agravante de abuso de superioridad y aprovechamiento de otras circunstancias no es aplicable a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico y por tanto no aplica esta circunstancia agravante a los delitos societarios. En cuanto a la circunstancia de ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito[1264]. La agravante de ensañamiento resulta exclusivamente aplicable a los delitos contra las personas y sin que se aplique a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico y por extensión de estos, a los delitos societarios.

Por otra parte, aunque resultarán de difícil aplicación, sin embargo, sí que podrán aplicar en los delitos societarios las circunstancias agravantes de comisión por motivos discriminatorios, de prevalencia del carácter público que tenga el sujeto activo y de precio, siempre que en este último caso no exista ánimo de lucro en la comisión del delito societario, al existir en ese caso un enriquecimiento en el sujeto activo, tal y como luego examinaremos. La circunstancia agravante de comisión por motivos discriminatorios se trata de una circunstancia agravante, ampliada en la reforma del CP introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio, reformada posteriormente por la reforma de 2015, habiendo vuelto a ser modificada por la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia (añadiéndose la edad, el género referido a la identidad u orientación sexual y la aporofobia o exclusión social). En esta circunstancia se agrupan diversas actitudes de discriminación[1265], que se encuentran en contradicción con el

[1262] QUINTERO OLIVARES, G.: *Idem,* p. 382.

[1263] ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General…op. cit.,* p. 550.

[1264] ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: Ibídem, p. 553: La circunstancia de ensañamiento, se trata de una circunstancia agravante genérica, análoga a la agravante específica del delito de asesinato (art. 139 CP) consistente en palabras de estos autores en el deseo de causar sufrimientos adicionales a la víctima con una cierta frialdad en la ejecución, un deleite metódico y perverso en el dolor ajeno.

Y QUINTERO OLIVARES, G.: *Parte General …, op. cit.,* p. 386: En la circunstancia agravante de ensañamiento, el bien jurídico ofendido por el delito (vida integridad) se añada la ofensa aumentada a la dignidad y al sentido humanitario.

[1265] QUINTERO OLIVARES, G.: *Parte General …, op. cit.,* p. 385: Para este autor, la descripción legal de los hechos determinantes de la agravación es muy amplia pudiéndose agrupar en motivos racistas (raza, etnia, antisemitismo, antigitanos), ideológicos (religión, creencias, ideologías políticas), opciones sexuales (orientación o identidad sexual), razones de género, aporofobia o exclusión social, y físicos (enfermedad, minusvalía).

sistema de valores democráticos y constitucionalmente protegidos (art. 10, 13.1 y 14 CE)[1266]. En mi opinión, esta agravante de discriminación, lo normal es que sea aplicable a los delitos contra las personas y no contra el patrimonio y el orden socioeconómico, sin embargo cabría la comisión, especialmente de los delitos de los arts. 291 (acuerdos abusivos), 292 (acuerdos lesivos adoptados por mayoría ficticia) y 293 (negación o impedimento del ejercicio de los derechos de los socios) de acuerdo con motivos discriminatorios y muy en especial a motivos de orden racista entre los socios, o incluso por la orientación o identidad sexual o de género.

En cuanto a la circunstancia de prevalencia del carácter público que tenga el sujeto activo, su fundamento no se encuentra en el abuso de la función pública sino en el abuso de la condición de funcionario público de acuerdo con el art. 24 CP que se aprovecha de las ventajas que esa condición le otorgan en la comisión del delito[1267]. Como dice QUINTERO OLIVARES esta agravante queda circunscrita a los delitos que, siendo comunes, pueden aparecer cometidos por un funcionario público que se aprovecha de su teórica superioridad[1268]. En mi opinión, entiendo que esta circunstancia agravante normalmente no se producirá la comisión de los delitos societarios que se cometan en el seno de las sociedades de capital, ya que estamos en un ámbito de personas jurídicas de naturaleza jurídico-privadas de acuerdo con el concepto de sociedad que para los delitos societarios establece el art. 297 CP. Pero cabría su producción cuando el funcionario es socio, y prevalece de su cargo de funcionario para la comisión de alguno de los delitos societarios. Pero donde claramente aplica esta circunstancia agravante, es en el supuesto de sociedades o fundaciones públicas, ya sean porque en cuyo capital social participan de forma mayoritaria las Administraciones Públicas (Estado, CCAA o Administración local), ya sean porque tengan naturaleza mixta en la participación en el capital social, junto con accionistas privados. En estas sociedades públicas y en las mixtas, podrán actuar como administradores de hecho o de derecho funcionarios designados por la Administración titular del capital social (*v. gr*. sociedad pública en la que el secretario del Consejo de Administración es el Abogado de Estado que actúa como administrador de derecho de la sociedad pública). Y en estos casos cabrá apreciar la circunstancia agravante de carácter público del culpable, ya que concurrirán las dos condiciones de ser funcionario

[1266] ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General…op. cit.,* p. 552.
[1267] ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General…op. cit.,* p. 554.
[1268] QUINTERO OLIVARES, G.: *Parte General …, op. cit.,* p. 388.

público y por otra parte se aprovecha de las ventajas que le puede dar esa condición en la comisión del delito societario. Si bien lo normal en estos casos es que nos encontremos ante un concurso ideal de delitos, entre el delito societario y el delito de abuso en el ejercicio de la función pública por parte del funcionario previsto en los arts. 439 y ss. CP.

En cuanto a la ejecución por precio recompensa o promesa, esta agravante genérica que también está descrita como agravante especial para el delito de asesinato (art. 139 CP), entrará en juego cuando en la actividad delictiva existe un beneficio económico (precio, recompensa o promesa) siendo el principal motor de la comisión delictiva[1269]. La agravante del precio afecta tanto a quién ejecuta el hecho delictivo movido por la cantidad recibida o prometida como al que hace entrega de la cantidad o promete la entrega de esta. Y desde este punto de vista, igual que pueda ser aplicable la circunstancia agravante de precio a los delitos contra las personas, también lo puede ser en los delitos contra el patrimonio[1270]. Normalmente en el caso de los delitos societarios, el autor del delito, los administradores de hecho o de derecho, obrarán en virtud del precio que le paga el mandante por lo que estaremos normalmente ante un delito contra el patrimonio más que ante un delito societario.

En mi opinión, cabe la comisión de los delitos societarios por precio ya que el beneficio que puede obtener el administrador de hecho o de derecho en la realización de la conducta típica del delito societario se puede encontrar exclusivamente en el precio pagado por los accionistas o terceros interesado en la comisión del delito societario. En todos los delitos societarios cuando el sujeto activo realice la conducta tipificada en los mismos mediando precio, aplicará esta agravante. Así en el delito de falsedad contable del art. 290 CP se producirá cuando los administradores de hecho o de derecho falsean las cuentas anuales o documentos que deban reflejar la verdadera situación jurídica o económica de la entidad, a petición de los socios en perjuicio de la sociedad, los socios o terceros, obteniendo a cambio un precio por ello. Resulta evidente que la agravante del precio se aplica al tipo básico del art. 290.1 CP, sin embargo, en cuanto que el perjuicio económico es un elemento del tipo agravado del art. 290.2 CP, lo que a su vez conllevará un beneficio al sujeto activo, este hecho excluirá la aplicación de la agravante en relación con el tipo

[1269] QUINTERO OLIVARES, G.: *Parte General …, op. cit.,* p. 383: En palabras de este autor el precio tiene que entenderse como "aquella ventaja que espera obtener el ejecutor por su acción, entendiendo la ventaja como un beneficio económico*"*.

[1270] En sentido contrario: QUINTERO OLIVARES, G.: *Idem,* p. 384: Para este autor la circunstancia de precio no es posible apreciarla en los delitos patrimoniales, económicos o de otra clase (como el cohecho) ya que el beneficio es inherente a la conducta.

agravado del art. 290 CP. En cuanto a los delitos de la adopción de cuerdos abusivos (art. 291 CP) o lesivos por mayoría ilícita obtenida por medios fraudulentos (art. 292 CP), habrá que distinguir: en relación con el art. 291 CP en cuanto que un elemento del tipo es el ánimo de lucro propio o ajeno, este hecho determinante para la comisión del delito supone que se excluya la aplicación de la agravante del precio, ya que de por sí aparece el enriquecimiento del sujeto activo en la comisión del delito. Respecto del art. 292 CP, adopción de acuerdos lesivos por medios fraudulentos, se generan mayores dudas ya que la conducta tiene dos modalidades, "*imponer*" o "*aprovechar*", independientemente que en ambos casos debe existir un perjuicio económico. Si la conducta consiste en "imponer" sin la obtención de beneficio alguno al sujeto activo, en ese caso sí que jugará la agravante del precio. No obstante, para la segunda modalidad de "aprovecharse" en cuanto que el sujeto activo del delito obtiene un beneficio, este hecho excluye la circunstancia de agravante de precio. Más claro parece la aplicación de la agravante de precio en el delito de negación o impedimento del ejercicio de derechos de los socios del art. 293 CP, cuando la actuación realizada por los administradores de hecho o de derecho negando o impidiendo a los socios los derechos previstos en el tipo, sea a cambio de percibir un precio o recompensa. En este caso sí que no hay duda de que aplicará la agravante de precio. Y finalmente, resulta más difícil que se produzca en el delito del art. 294 CP de negación o impedimento de las actuaciones de los órganos o personas inspectoras o supervisoras, pero es cierto que podría darse el caso de administradores de hecho o de derecho que realizan la conducta tipificada del art. 294 CP por indicaciones de sociedades competidoras con el fin de perjudicar a la sociedad objeto de supervisión y para que se adopten alguna de las medidas previstas en el art. 129 CP, en cuyo caso sí aplicaría la agravante de precio.

Las circunstancias agravantes que en todo caso aplicarán a todos los delitos societarios son las de abuso de confianza y reincidencia. En cuanto a la agravante de abuso de confianza, su fundamento se encuentra en la mayor facilidad de comisión, debido a la relación y no sospecha que le infunde el sujeto, siendo lo fundamental la existencia de una relación de confianza entre sujeto activo y pasivo como puede ser entre otros, la dependencia laboral o profesional y que por tanto se extiende a relaciones de esperanza o lealtad entre las personas, existiendo un aprovechamiento consciente por el sujeto activo

del delito de esa relación para obtener una ventaja en la realización del delito[1271]. Esta circunstancia de abuso de confianza resulta de aplicación tanto a los delitos contra las personas como a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, produciéndose especialmente en los supuestos en los que existe una relación laboral o de servicios, por tanto, en delitos de naturaleza económica o falsaria. Así en el ámbito de los delitos societarios, resulta claramente de aplicación la circunstancia de abuso de confianza en el delito de falsedad de cuentas anuales y de documentos que reflejan la situación económica y jurídica de la sociedad del art. 290 CP, ya que esa situación de confianza que hacia los administradores de hecho o de derecho que tienen los socios y dueños de la empresa, puede ser determinante para que el sujeto activo se aproveche en la comisión del delito de falsedad contable. Igualmente podrá aplicarse la circunstancia agravante de abuso de confianza en los delitos de adopción de los acuerdos tanto abusivos como lesivos adoptados por mayoría ficticias por medios fraudulentos de los arts. 291 y 292 CP. En el primero de los casos, los acuerdos abusivos (291 CP), se producirá cuando para generar la mayoría necesaria de los socios para la adopción del acuerdo existe la confianza del resto de los socios que votan a favor del acuerdo abusivo, en atención a las circunstancias personales del sujeto activo de delito, ya sean otros socios ya sean los administradores de hecho o de derecho. Y en cuanto al delito del art. 292 CP, la agravante de abuso de confianza se producirá cuando los administradores de hecho o de derecho, para la adopción del acuerdo lesivo utilizando los medios fraudulentos descritos en el propio tipo para la obtención de la mayoría ficticia, se aprovechen de la situación de abuso de confianza por ser miembros del consejo de administración y tener acceso a la realización de los medios necesarios para que en una junta general se adopte el acuerdo lesivo por medios fraudulentos. En cuanto al delito del art 293 CP en la negación del ejercicio de los derechos de los socios, ocurrirá lo mismo que hemos comentado para los arts. 291 CP y 292 CP; es decir los administradores de hecho o de derecho que abusando de su posición de confianza generada en el resto de los socios, sin causa legal niegan o impiden a un socio el ejercicio de los derechos previstos en el art. 293 CP. Finalmente, respecto del delito del art. 294 CP de negación o impedimento de las actuaciones de los

[1271] ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General…op. cit.,* p. 554.
QUINTERO OLIVARES, G.: *Parte General …, op. cit.,* p. 387: Para este autor, la circunstancia agravante de abuso de confianza se produce cuando el autor se aprovecha de una situación en la que encuentra porque otra persona ha fiado en su probidad y lealtad, de forma que se produce cuando la víctima no espera de la primera la realización de un acto delictivo que debe considerarse igualmente un acto de traición o deslealtad.

órganos o personas inspectoras o supervisoras, igualmente esa situación de lealtad que se exige a los administradores de hecho o de derecho, puede ser determinante para que éstos con abuso de confianza realicen la conducta típica del art. 294 CP, con desconocimiento de los propios socios y dueños de la sociedad supervisada.

En relación con la circunstancia de reincidencia que se produce cuando al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. Esta circunstancia agravante, muy discutida por la doctrina penalista, ya que no faltan opiniones que consideraban su inconstitucionalidad por ser contraria al principio de culpabilidad proporcional, *ne bis in ídem*, o a la presunción de inocencia, y que encuentra su fundamento en la necesidad de una mayor represión penal por razones de prevención especial[1272]. Tal y como afirman acertadamente ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC, en la circunstancia de reincidencia, se requiere que exista una homogeneidad delictiva, siendo el nuevo delito de la misma naturaleza que el que se está cumpliendo la condena por sentencia firma y que además se ataque al mismo bien jurídico y se constate una identidad de los tipos[1273]. Si bien, el hecho que estén los delitos regulados en el mismo Título para apreciar la agravante no resulta tan sencillo ya que tienen que ser de la misma o parecida naturaleza[1274]. Además, para apreciarse la agravante de reincidencia es necesario que los antecedentes penales no estén cancelados o debieran estarlo, aplicando la norma de la reincidencia igualmente a las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la UE, salvo que el antecedente penal se haya cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho español.

En el ámbito de los delitos societarios, en cuanto que como hemos visto anteriormente tiene la consideración de delitos menos graves, cabe la aplicación de la agravante genérica de reincidencia en todos ellos (arts. 290 a 294 CP), siempre que el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por cualquiera de los delitos de los comprendidos en el Título XIII del Libro II del CP y no exclusivamente de los del Capítulo XIII "De los delitos societarios" del Título XIII. Pero no todos los delitos del Título XIII entendemos que

[1272] El TC dejó clara su constitucionalidad en la STC 150/91 que declaró conforme a la constitución a la agravante de reincidencia si bien complementada por la STC 80/92 que entiende que, para la estimación de esta agravante en un proceso, se requiere conste en la causa los requisitos para obtener la rehabilitación y cancelación ya que en caso contrario se estará violando del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.
[1273] ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General…op. cit.,* pp. 554-555.
[1274] QUINTERO OLIVARES, G.: *Parte General …, op. cit.,* pp. 388-389.

aplicarán para estimar la circunstancia agravante de reincidencia, sino sólo aquellos que tiene naturaleza homogénea a la de los delitos societarios y se ataque el mismo bien jurídico protegido. En tal sentido, parece que es evidente que cumpliendo con los requisitos antes dichos, aplicará la agravante de reincidencia en la comisión de alguno de los delitos societarios tipificados en los arts. 290 a 293 CP, si el culpable ha sido condenado previamente por, además de por supuesto por alguno de los delitos societarios, también lo será por alguno de los siguientes delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en el Título XIII por tener naturaleza análoga a los delitos societarios habida cuenta la naturaleza jurídica eminentemente patrimonial de los delitos societarios: delitos de estafa, administración desleal, apropiación indebida (Capítulo VI)[1275]; insolvencias punibles (Capítulo VII bis). Y respecto del delito societario del art. 294 CP se generan dudas si cabría aplicar la reincidencia cuando el condenado haya cometido uno de los delitos del del Capítulo XI: delitos relativos al mercado y a los consumidores y el delito de corrupción en los negocios, no obstante, en mi opinión, no parece aplicable la reincidencia en estos casos ya que el delito del art. 294 CP es un delito de desobediencia, y en consecuencia ni son delitos homogéneos ni tienen naturaleza análoga para que pueda aplicarse la reincidencia.

III. 1. 3. La aplicación de la circunstancia mixta de parentesco en los delitos societarios

La circunstancia mixta de parentesco prevista en el art. 23 CP[1276], que en unos casos actuará como atenuante y en otros como agravante y que como señalan ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC:

> "La referencia a naturaleza ha de entenderse referida a la clase de infracción perpetrada, considerando especialmente el bien jurídico atacado. El término motivos equivale a los móviles que impulsaron al sujeto. Y en cuanto a la expresión efectos apunta no al resultado, sino a las consecuencias de toda especie generadas por la infracción"[1277].

[1275] DEL ROSAL BLASCO, B.: *"*El delito de falsedad en la del art. 290 del Código Penal de 1995", *Cuadernos de Derecho Judicial, Año 1998, núm. 5, dedicado a Empresa y derecho penal (I),* Este autor admite la aplicación de la agravante de reincidencia cuando se condene por un delito societario a quién previamente ha sido condenado por un delito de estafa o apropiación indebida y viceversa. En el mismo sentido LÓPEZ LORENZO V. y FACORRO ALONSO, A.: "Aspectos penales …", *op. cit.,* p. 21.

[1276] Artículo 23.: *Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente.*

[1277] ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General…op. cit.,* p. 557.

En consecuencia, la circunstancia mixta de parentesco resulta plenamente aplicable a todos los delitos societarios, con excepción del art. 294 CP en el que no tiene sentido su aplicación en cuanto que el bien jurídico protegido es el orden socioeconómico y el sujeto pasivo los órganos inspectores o supervisores de la administración pública. Pero en relación con el resto de los delitos societarios, arts. 290 a 293 CP, no será extraño que se puedan producir en el ámbito de las sociedades familiares en el que su capital social pertenece a miembros de una misma familia.

Desde ese punto de vista, la circunstancia mixta de parentesco desarrollará su efectividad pudiendo sólo atenuar, que no agravar, la responsabilidad en atención a la naturaleza, motivos y los efectos del delito. Será necesario para ello ser o haber sido el agraviado, socio de la sociedad como sujeto pasivo del delito, cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente del sujeto activo, normalmente los administradores de hecho o de derecho (en los delitos de los arts. 290 a 293) u otros socios y los propios administradores de hecho o de derecho (en los delitos de los arts. 291 y 292 CP). Es decir, se requiere que entre el sujeto pasivo y el activo del delito societario se mantengan el requisito objetivo de la relación parental o análoga, y el subjetivo relativo a la persistencia de la afectividad[1278].

III. 1. 4. Agravación de la pena tratándose de delitos con pluralidad de personas: delitos con sujeto pasivo masivo

Como agravamiento de la pena, el art. 74.2 CP prevé que, si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el juez o tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas. Estamos ante los denominados delitos masa[1279], que resultan de aplicación en el ámbito de los delitos

[1278] ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Ibídem.*

[1279] ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Idem*, p. 524: En relación a los delitos masa que la doctrina los considera como una modalidad agravada y específica del delito continuado la jurisprudencia viene requiriendo de tres requisitos para poder apreciar los mismos (SSTS 7 junio 2006; 9 febrero 2006 y 17 de mayo de 2011): Que sean delitos contra el patrimonio que en determinados casos también pueden ser delitos contra el orden socioeconómico; que afecte a una generalidad de personas, siendo el sujeto pasivo sea una colectividad de personas que no se encuentren vinculadas entre sí por una relación jurídica y que el hecho revista notoria gravedad de forma que para calcular el daño deberán sumarse

contra el patrimonio (Capítulos I al X del Título XIII de Libro II CP), e igualmente cabe que los mismos puedan apreciarse en los delitos socioeconómicos (Capítulos XI al XIV Título XIII de Libro II CP) y en consecuencia a los delitos societarios, si partimos de la naturaleza eminentemente patrimonial de los mismos (con excepción del art. 294 CP). En estos casos, para aumentar la pena en uno o dos grados, habrá que analizar si el perjuicio afecta a una generalidad de personas, cosa que no será raro que pueda producirse en el supuesto del tipo agravado art. 290 CP, el que la falsedad contable o documental, podrá perjudicar a una generalidad de personas, ya sean socios, terceros o la propia sociedad[1280]. Respecto de la conducta del tipo básico del art. 290 CP, en cuanto que no se produce el perjuicio económico real, entiendo que no aplica la regla para los delitos masa previsto en el art. 74.2 CP.

De igual forma cabrá el delito masa en las conductas consistentes en la adopción de acuerdos abusivos (art. 291 CP) o lesivos adoptados mediante mayoría ficticia por los medios fraudulentes que enumera el tipo (art. 292 CP), en cuanto que dichos acuerdos podrán perjudicar a una generalidad de personas. Así en ambos tipos (291 y 292 CP) se prevé que se causen perjuicios económicos a los demás socios, en el primero siempre que la sociedad no haya obtenido un beneficio, y en el segundo en perjuicio de la sociedad o de alguno de los socios. En este último supuesto, aunque el tipo hace mención literal a *alguno de los socios* entiendo que es extensible la conducta cuando hay una generalidad de sujetos pasivos propio del delito masa. No es de extrañar que en las grandes sociedades que coticen en bolsa podrían adoptarse estos acuerdos abusivos o lesivos en el órgano de administración o en una junta general afectando los mismos a una generalidad de accionistas, que no dejarían de tener el carácter de minoritarios de acuerdo con tipo del art. 291 CP y de alguno de los socios, entendido en estos casos como pluralidad de socios del art. 292 CP.

Mayores dificultades es que se produzca el delito masa en la conducta del art. 293 CP de negación de derecho de los socios. Y no porque en el tipo se mencione expresamente la palabra el negar los derechos a *un socio*, ya que entiendo que podría afectar a más de uno dicha conducta, en términos análogos a lo mencionado para el art. 292 CP. No

todos los perjuicios causados en cada una de las víctimas. El perjuicio total es el que determinará la pena básica sobre la que parte el Tribunal para aumentarla en uno o dos grados.

[1280] FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, p.1168. Y FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1906: "Es aplicable al delito societario de información falsa el apartado 2 del artículo 74, esto es el delito masa: STS 1256/2004, de 10 de diciembre".

obstante, en atención al tipo de derechos que se niegan: derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones reconocidos por las Leyes, va a resultar difícil, que no imposible, que pueda aplicarse la norma del delito masa. Para ello será necesario que exista una notoria gravedad del daño ocasionado, para que pueda aplicarse el tipo del art. 293 CP. Si bien no parece que se produzca esa gravedad con la negación de los derechos a los que se refiere el art. 293 CP. Por otra parte, y tal y como afirma FARALDO CABANA, al tratarse de una infracción "de efecto permanente", determina la imposibilidad de apreciar la continuidad delictiva[1281]. Finalmente, y en relación al delito del art. 294 CP entiendo que la propia conducta consistente en negar o impedir la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisora por los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, sometida o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa, al ser el sujeto pasivo los órganos inspectores o supervisores de la Administración público, va a resultar muy difícil por no decir imposible, que pueda aplicar la regla que para los *delitos masa* establece el art. 74.2 CP.

III. 1. 5. La inaplicación de la excusa absolutoria del art. 268 CP a los delitos societarios

Una de las cuestiones más debatidas en la doctrina y jurisprudencia en las consecuencias jurídicas de los delitos societarios es si a los mismos aplica la excusa absolutoria prevista en el art. 268 CP[1282]. La excusa absolutoria tiene su fundamento como dice QUINTERO OLIVARES en la conveniencia de no llevar al proceso penal, conflictos que ocurren en el ámbito familiar ya que el proceso lo único que ocasionará es complicar la posible solución al conflicto y añadir otro como es la comparecencia de la familia ante los juzgados. En todo caso queda a salvo la acción civil y deja en pie el carácter delictivo

[1281] FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1920.

[1282] CAPÍTULO X. Disposiciones comunes a los capítulos anteriores
Artículo 268. 1. *Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad. 2. Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito.*

del hecho[1283]. O en palabras de CARMONA SALGADO la excusa absolutoria se fundamenta en razones político-criminales, conectadas la vinculación de determinados lazos de parentesco y el particular modo de vida comunitaria que conllevan las relaciones familiares. No obstante, no son pocas las críticas doctrinales a la excusa absolutoria, que han llevado a considerar de *lege ferenda* la conversión de esta excusa absolutoria en una causa de procedibilidad que condicione la apertura del procedimiento penal a causa de ciertos delitos patrimoniales ocasionados entre los parientes próximos, de forma que se condicione a la presentación de denuncia de la persona agraviada. Estaríamos entonces ante una condición de perseguibilidad, y que conllevaría igualmente la derogación del art. 103 LECRIM, que en relación a la acción penal entre parientes, establece que no abarca a los delitos contra el patrimonio, de forma que no podrán ejercitar acciones penales entre sí los cónyuges, a no ser por delito o falta cometidos por el uno contra la persona del otro o la de sus hijos, y por el delito de bigamia y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, por la adopción o por afinidad, a no ser por delito o falta cometidos por los unos contra las personas de los otros[1284]. En cuanto a la limitación del art. 103 LECRIM del pariente de ser acusador particular, no impide que pueda denunciar, pudiendo seguir la acusación el Ministerio Fiscal, continuándose la instrucción si se aprecian indicios criminales de la comisión de un delito societario[1285].

La jurisprudencia ha interpretado este precepto y en tal sentido la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 436/2018 de 28 de septiembre RJ\2018\540[1286], entiende que para que la excusa absolutoria sea de aplicación, es necesario que se sigan estrictamente los parámetros de actuación que fija el propio art. 268 CP, siendo los siguientes tal cual fija en su FJ Octavo:

> "1.- Que sólo afecta a los parientes que se citan, a saber: los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos. 2.- Que se trate de delitos patrimoniales. 3.- Que no queda excluida la responsabilidad civil, la cual puede ser reconocida

[1283] QUINTERO OLIVARES, G.: "Disposiciones comunes a los capítulos anteriores (arts. 268 y 269)" en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios al Código Penal. Tomo II. Parte Especial*, 5ª ed. Pamplona, Aranzadi, 2008, p. 840.
[1284] CARMONA SALGADO, C.: "Excusa absolutoria" en BOIX REIG, J. (dir.) y LLORIA GARCÍA P. (coord.): Diccionario de Derecho Penal Económico, 2ª ed. Madrid, Iustel, 2017, pp. 513 y ss.
[1285] FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., pp. 1929-1930: En tal sentido la Sentencia de la AAP de Madrid 658/2012, de 20 de septiembre.
[1286] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 436/2018 de 28 de septiembre RJ\2018\540: FJ Octavo.

en la sentencia penal que haya reconocido la excusa absolutoria, o bien si se acepta en la fase de instrucción dejar abierta la vía civil para ello. 4.- Que para que opere esta excusa absolutoria es preciso que no concurra violencia o intimidación, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad. 5.- Esta exención de responsabilidad penal no es aplicable a los extraños que participaren en el delito, de tal manera que en este caso se seguiría contra ellos el proceso penal."

Pero las dudas en cuanto a la aplicación de la excusa absolutoria del art. 268 CP a los delitos societarios se genera porque aquella, se encuentra regulada en el Capítulo X del Título XIII del Libro II CP bajo la denominación de "*Disposiciones comunes a los capítulos anteriores*", mientras los delitos societarios que se encuentran regulados en el Capítulo XIII del Título XIII "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico" del Libro II CP. Así resulta evidente que la excusa absolutoria del art. 268 CP se aplica a los delitos contra el patrimonio comprendido en los nueve Capítulos inmediatamente anteriores al Capítulo X que es en el que se regula la excusa absolutoria entre familiares. Y tal y como afirma QUINTERO OLIVARES, la rúbrica del Capítulo X excluye a los delitos restantes del Título XIII, entre los que se encuentra el Capítulo XIII correspondiente a los delitos societarios (Capítulo XIII)[1287]. En consecuencia, el Capítulo XIII del Título XIII queda fuera de aplicación de la excusa absolutoria del art. 268 CP por disposición *ex lege*.

No obstante, no debemos olvidar que cabe perfectamente la comisión de delitos societarios en PYMES que tienen un carácter eminentemente familiar. Así en las sociedades familiares suele ser muy común que su capital social pertenezca a parientes allegados, y que alguno de ellos podría cometer alguno de los delitos societarios previstos en los arts. 290 a 293 CP (excluyo el 294 CP de negar o impedir la actuación de los órganos inspectores y supervisores, ya que no es posible la aplicación de la excusa en atención a la propia conducta de este delito) en perjuicio del resto de familiares

[1287] QUINTERO OLIVARES, G.: "Disposiciones…" en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios …, op. cit.*, p. 839: "…que dada la configuración de estos delitos no es frecuente que se produzcan en una relación pequeña como es la familiar, pero ello no es inimaginable".
En el mismo sentido CARMONA SALGADO, C.: "Excusa absolutoria" en BOIX REIG, J. (dir.) y LLORIA GARCÍA P. (coord.): *Diccionario*…, p. 513. Este autor entiende que en cuanto que el art. 268 CP está comprendido en el Capítulo X (Disposiciones comunes a los Capítulos anteriores) del Título XIII del CP (Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico) y alude de forma expresa a los delitos patrimoniales, debe entenderse que la excusa absolutoria es de aplicación exclusiva a los nueve Capítulos anteriores, excluyendo cuando exista violencia o intimidación en la comisión de estos delitos o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad, al igual que también quedan excluidos los delitos socioeconómicos ubicados en el Título XIII, pese que en ocasiones puedan llegar a alcanzar transcendencia de naturaleza socioeconómica.

accionistas de la sociedad. Estas situaciones podrían llevar mediante la técnica del levantamiento del velo societario, esta vez mediante una interpretación *in bonam partem*, a la posibilidad de aplicar en estos casos la excusa absolutoria cuando se produzca un delito societario y los socios tengan el parentesco previsto en el art. 268 CP[1288]. En mi opinión, y en cuanto que los delitos societarios tienen un contenido eminentemente patrimonial, en atención al bien jurídico protegido por los mismos, y que por tanto guardan concomitancias en cuanto a la naturaleza y bien jurídico protegido con los delitos que aparecen regulados en los Capítulos I a IX del Título XIII del Libro II CP, de *lege ferenda* debería ampliarse legislativamente la excusa absolutoria del art. 268 CP, a los delitos societarios y no limitarse exclusivamente a los delitos patrimoniales regulados en los Capítulos I a IX de dicho Título. Para ello bastaría incluir una previsión en tal sentido en el actual art. 296 CP. No obstante, y mientras tanto, en el ámbito de los delitos societarios, tal y como hemos visto anteriormente, la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 CP, pudiendo apreciarse como una atenuante muy cualificada[1289].

III. 2. Concursos de delitos y de leyes en los delitos societarios

Desde un punto de vista práctico e íntimamente unido al concepto de bien jurídico protegido de los delitos societarios que hemos visto en el Capítulo I y la naturaleza jurídica eminentemente patrimonial de éstos, resulta aclaratorio el estudio de los concursos de delitos y de leyes en los delitos societarios, como elemento común a los mismos. Así, los delitos societarios podrán concurrir con otros delitos tipificados en el

[1288] En este sentido, y cuando el sujeto pasivo del delito sea la sociedad, la STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 42/2006 de 27 enero, RJ 2006\ 4603 que en su FD Décimo dice: "7. Todavía sería necesario analizar una cuestión que podría erigirse en impeditiva de la estimación de la excusa absolutoria. Se produciría de entenderse como perjudicada u ofendida por el delito la sociedad, como persona jurídica, y no los socios todos ellos hermanos de la querellante, entendida la sociedad como ente autónomo y distinto a sus componentes. En este extremo se hace necesario recordar la doctrina aplicada profusamente por esta Sala del "levantamiento del velo" con vistas a impedir fraudes legales. Si tal teoría se ha utilizado en contra del reo para impedir que bajo la cobertura societaria se cometan impunemente delitos patrimoniales, con más razón, siguiendo una interpretación "in bonam partem" debemos levantar el velo y concluir que los intereses de la sociedad son los mismos y además coincidentes con los de los socios, todos ellos hermanos de la querellante y por tanto incluidos en el alcance beneficioso u órbita de aplicación de la excusa absolutoria prevista en el art. 268 C.P."

[1289] Tal y como tiene dicho la doctrina, en los casos no comprendidos en la excusa absolutoria, podrán atenuarse de acuerdo con el criterio que se observa sobre la incidencia del parentesco en los ataques de contenido económico-patrimonial. Por todos QUINTERO OLIVARES, G.: "Disposiciones…" en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios …, op. cit.*, p. 839.
Y en el mismo sentido BORJA JIMÉNEZ, E.: "Delitos… en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coord.): *Derecho…op. cit.,* p. 367: "No parece descabellado ampliar estos efectos para casos cuyo fundamento fuera idéntico …. en una interpretación *in bonam partem* que extendería los efectos de despenalización de la norma".

CP o con los propios delitos societarios, por lo que debemos analizar desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial aquellos que son los más frecuentes que se produzcan.

III. 2. 1. Concursos normas y delitos del art. 290 CP

El art. 290 CP puede concurrir con el delito genérico de falsedad en documento mercantil (art. 392 CP). El tipo contenido en el art. 290 CP es autónomo respecto del delito común de falsedad documental, tanto desde un punto de vista formal como material. Se encuentran regulados en Títulos distintos y además el bien jurídico de ambos también es al menos parcialmente diferente, teniendo el primero el carácter de delito pluriofensivo de peligro abstracto para el patrimonio y de lesión para la funcionalidad del documento en el primer apartado y de lesión concreta para el patrimonio y para la funcionalidad del documento en el segundo, mientras que el delito de falsedad en documento mercantil del art. 392 CP, protege la funcionalidad del documento y sólo de forma mediata o secundaria el patrimonio. Además, el primero se limita en cuanto a su objeto material a las cuentas anuales o documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad siendo el sujeto activo necesariamente los administradores de hecho y de derecho de la sociedad[1290]. Pero resulta cierto que los delitos del art. 290 y 392 CP comparten elementos típicos compatibles, por lo que siempre que se trate de una falsedad de cuentas anuales o de documentos que deben reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, estamos ante un concurso de normas que debe resolverse a favor del art. 290 CP, de conformidad con el principio de especialidad (art. 8.1 CP), tanto en atención al sujeto activo como al objeto material[1291]. Posición que es la mantenida de forma reiterada por la jurisprudencia[1292]. De esta forma la diferencia entre ambos delitos se encuentra fundamentalmente en el sujeto activo del delito, que en el caso del 290 CP son los

[1290] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios...*, *op. cit.*, pp. 164-165

[1291] GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit.,* p. 224.

[1292] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 313/2019 de 17 junio RJ\2019\3105: FD Séptimo: "2. Los elementos del delito tipificado en el artículo 290 del Código Penal, según criterio reiterado de esta Sala (STS 865/2005, de 24 de junio (RJ 2005, 6896), por todas), son los siguientes: c) la relación de este tipo penal con las falsedades documentales, conductas falsarias incluidas en los arts. 390 y siguientes del Código Penal son complejas. A título interpretativo, la Consulta 15/1997 de la Fiscalía General del Estado, llega a las siguientes conclusiones: 1º) en el delito falsario societario del art. 290 del Código Penal, la conducta típica expresada en el verbo falsearen comprende cualquiera de las modalidades falsarias del art. 390 (incluida la falsedad ideológica del número 4, que para los documentos privados se encuentra destipificada actualmente); 2º) si se dieren todos los requisitos de tipicidad de los arts. 290 y 392 del Código Penal, el concurso de leyes debe ser resuelto a favor del 290 en virtud del principio de especialidad; 3º) la falta de requisito de procedibilidad o de alguno de los elementos típicos específicos del delito societario del art. 290, determinará la aplicación de la falsedad en documento mercantil del art. 392, siempre que la conducta falsaria tenga encaje en alguna de las modalidades de los tres primeros apartados del art. 390 del Código Penal de 1995 (no la ideológica")". En el mismo sentido FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1904.

administradores de hecho y de derecho, quiénes tienen unos deberes de diligencia lealtad hacia la sociedad y los socios, mientras que en el caso de la falsedad de documentos mercantiles del art. 392 CP son los particulares[1293]. Tratándose de la falsedad en las actas de juntas generales y consejo de administración parece que lo más oportuno es tratar el concurso de normas mediante la aplicación del delito del art. 290 CP[1294]. En consecuencia, tal y como afirma MARTÍNEZ-BUJÁN, la especificidad lo es en relación con el sujeto activo y al objeto material y además sería también *lex consumens*, al agregarse el elemento de la idoneidad del perjuicio económico a la conducta falsaria[1295]. El problema se produce cuando el agraviado u ofendido no interponga la denuncia de acuerdo con la condición de perseguibilidad prevista en el art. 296 CP. Para ello, todo dependerá del alcance que se quiera dar a la expresión *afecte a los intereses generales*" del apartado 2º del art. 296 CP. Si entendemos que la falsedad tiene incidencia en la propia funcionalidad del documento en sí misma considerada, en ese caso cualquier persona estará legitimada para ejercer la acción y perseguir el delito. En caso contrario, necesariamente deberá acudirse a la falsedad ideológica del art. 392 CP en relación con el art. 390 CP y quedaría fuera de persecución la falsedad en la narración de los hechos del apartado 4º de este último artículo por la expresa exclusión que del mismo realiza el art. 392 CP[1296].

[1293] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit., p.* 161: "Por ello, se hace imprescindible la presencia de la figura delictiva contenida en el art. 290 para sancionar penalmente las falsedades llevadas a cabo sobre los documentos sociales por parte del administrador".

[1294] CARREÑO AGUADO, J.A.: "Falsedades cometidas sobre actas societarias: un estudio «de campo» sobre el estado de la jurisprudencia", *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 30, 2013: "Y ello no sólo porque de esta manera se evita entrar en la disyuntiva de la subsunción de los hechos en unos apartados u otros del art. 390.1 CP, sino principalmente porque, si se asume que el acta societaria forma parte del objeto material del delito societario, la regla de la especialidad debería llevar necesariamente a la resolución del concurso normativo a través de la aplicación del art. 290 CP".

[1295] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 6ª Edición. p. 516. En el mismo sentido RÍOS CORBACHO, J.M.: "Delitos …", en ACALE SÁNCHEZ, M. (Coordinación): *Lecciones..., op. cit.*, p. 143. También FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit., p.* 203: Para este autor la solución al conflicto de normas debe decantarse a favor del art. 290 CP en atención al principio de especialidad, siendo el art. 290 CP ley preferente y sólo cuando falta un elemento para su aplicación es cuando deberá recurrirse al art. 392 CP.
En el mismo sentido GALLEGO SOLER, J.I.: "Delitos …" en CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Derecho…, op. cit.,* pp. 346: Este autor entiende que el art. 290 CP es ley especial frente a los arts. 390 y ss. CP con base en el deber especial de diligencia que tienen los administradores de las sociedades en la llevanza de las cuentas anuales y en los documentos que deben reflejar la situación jurídico-económica de la entidad, de forma que la diferencia con el art. 392 CP se encuentra en el sujeto activo y en sus especiales deberes y no en cambio en el contenido de la conducta falsaria.

[1296] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial..., op. cit.*, p. 517. En el mismo sentido, FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, p.1167.

Para examinar el posible concurso entre el art. 290 CP y el art. 248 CP, debemos remitirnos a la cuestión general de los concursos entre las falsedades y la estafa, lo que nos llevará a unas conclusiones de que o bien estaremos ante un concurso ideal de delitos o ante un concurso de normas[1297]. Para ello es necesario distinguir entre el tipo básico y el cualificado del art. 290 CP en atención al perjuicio ocasionado. En el tipo básico (art. 290 párrafo primer CP), habida cuenta que no existe perjuicio patrimonial efectivo, y sólo *idoneidad* en la falsedad para ocasionar un perjuicio económico, en este caso, existirá concurso de delitos en el que el delito del art. 290 primer párrafo será consumando y el de estafa del art. 248 CP en su modalidad de tentativa, al requerir este último necesariamente un desplazamiento patrimonial. Tratándose del tipo agravado (art. 290 párrafo segundo CP) en el que falseándose los documentos sociales se causa un perjuicio patrimonial efectivo a los sujetos pasivos, en este caso sí existe un concurso de normas penales entre el delito del art. 290 párrafo segundo CP y el de estafa (art. 248 CP). La cuestión que se plantea es si el art. 290 párrafo segundo CP constituye ley especial frente a la estafa y en consecuencia se aplicará con carácter preferente, desde el momento en que en ambos casos existe un perjuicio económico. Esta posición, conllevaría que la conducta estuviera menos penada en el caso que apliquemos la pena del art. 290 CP frente a la de la estafa del art. 248 y ss. Existirá por tanto concurso de normas que debe resolverse por el principio de gravedad o alternatividad de acuerdo con el art. 8 regla 4ª CP[1298]. En este sentido SAP de Madrid (Sección 2ª) núm. 714/2022 de 23 noviembre JUR\2023\26650[1299]. Como indica MARTÍNEZ-BUJÁN, lo correcto es entender que ambos delitos gozan de un ámbito de aplicación propio, y más cuando para que se produzca el tipo agravado del art. 290 párrafo segundo CP no se requiere que se produzcan todos los elementos propios del delito de estafa, porque no haya inducción a error, o porque no se verifica un acto de disposición patrimonial o porque no concurre la

[1297] En cuanto al posible concurso de normas o de delitos entre los delitos de falsedades y de estafa *vid.* SALVADOR CODERCH, P. y SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *Simulación y deberes de veracidad; Derecho civil y derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*, Madrid, Cuadernos Civitas, Civitas, 1999.

[1298] GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit.,* p. 224. En el mismo sentido RÍOS CORBACHO, J.M.: "Delitos …", en ACALE SÁNCHEZ, M. (Coordinación): *Lecciones..., op. cit.*, p. 143.

[1299] SAP de Madrid (Sección 2ª) núm. 714/2022 de 23 noviembre JUR\2023\26650. Fallo: CONDENAR al acusado Baldomero como autor penalmente responsable de un delito agravado de estafa en concurso de normas con un delito de falsedad contable, a resolver en favor del primero, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal ...".

conexión de riesgo[1300]. Así en determinadas ocasiones la comisión de la conducta falsaria del 290 párrafo segundo CP reproducirá los elementos propios del delito de estafa, debiendo la falsedad genera un error en el sujeto pasivo que derive en una disposición patrimonial. El concurso de normas con base en el principio de alternatividad o gravedad (art. 8 regla 4ª CP) se resolverá tal y como hemos comentado a favor de la estafa, que tiene una mayor penalidad y constituye una forma más grave de ataque al bien jurídico patrimonial[1301].

En cuanto al concurso del art. 290 CP con el delito de estafa de inversores del art. 282 bis CP, tiene especial trascendencia en el ámbito de las entidades financieras que emiten valores (*v. gr.* bonos, letras, acciones o participaciones y productos financieros de todo tipo) como manera de obtener recursos propios y financiación. El TS se ha ocupado de examinar el posible concurso de normas que puede existir entre ambos delitos y así en la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Caso CAM. núm. 369/2019 de 22 julio considera que existe un concurso de normas que debe ser resuelto de acuerdo con los criterios fijados en el art. 8 CP a favor del delito de estafa de inversores de acuerdo con el principio de especialidad (art. 8.1 CP), al referirse a entidades emisoras de valores, o incluso aplicando el principio de alternatividad, se aplicará también el delito del art. 282 bis por tener previsto pena más grave[1302]. Especial mención debemos realizar a la SAN nº 13/2020,

[1300] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial..., op. cit., p.* 518. En el mismo sentido FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios..., op. cit., p.* 171: "De esta forma, en todos los casos en que se utilice una falsedad documental como medio para cometer una estafa, esto es, cuando la falsificación en los documentos que deben reflejar la situación jurídica o económica de la entidad constituya el engaño bastante que provoca un desplazamiento patrimonial del sujeto pasivo, con el consiguiente perjuicio económico para el titular del bien jurídico lesionado, que origina un beneficio patrimonial para el autor u otra persona, el delito societario contenido en el art. 290.2 CP se ve desplazado por el complejo concursal formado por el delito societario de aptitud contenido en el art 290.1 CP y el delito de estafa. En el caso de que no concurran los requisitos propios de la estafa, como señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, "recobrará su imperio la figura del art. 290-2º, que tiene vocación de subsidiariedad". En sentido contrario GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: *Curso …, op. cit., p.* 201: "El tipo agravado del último párrafo del artículo 290 del Código Penal crea más conflictos de los que pretende resolver, pues no es fácil buscarle un ámbito penal autónomo y diferente del de la estafa y además a falta de una diferencia real entre ambos tipos penales, tampoco es fácil eludir la aplicación preferente del de falsedad en documentos sociales, pese a su menor gravedad, debido a la especialidad de su acción".

[1301] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit., p.* 203. En sentido contrario DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* pp. 100-101 para quién entre el art. 290 segundo párrafo y el art. 248 CP existe un concurso de delitos. Así entiende que cuando hay un perjuicio económico y concurren los elementos típicos de la estafa, queda mejor abarcado por el tipo de la estafa por ser ley principal en lo que a la tutela del patrimonio se refiere; pero debe igualmente aplicarse el art. 290 CP que recoge el desvalor que el ordenamiento jurídico le otorga a esta falsedad ideológica. Por tanto, en estos casos estaremos ante un concurso medial de delitos entre el delito de estafa del art. 248 CP y la falsedad contable del art. 290 párrafo segundo.

[1302] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Caso CAM. núm. 369/2019 de 22 julio RJ\2019\3506: FD Decimocuarto: En el motivo séptimo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la indebida

Sala de lo Penal, núm. 13/2020, de 29 de septiembre, ARP 2020\1641. Caso Bankia, cuyo objeto fue la OPS de las acciones Bankia-BFA en su salida a Bolsa. En la sentencia se juzga un posible concurso de delitos de falsedad contable del art. 290 CP con el de estafa de inversores del art. 282 bis CP. La SAN absuelve a todas las personas físicas acusadas por falta de prueba, así como a las personas jurídicas por falta de concreción de los hechos punibles que imputaban a estas últimas. El fallo de la Sentencia estima la alegación del Ministerio Fiscal quién solicitó la exención regulada en el art 31 bis CP tanto respecto de los Bancos acusados como respecto de la firma de auditoría Deloitte, entendiendo que "se le establece el régimen de exención a las personas jurídicas al haber adoptado «modelos de organización, vigilancia y control para prevenir los delitos objeto del presente caso»". El fallo de la Sentencia absuelve a todos los acusados con base en que el comportamiento de las entidades bancarias confirmaba el compromiso de sus dirigentes con una cultura ética empresarial. Esta SAN fue confirmada por la STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 839/2022, de 24 de octubre, RJ 2022\4524. Caso Bankia[1303].

En cuanto al posible concurso del delito del art. 290 CP con el delito de administración desleal del art. 252 CP, con la reforma del CP llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, y la nueva regulación de la administración desleal de patrimonio ajeno del art. 252 CP, que deja de tener la consideración de delito societario, se plantea igualmente cuestiones concursales entre estos dos delitos. Habrá que distinguir si se ha producido o no perjuicio económico en la falsedad contable del art. 290 CP. En caso de que no se produzca perjuicio económico, es decir el tipo básico del art. 290 párrafo primero CP,

inaplicación del artículo 8 CP, en relación con los artículos 290 y 282 bis del mismo CP, pues entiende que entre los delitos de falsedad de las cuentas sociales y de la llamada estafa de inversores debe apreciarse un concurso de leyes, que debe resolverse por el principio de especialidad aplicando el artículo 282 bis. 2. ... En cualquier caso, cuando ambos preceptos fueran aplicables al concurrir todos los requisitos de ambos delitos, resultaría de aplicación el artículo 282 bis, más especial en cuanto que se refiere a entidades emisoras de valores, lo que no se exige en el artículo 290, con mayor concreción respecto del objeto material. O, en un segundo aspecto, prescindiendo de la especialidad y atendiendo al principio de alternatividad, castigando con mayor pena que el artículo 290 CP. En cualquier supuesto, resultaría de aplicación el artículo 282 bis. En consecuencia, el motivo se estima, de manera que se condenará al recurrente solamente como autor de un delito del artículo 282 bis CP.
En el mismo sentido, FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, p.1166. Y FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1904.

[1303]Vid., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "Responsabilidad penal sobre OPS de acciones en el mercado bancario: el caso BFA-BANKIA", en MARIMÓN DURÁ, R. (dir.).: *La oferta pública de suscripción de acciones desde la perspectiva judicial. Análisis de la OPS de Bankia de 2011*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016, pp. 21-44. Y sobre el mismo asunto, DEL ROSAL BLASCO, B. y LIGHTOWLER-STAHLBERG JUANES, P.: "La transferencia de la responsabilidad penal (y civil, derivada de delito) en los supuestos de sucesión de empresa. Reflexiones generales y análisis de un supuesto particular: la intervención del FROB en BFA y Bankia", *Diario LA LEY*, n.º 9126, de 25 de enero 2018.

estaremos ante un concurso de delitos entre el art. 290 párrafo primero CP y el art. 252 CP, siendo el primero el medio para la realización de la administración desleal[1304]. Así, en el ámbito de las entidades de crédito han surgido recientemente un gran número de procedimientos judiciales en los que se han juzgado conjuntamente en un único procedimiento el delito de falsedad de cuentas anuales del art. 290 CP con el delito de administración desleal del art. 252 CP, por un principio de economía procesal existiendo un concurso de delitos[1305]. No obstante, en caso de producirse el perjuicio económico del tipo agravado del art. 290 párrafo segundo, estaremos ante un concurso de normas penales, que determinará la aplicación del delito de administración desleal del art. 252 CP, salvo que no concurran los elementos propios de la administración desleal en cuyo caso aplicará el tipo del art. 290.2 CP en cuanto que tiene la misma vocación de subsidiariedad[1306].

Idénticas conclusiones que hemos expuesto para el delito de administración desleal, se aplican en caso de concurso del delito de falsedad contable del art. 290 CP con el delito de apropiación indebida del art. 253 CP. Así el TS entiende que cuando hay concurrencia entre el delito de falsedad contable del art. 290 CP y el delito de apropiación indebida del art. 235 CP, habrá que decantarse por la concurrencia de delitos y no de normas, cuando se trata de la modalidad no agravada del art. 290 párrafo primero. Así la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 209/2023 de 22 marzo RJ\2023\1900 dice:

> "… ya que una cosa es el acto apropiatorio que afecta al patrimonio y otra 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. Además, el delito previsto en el artículo 290 no exige una característica especial en la sociedad a la que pertenecen las cuentas o documentos falseados ni precisa de una específica finalidad".

[1304] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: "Administración …", en TERRADILLOS BASOCO J.M. (coord.) y ACALE SÁNCHEZ M. (coord.): *Temas …, op. cit.*, pp. 41 y ss.: Especialmente clarificadores son los comentarios que realiza MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ al concurso de delitos existentes entre el delito de administración desleal y falsedad contable del art. 290 CP a raíz del caso Gescartera. Conclusiones a las que llega que son absolutamente reproducibles para el concurso con el delito de apropiación indebida.
En el mismo sentido la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 279/2020 de 3 junio RJ\2020\1623 sobre el concurso medial del delito de falsedad en documentos sociales del artículo 290 inciso final, con un delito continuado de administración desleal del artículo 295 CP (ahora art. 252 CP) y de un delito de un delito de falsedad en documento mercantil del art. 392 en relación con el art. 390.1.2° y 3º CP.
[1305] MARTÍNEZ GALINDO, G.: "Delitos…", *op. cit.*, pp. 293 a 331: "Esto fue lo ocurrido en el caso de Caja Castilla-La Mancha, juzgándose conjuntamente los hechos característicos de los delitos de falsedad de cuentas y administración desleal. Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Nacional nº 18/2016, de 13 de mayo, que confirma la Sentencia del Juzgado Central de lo Penal nº 5/2016, de 22 de febrero".
[1306] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios..., op. cit.*, p. 173.

No obstante, sigue diciendo la citada Sentencia que tratándose de la modalidad agravada del párrafo segundo del art. 290 CP, en ese caso estaremos ante un concurso de normas:

> "… a diferencia de la modalidad básica que se configura como un delito de mera actividad o de peligro hipotético que se comete cuando se falsean las cuentas "de forma idónea" para causar "un perjuicio económico", el tipo agravado pasa a ser de resultado. Respecto al mismo ha entendido esta Sala que requiere que perjuicio esté relacionado causalmente con la falsedad de cuentas (STS 94/2018, de 23 de febrero (RJ 2018, 964); o 528/2020 de 21 de octubre (RJ 2020, 5260)). Ello implica una marcada decantación del bien jurídico protegido hacia el patrimonio como objeto de protección, coincidiendo en este aspecto con el delito de apropiación indebida…Sin embargo, reconducir a una completa concurrencia de delitos los supuestos en los que, como en este caso, coincida el perjuicio derivado de la alteración documental de las cuentas sociales con el derivado del acto de distracción que integra la base del delito de apropiación indebida, implica que el mismo detrimento patrimonial sea doblemente penado, por un lado, a través de la modalidad agravada del artículo 290 segundo inciso, y de otro a través del delito de apropiación indebida que toma en cuenta el mismo para determinar su cuantía. Una prohibida doble incriminación para eliminar prescindiendo del perjuicio patrimonial en la aplicación del artículo 290, que concurrirá en su modalidad básica con el de apropiación indebida del 253 y 250. 1 5ª CP"[1307].

[1307] STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 209/2023 de 22 marzo RJ\2023\1900: FD Segundo. En este mismo sentido se han pronunciado las SSTS 78/2014, de 28 de enero (RJ 2014, 795), 179/2018 de 12 de abril (RJ 2018, 1313) y 528/2020, de 21 de octubre (RJ 2020, 5260), entre otros precedentes de esta Sala, afirmando expresamente las dos últimas resoluciones que el delito societario de falseamiento de cuentas no puede considerarse un autoencubrimiento impune en relación con un precedente delito de apropiación indebida. La relación entre la apropiación indebida y la falsedad contable es de concurso de delitos..., En tales supuestos, alguna sentencia como la 413/2009, de 11 de marzo (RJ 2009, 4822) apuntó hacía un concurso de normas a solventar por las reglas del artículo 8 CP al señalar que "No dejaría de plantear problemas la aplicación en concurso medial del tipo agravado previsto en el apartado segundo del art. 290 con el tipificado en el art. 252; por la afectación común del bien patrimonial, si se entendiera que coinciden perjuicio (art. 290) y detrimento patrimonial (art. 252)" aun cuando lo desechó con base en la prohibida *reformatio in peius*.

Resulta clarificadora en relación a la existencia de un concurso de normas entre los arts. 290 párrafo segundo y el art. 253 CP cuando existe perjuicio económico la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Caso Palau de la Música. Sentencia núm. 693/2019 de 29 abril, RJ\2020\959 que en su FD Noveno: "Consecuentemente, en cuanto conducta medial típica en relación con las actividades de malversación y apropiación, se cumplimentan los requisitos establecidos en el tipo de la falsedad contable: un administrador de derecho que de manera intencionada determina que el contenido contable de las entidades que administra falte gravemente a la verdad, con omisión de integración contable de múltiples operaciones, con integración de facturación mendaz en elementos esenciales, fundamentalmente por no ser las entidades las deudoras de los importes que abonan, salidas de caja o reintegros bancarios con alteración del destinatario...; en definitiva una multitud ingente de asientos que originan en su consideración global una grave distorsión de la veracidad sobre la situación económica de esas entidades, con relevante perjuicio para las mismas con efectiva disminución de su patrimonio; no solo porque determina la opacidad de las cantidades malversadas o indebidamente dispuestas, sino que a su vez, esa ocultación lograda con la

A la vista de la jurisprudencia antes citada, entiendo que en caso de que se cometa el tipo básico, y la conducta es idónea para causar un perjuicio económico pero el mismo no se produce, en este caso estaremos ante un concurso de delitos del art. 290 párrafo primero CP y de administración desleal (art. 252 CP) o apropiación indebida (art. 253 CP), que será en su modalidad de tentativa, ya que no habrá existido perjuicio económico y por ende apropiación efectiva por el sujeto activo. Y cuando se trate del tipo agravado del art. 290.2, en este caso sí que existe perjuicio económico, en estos casos estaremos ante un concurso de normas, y que se resuelve a favor de la aplicación del delito de

actividad falsaria, le permite al recurrente continuar en su ingente apropiación de los fondos de las entidades que administra…"

Y en el mismo sentido STS (Sala de los Penal Sección 1ª) de 12 de abril de 2018 RJ\2018\1313 que entiende que existe un concurso ideal si se dan las circunstancias para ello y sino un concurso real entre el art. 290 CP y el delito de apropiación indebida: "En modo alguno, se puede entender que la teoría de la consunción, que uno de los delitos por el que fue condenado, falsificación artículo 290 , fue absorbido por el otro, apropiación indebida, cuando son totalmente distintos, como distinto es el bien jurídico protegido en una y otra infracción, siendo perfectamente autónomos e independientes sin que entre ellos exista la relación que haga posible un supuesto de progresión o se dé el caso de que uno de los preceptos en que el hecho es insubsumible comprenda en su injusto el todo, de modo que el supuesto fáctico previsto por una de las normas constituye parte integrante del previsto por otra. Por ello si se penara solo la apropiación y no la falsedad societaria, quedaría impune una parte injusta del hecho delictivo".

En el mismo sentido STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 133/2024 de 14 febrero, JUR\2024\69666, FD Segundo: "2.- …Y apreciando el caso de que si se condena por un delito de falsedad contable también se puede y debe condenar por apropiación indebida o administración desleal si se dan las circunstancias del caso señala que: "En palabras de la STS 1217/2004, DE 2-11 "… en modo alguno se puede entender por la teoría de la consunción, que uno de los delitos por el que fue condenado, falsificación art. 290, fue absorbido por el otro, apropiación indebida, cuando son totalmente distintos, como distinto es el bien jurídico protegido en una y otra infracción, siendo perfectamente autónomos e independientes sin que entre ellos exista la relación que haga posible un supuesto de progresión o se dé el caso de que uno de los preceptos en que el hecho es subsumible comprenda en su injusto el todo, de modo que el supuesto fáctico previsto por una de las normas constituye parte integrante del previsto por otra. Por ello si se pena solo la apropiación y no la falsedad societaria, quedaría impune una parte injusta del hecho delictivo". En este mismo sentido se han pronunciado las SSTS 413/2009, de 11-3; 78/2014, de 28-1; y 179/2018, de 12-4, entre otros precedentes de esta Sala."

Y en el mismo sentido, STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 189/2024 de 29 febrero, JUR\2024\81759 y STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 768/2024 de 31 julio, JUR\2024\298605. FD Quinto: "En los supuestos de confluencia entre un delito de falsedad contable del artículo 290 CP y otro de apropiación indebida, dijimos en la STS 209/2023, de 22 de marzo, que mayoritariamente *esta Sala se ha decantado por la concurrencia de delitos y no de normas.* En la idea de que una cosa es el acto apropiatorio que afecta al patrimonio y otra 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. Además, el delito previsto en el artículo 290 no exige una característica especial en la sociedad a la que pertenecen las cuentas o documentos falseados ni precisa de una específica finalidad… Ahora bien, tal postura admite alguna *matización,* en concreto en los *supuestos en que la concurrencia de la apropiación indebida lo es con la modalidad agravada del artículo 290 inciso 2 CP, prevista para cuando se llega a causar el perjuicio económico.* Y seguíamos diciendo en la citada STS 209/2023, en un caso que, en el aspecto que ahora nos concierne, guarda importantes similitudes con este "En estos casos, a diferencia de la modalidad básica que se configura como un delito de mera actividad o de peligro hipotético que se comete cuando se falsean las cuentas "de forma idónea" para causar "un perjuicio económico", el tipo agravado pasa a ser de resultado. Respecto al mismo ha entendido esta Sala se requiere que el perjuicio esté relacionado causalmente con la falsedad de cuentas (STS 94/2018, de 23 de febrero; o 528/2020 de 21 de octubre). Ello implica una marcada decantación del bien jurídico protegido hacia el patrimonio como objeto de protección, coincidiendo en este aspecto con el delito de apropiación indebida".

administración desleal del art. 252 CP o el delito de apropiación indebida del art. 253 CP, por estar mayormente penados de acuerdo con la regla del art. 8.4 CP.

En cuanto al concurso del art. 290 CP con el delito contable tributario del art. 310 CP, si la falsedad del art. 290 CP, está dirigida a defraudar a la Hacienda Pública,[1308] una vez más debemos distinguir entre el tipo básico y el tipo agravado del art. 290 CP. En el primer caso, cuando no se cause perjuicio a la Hacienda Pública, estaremos ante un concurso ideal de delitos entre el 290.1 CP y el 310 CP[1309]. Y en el caso en que efectivamente se cause dicho perjuicio económico a la Hacienda Pública, y estemos ante el tipo agravado del art. art. 290.2 CP, habrá un concurso de normas que se resuelve aplicando el delito del art. 290 CP con base en el principio de especialidad y por tener prevista una pena más gravosa[1310]. Y el mismo criterio y por las mismas razones se seguirá cuando se trate de defraudaciones a la SS tipificadas en el art. 307 CP y fraude de subvenciones en el art. 308 CP.

El delito de presentación de datos falsos en insolvencias punibles (art. 261 CP) puede aparecer en concurso con el art. 290 CP, siempre que la conducta falsaria haya sido ejecutada por los administradores de hecho o de derecho a los que se refiere el art. 290 CP o por el administrador concursal cuando éste haya asumido las funciones de administrador de la sociedad, en la fase de liquidación del concurso, al tener la consideración de administrador de hecho. Y siempre que la conducta tenga una aptitud idónea para causar un perjuicio económico típico a la sociedad, acreedores o terceros. Estaremos ante un concurso de normas entre los arts. 290 y 261 CP siempre que en un procedimiento concursal la conducta falsaria sea ejecutada por un administrador de hecho o de derecho y entrañe una aptitud idónea de causar un perjuicio económico a un acreedor, ya que éstos tienen la consideración de sujeto pasivo del delito del art. 290 CP. Y se aplicará el art. 261 CP cuando se haya puesto en peligro sólo el patrimonio de los acreedores, mientras que será de aplicación el art. 290.1 CP cuando el peligro se extienda a los patrimonios de otros sujetos pasivos (la sociedad o los socios), y en todo caso será de aplicación el tipo cualificado del art. 290.2 cuando se produzca efectivamente el

[1308] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.,* pp. 203-204.
[1309] FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, pp. 1167-1168.
[1310] GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit.,* p. 224: En el mismo sentido NÚÑEZ CASTAÑO quién considera que más que un concurso ideal de delitos estamos ante un concurso de leyes, en relación con el delito contable del art. 310 CP y su concurso con el art. 290 CP en el supuesto que el tercero sujeto pasivo sea la Hacienda Pública, que se resolverá a favor del delito contable en virtud del principio de especialidad.

perjuicio económico[1311]. En mi opinión, la solución que debemos dar cuando concurran el delito de insolvencia punible del art. 261 CP con el de falsedad contable del art. 290 CP es la misma que hemos dado para el concurso de éste con el delito de falsedades del art. 392 CP. Y ello es así porque ambos delitos comparten elementos típicos compatibles, por lo que estaremos ante un concurso de normas que en este caso debe resolverse a favor del art. 261 CP de acuerdo con el principio de especialidad (art. 8.1 CP)[1312].

III. 2. 2. Concursos normas y delitos del art. 291 CP

En cuanto al concurso del delito del art. 291 con el delito de administración desleal del art. 252 CP, doctrina mayoritaria encabezada por LASCURAÍN SÁNCHEZ, entiende que existirá concurso de normas penales entre el delito del art. 293 CP y el delito de administración desleal del art. 252 del CP, cuando junto con el perjuicio de los socios minoritarios se produzca también a la sociedad, y el acuerdo abusivo haya sido adoptado por quién prevaleciéndose de su posición mayoritaria en la junta general o en el órgano de administración, lo que supone una infracción de las facultades y funciones propias del cargo y un exceso de su ejercicio[1313]. El desvalor de acción y de resultado del art. 291 CP queda absorbido por el mucho más grave delito de administración desleal del art. 252 CP, siendo de aplicación únicamente éste, de acuerdo con el principio de consunción impropia, siempre que como afirma, el patrimonio lesionado por la imposición del acuerdo sea el patrimonio social[1314]. No obstante, para FARALDO CABANA si no coinciden los sujetos pasivos, o lo hacen parcialmente, habrá un concurso de delitos

[1311] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios..., op. cit.,* pp. 182-183. De la misma autora, FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, p.1166: "Es preferible entender que el concurso se resuelve de acuerdo con el principio de consunción (art. 8.3 CP) a favor de la falsedad en documento en documentos sociales". En el mismo sentido FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1904.

[1312] En este sentido STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 1458/2003, de 7 de noviembre, RJ 2003\7661. FD 3. Y en el mismo sentido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial..., op. cit.,* p. 521: "Cuestión discutible sería que la falsedad documental se hubiera ejecutado en principio con idoneidad para perjudicar a la sociedad o a los socios y posteriormente se hubiera hecho uso de dicha falsedad para presentar los datos falsos en el procedimiento de quiebra. En tal caso, por incidir claramente sobre sujetos diferentes podría pensarse en un concurso de delitos, aunque el tema no me parece de sencilla solución, porque no se le va a exigir al falsificador inicial que en un momento posterior (en el procedimiento de quiebra) presente unos datos correctos, poniendo él mismo al descubierto su falsedad inicial. Podría invocarse en tal caso también razones para apreciar una hipótesis de acto posterior copenado (de acuerdo, *Vid.* FARALDO, 2003, 163 ss., SOUTO 2005, p. 919)".

[1313] LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. en DE LA MATA BARRANCO, N.J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. y NIETO MARTÍN, A.: *Derecho …, op. cit.,* p. 472.

[1314] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial..., op. cit.,* p. 539. Y en el mismo sentido FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.,* p. 228.

medial entre ambos preceptos, ya que será la única manera de contemplar el real desvalor del resultado producido[1315].

III. 2. 3. Concursos normas y delitos del art. 292 CP

En cuanto que el propio art. 292 CP establece in fine la cláusula concursal *sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituyese otro delito*, por lo que ya está anunciando que cabe la existencia el concurso del delito del art. 292 CP con otros delitos utilizados al ejecutar las modalidades fraudulentas específicas de acción para lograr la mayoría ficticia del art. 292 CP, como puede ser determinados delitos contra la libertad o de falsedades documentales. Con esta cláusula el legislador ha querido no dejar sin sanción aquellos supuestos en los que al imponer el acuerdo lesivo se cometa igualmente otro delito, es decir se produzca una concurrencia de delitos, que, si bien inicialmente podría pensarse que se trata de un concurso de delitos ideal, sin embargo, habrá casos en atención al bien jurídico protegido, que nos encontremos con un concurso de normas penales[1316].

[1315] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios..., op. cit.*, p. 233. De esta misma autora, FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, p.1181. Y de la misma autora FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1911.
En el mismo sentido SAP de Islas Baleares (Sección 1ª) núm. 199/2019 de 2 diciembre JUR\2020\52147: FD Sexto, en la que en relación a un préstamo hipotecario sindicado, se considera que el acuerdo adoptado en el consejo de administración fue abusivo por cuanto la constitución de la segunda hipoteca sobre el único bien de la mercantil, no reportó ningún beneficio a dicha entidad, en tanto las deudas a cuya satisfacción se destinó el importe del crédito carecían de relación o vinculación con la entidad, y en consecuencia se erigió en el medio para consumar el delito de administración desleal, advirtiendo una relación de concurso medial entre ambos ilícitos

[1316] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial..., op. cit.*, p. 550: En el mismo sentido se manifiesta MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, para quién el último inciso del art. 292 CP hace referencia a un concurso de delitos, que existirá entre el art. 292 CP y otras figuras delictivas que se comentan al ejecutar las modalidades específicas del delito societario encaminadas a obtener la mayoría ficticia, como ocurre en los ya mencionados delitos contra la libertad o delitos de falsedades documentales.
GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit.,* p. 231: NÚÑEZ CASTAÑO igualmente considera que la cláusula concursal del art. 292 CP establece la existencia de un concurso real de delitos entre este tipo penal y aquellos otros delitos que se puedan derivar del empleo de los medios de obtención de la mayoría ficticia (*v. gr.* estafa, falsedad documental, coacciones, amenazas), en cuyo caso ambos injustos serán castigados de forma separada.
FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.,* pp. 248-249: "Ahora bien, existen supuestos en los que estará presente un concurso de normas. Debe tenerse en cuenta que el abuso de firma en blanco constituye una de las agravantes específicas del delito de estafa (art. 250.4), y asimismo puede integrar las características propias del delito de falsedades contenido en el art 392 en relación con el del art. 390. La relación entre el delito societario y la falsedad se resuelve a favor del primero en virtud del principio de especialidad. La relación con la modalidad de estafa del art. 250.4 ha de solventarse de acuerdo con el principio de subsidiariedad en favor de esta última ("tipo prevalente").
Y finalmente para BAJO FERNÁNDEZ, M.: "Delitos de prevalimiento de situación mayoritaria", en AREÁN LALÍN, M. (coord.) y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (coord.): *El nuevo…op. cit.,* pp. 45-46, cuando exista abuso de firma en blanco estaremos ante un delito de estafa del art. 259 párrafo 2º CP.

Tal y como afirma FARALDO CABANA, en el caso de concurso del art. 292 con el de administración desleal del art. 252 CP, éste último absorbe el delito del art. 292 CP, siempre que la imposición del acuerdo lesivo adoptado por medios fraudulentos sea el medio para ejecutar la administración desleal, por lo que estaremos ante un concurso de normas, al vulnerar el mismo bien jurídico protegido y afectar a los mismos sujetos pasivo. Pero si la conducta del art. 292 CP pusiera en peligro más bienes jurídicos de los que sufren un perjuicio mediante la administración desleal, estaremos ante un concurso de delitos[1317] .

III. 2. 4. Concursos normas y delitos del art. 293 CP

Cabe el concurso de normas entre el delito del art. 293 CP con el delito del art. 290 CP, se producirá siempre que la falsedad de las cuentas anuales o documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad (art. 290 CP) supongan a su vez la violación del derecho de información de los socios a tener una información veraz de la sociedad. Así debemos distinguir entre derecho de información y derecho publicidad, que, si bien son términos próximos, no son idénticos, ya que la información se produce en el ámbito interno, es decir en relación a los socios, y la publicidad se produce en el ámbito externo, es decir en relación a tercero (*v. gr*. obligación de las entidades de crédito de publicar sus Cuentas Anuales en su página web)[1318]. El concurso de normas entre el art. 290 CP y 293 CP se producirá siempre que la violación sea de los derechos de información de los socios, es decir en la esfera interna, tal y como prevé el art. 293 CP, y en este caso deberá resolverse aplicando la pena del art. 290 CP de acuerdo con el principio de especialidad[1319].

Cabrá el concurso de leyes o de normas penales del delito del art. 293 CP con el delito del art. 291 CP, en cuanto que la imposición del acuerdo abusivo conlleve alguna de las conductas de negación o impedimento de los derechos previstos en el art. 293 CP. Y ello

[1317] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios..., op. cit., p.* 255. Y de la misma autora, FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit,* p.1192. Y FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en Cuerda Arnau, M. L. (dir.) y Raga i Vives, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1914.
En el mismo sentido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial..., op. cit.,* p. 551.
[1318] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios..., op. cit.,* pp. 303-304.
[1319] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit., p.* 279: "La defensa del derecho de información de los socios que protege este precepto está ciertamente a su vez relacionado con el contenido del art. 290 CP 95, ya que la falsedad en alguno de los documentos sociales supone también indiscutiblemente una quiebra del derecho de información. Sin embargo, no cabe duda de la especialidad del art. 290 respecto del 293".

siempre que se produzca un perjuicio económico para los socios minoritarios, y resulten limitados los derechos de los socios sobre los que recae el acuerdo abusivo, de forma que las conductas previstas en este precepto pueden constituir a su vez el contenido del acuerdo abusivo que los accionistas o los administradores imponen prevaleciéndose de la situación mayoritaria. El desvalor del art. 293 CP es absorbido por el art. 291 CP, aplicándose únicamente éste último estando previsto para este último una mayor penalidad de acuerdo con la regla del art. 8.4 CP[1320].

Podrá existir un concurso ideal de delitos, entre el delito del art. 292 CP y el delito societario de obstaculización de derechos de los socios del art. 293 CP, cuando el acuerdo lesivo afecte a los derechos de los socios mencionados en el art. 293 CP, siempre que con estas conductas impeditivas se logre la formación de una mayoría ficticia que permita imponer o aprovecharse de un acuerdo lesivo en el sentido previsto en el art. 292 CP[1321]. No obstante, cuando el acuerdo lesivo se adopte mediante la negación del derecho de voto, al existir una identidad entre ambos tipos, estaremos ante un concurso de normas que deberá resolverse a favor del art. 292 CP por aplicación de las reglas del art. 8 CP y en virtud del principio de consunción, ya que el tipo penal contenido en el art. 293 CP no deja de ser un modo de producción del injusto previsto en el art. 292 CP[1322]. Salvo en el

[1320] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios..., op. cit., p.* 232. De esta misma autora, FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit,* p.1180. Y de la misma autora FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1911.
En el mismo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial..., op. cit.,* p. 538: En el mismo sentido se manifiesta MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ para quién la figura del art. 291 absorbe a la del art. 293 CP en el caso de que la imposición del acuerdo abusivo constituya alguna de las conductas del art. 293 CP y resulten obstaculizados los derechos de los sujetos sobre los que recae el acuerdo abusivo. En sentido contrario RÍOS CORBACHO, J.M.: "Delitos …", en ACALE SÁNCHEZ, M. (Coordinación): *Lecciones..., op. cit.*, p. 147: Para este autor estaríamos ante un concurso de leyes penales ya que la imposición del acuerdo abusivo constituye alguna de las conductas descritas en el art. 293 CP resultando obstaculizados los derechos de aquellos sujetos sobre los que recae el acuerdo abusivo.
[1321] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios..., op. cit., p.* 304. En el mismo sentido RÍOS CORBACHO, J.M.: "Delitos …", en ACALE SÁNCHEZ, M. (Coordinación): *Lecciones..., op. cit.,* pp. 150-151.
[1322] GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit.,* p. 231.
En el mismo sentido FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios..., op. cit.,* p. 254. Y de la misma autora FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit,* pp. 1191-1192. Y de esta autora FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en Cuerda Arnau, M. L. (dir.) y Raga i Vives, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1914.
Y en el mismo sentido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial..., op. cit.,* p. 550: Este autor entiende que existirá concurso de delitos entre los delitos societarios del art. 292 y el del 293 CP, salvo cuando la conducta consista en la negación ilícita del derecho de voto en cuyo caso habrá concurso de leyes si el medio específico de la comisión ha sido también la modalidad empleada para obtener la mayoría ficticia del art. 292 CP.

caso que, habiéndose negado el derecho de voto, no se logre la mayoría ficticia, en cuyo caso será de aplicación el art. 293 CP[1323].

Cabe el concurso de delitos entre el art. 293 CP con los delitos patrimoniales como la estafa del art. 248 CP o la apropiación indebida del art. 252 CP, siendo el concurso real o medial cuando el administrador obtenga un beneficio económico con consecuencias patrimoniales negativas el socio[1324]. Con el delito de administración desleal del patrimonio ajeno del art. 252, en cuanto que no prevé como sujeto pasivo a los socios, con este delito necesariamente existirá un concurso real o medial según los casos. No obstante, a la vista del nulo contenido de injusto del delito del art. 293 CP y de la necesidad de restringir su esfera de aplicación, es difícil que pueda considerarse que la obstaculización de los derechos del socio previsto en el art. 293 CP pueda calificarse como un acto, anterior o posterior, copenado, que quedaría en todo caso consumido en el mayor desvalor del delito patrimonial de lesión de que se trate, ya sea el de estafa o el de apropiación indebida en su caso[1325].

Cabe el concurso de delitos entre el art. 293 CP con los delitos de amenazas o coacciones (arts. 169 a 172 CP) que podrá ser o bien ideal cuando el mismo hecho constituye simultáneamente el delito societario de negación de derechos del socio y un delito de amenazas o coacciones, y será medial cuando las amenazas o coacciones son el medio utilizado para limitar o impedir los derechos de los socios[1326].

III. 2. 5. Concursos normas y delitos del art. 294 CP

Cabe el concurso de delitos del delito del art. 294 CP con los delitos patrimoniales, justificándose en la específica cualidad colectiva del bien jurídico tutelado por el delito, y la consideración del delito como mero tipo de peligro abstracto para los bienes jurídicos

[1323] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit.,* p. 249.
[1324] FARALDO CABANA, P.: *Ibídem*, p. 304 Y en el mismo sentido RÍOS CORBACHO, J.M.: "Delitos …", en ACALE SÁNCHEZ, M. (Coordinación): *Lecciones..., op. cit.,* p. 153.
[1325] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial..., op. cit.,* p. 562.
[1326] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios..., op. cit.,* p. 305. De la misma autora FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, p.1202.
MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial..., op. cit.*, p. 562: En el mismo sentido se manifiesta MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, que entiende que, si la conducta del art. 293 fuera acompañada de un comportamiento propio de los delitos de amenazas o coacciones, habrá un concurso de delitos, que será real o teleológico según los casos.
GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho…, op. cit.,* p. 234: Y en el mismo sentido NÚÑEZ CASTAÑO que entiende que si la conducta del art. 293 CP fuera acompañada de amenazas o coacciones se podría apreciar un concurso de delitos, real o ideal según los casos.

individuales o individualizables protegidos por otro[1327]. No obstante, con los que normalmente se podrá producir el concurso de delitos, será con el delito societario de la falsedad contable del art. 290 CP, con los delitos de coacciones y amenazas de los arts. 169 a 172 CP y con los delitos de atentado y resistencia grave del art. 550 CP[1328].

Cabe el concurso de delitos, del delito de obstrucción del ejercicio de las facultades de inspección y supervisión tipificado en el art. 294 CP con el resto de las figuras delictivas societarias y en especial con el delito de falsedad contable del art. 290 CP. Si la acción típica del delito del art. 290 CP no constituye a su vez la acción que ocasiona la obstrucción de las facultades de inspección o supervisión, se producirá un concurso real de delitos, existiendo la lesión de varios bienes jurídicos protegidos, el inmediato consistente en la claridad y transparencia que debe existir en la relación con la Administración supervisora, y mediato consistente en el peligro abstracto para el interés colectivo que se tutela. No obstante si la acción que produce el resultado de negar o impedir el ejercicio de las facultades de inspección y supervisión consiste en falsear documentos sociales que deben reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, en ese caso estaremos ante un concurso de delitos ideal, que podrá existir igualmente con las falsedades documentales ideológicas cuando el documento falseado no sea uno de los previstos en el art. 290 CP, las cuentas anuales o documentos que deban reflejas la situación jurídica o económica de la entidad[1329].

Es igualmente posible el concurso de delitos con los delitos de amenazas y coacciones de los arts. 169 a 172 CP, siendo el concurso ideal siempre que el mismo hecho constituya la conducta del art. 294 CP y vaya a acompañado de un delito de amenazas o coacciones (incluso podría darse también un posible delito de lesiones), y será medial cuando son las propias amenazas o coacciones el medio utilizado para obstruir el ejercicio de las facultades de inspección o supervisión del art. 294 CP[1330]. Finalmente cabrá el concurso del delito del art. 294 CP con el delito de resistencia grave previstos en el art. 556 CP, en cuanto que el bien jurídico protegido de éste se encuentra en el correcto funcionamiento de la Administración pública y que podrá consistir en resistencias o desobediencias

[1327] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial..., op. cit.,* p. 572.
[1328] RÍOS CORBACHO, J.M.: "Delitos …", en ACALE SÁNCHEZ, M. (Coordinación): *Lecciones..., op. cit.,* p. 157.
[1329] FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios..., op. cit.,* pp. 346-347.
[1330] FARALDO CABANA, P.: Idem, pp. 347-348.
También FARALDO CABANA, P.: "El artículo 294…", en TERRADILLOS BASOCO J.M. (coord.) y ACALE SÁNCHEZ M. (coord.): *Temas…, op. cit.,* p. 158.

"pasivas o inertes" no acompañadas de fuerza o intimidación. En ese caso existirá un concurso de leyes que se resolverá a favor de la aplicación del art. 294 CP por su consideración como ley especial frente al tipo penal del art. 556 CP, posición que no es unánime en la doctrina, tal y como pone de manifiesto MARTÍNEZ-PÉREZ BUJÁN[1331]. En mi opinión de producirse la resistencia pasiva del art. 556 CP estaremos ante un concurso de leyes en cuanto que comparten ambos delitos un bien jurídico protegido análogo que deberá resolverse de acuerdo con la regla del art. 8.1 CP del principio de especialidad mediante la aplicación del art. 294 CP[1332].

IV. Otras causas de extinción de la responsabilidad penal en los delitos societarios

IV. 1. Inaplicación del perdón del ofendido en los delitos societarios

Especial importancia tiene en los delitos societarios la institución del perdón de la persona ofendida o agraviada al que el art. 296.1 CP concede la condición de perseguibilidad, y siempre que los delitos societarios no afecten a menores de edad, personas con discapacidad necesitadas de especial protección o personas desvalidas, ya que, respecto de éstos, el perdón de la persona ofendida no extingue la responsabilidad criminal. En este sentido, el art. 130.5 CP prevé la extinción de la responsabilidad criminal por el perdón de la persona ofendida, cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancias de la persona agraviada o la ley así lo prevea. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, oyendo la autoridad judicial sentenciadora a la persona ofendida por el delito antes de dictarla. De existir el perdón del ofendido o agraviado, ello podrá dar lugar a la extinción de la acción penal, que podrá producirse hasta el mismo momento de dictarse sentencia. Pero una vez se dicte sentencia, y exista ya pena impuesta, el perdón no extinguirá en ningún caso la responsabilidad criminal o la pena ya impuesta, tal y como se prevé en el art. 106 LECRIM[1333].

[1331] FARALDO CABANA, P.: Ibídem, p. 348.
En sentido contrario, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial..., op. cit.,* p. 573: "En cambio la opinión dominante rechaza el concurso con el delito del art. 556, en la medida en que se interpreta que esta figura acoge las resistencias o desobediencias *pasivas o inertes*, no acompañadas, por ende, de fuerza o intimidación (*Vid.* MUÑOZ CONDE, PE)".

[1332] RÍOS CORBACHO, J.M.: "Delitos societarios", en ACALE SÁNCHEZ, M. (Coordinación): "*Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo IV. Derecho penal parte especial (Derecho penal económico). ..., op. cit., p.* 157.

[1333] *Artículo 106 LECRIM.: La acción penal por delito o falta que dé lugar al procedimiento de oficio no se extingue por la renuncia de la persona ofendida.*
Pero se extinguen por esta causa las que nacen de delito o falta que no puedan ser perseguidos sino a instancia de parte, y las civiles, cualquiera que sea el delito o falta de que procedan.

De conformidad con el art. 130.5 CP, para que pueda producirse el perdón es necesario que se trate de delitos leves perseguibles a instancia de persona agraviada o que la ley así lo prevea. Lo que lleva a decir q MIR PUIG, que en el vigente CP no es eficaz en todos los delitos que requieren querella o denuncia, sino sólo "cuando la ley así lo prevea", quedando limitada la eficacia del perdón en los delitos contra la intimidad, el derecho a la imagen y la inviolabilidad del domicilio (Art. 201.3 CP) y los delitos contra el honor (art. 215.3 CP)[1334]. En cuanto que los delitos societarios no tienen la consideración de delitos leves, será necesario que se prevea el perdón expresamente por ley, sin que por otra parte esté previsto esta posibilidad en ninguno de los tipos penales de los delitos societarios, lo que lleva a excluir la posibilidad de que exista perdón del ofendido en los mismos como forma de extinción de la responsabilidad penal[1335]. Efectivamente, el legislador no ha previsto de forma expresa la posibilidad de que el perdón extinga la responsabilidad criminal en los delitos societarios, de forma que la ausencia de mención expresa al perdón determina que el mismo no aplica en los delitos societarios y de producirse no se extinguirá la responsabilidad penal [1336].

IV. 2. El desistimiento del agraviado como forma de poner fin al procedimiento penal de delitos societarios

Si bien el perdón del agraviado no es posible en los delitos societarios, debemos examinar si juega el desistimiento del agraviado u ofendido en el procedimiento penal como forma de extinción de la responsabilidad penal. Es clarificadora la posición que mantiene MARTÍN PALLÍN sobre la actuación del Ministerio Fiscal en los delitos societarios y el posible desistimiento en el procedimiento. De esta forma si concurre un perjuicio privado con peligro para los intereses generales o afección a pluralidad de personas (art. 296.2 CP), confluirán en el proceso la acusación particular y la pública, de forma que, si los particulares desisten el procedimiento, necesariamente continuará con

[1334] MIR PUIG, S.: *Derecho…, op. cit.,* p. 799.
[1335] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos..., op. cit., p.* 148. En el mismo sentido FARALDO CABANA, P.: "Rasgos comunes …", en AREÁN LALÍN, M. (coord.) y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (coord.): *El nuevo …, op. cit.,* p. 52. Y de la misma autora FARALDO CABANA, P.: *El delito…, op. cit.,* pp. 211-212, y FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, p.1218. FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, p.1218. Y de la misma autora FARALDO CABANA, P.: "Capítulo XIII…", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): Comentarios…, op. cit., p. 1931.
[1336] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial. ..., op. cit., p*. 496: *"*De esta suerte, la eficacia del perdón se supedita a una explícita previsión del mismo en cada una de las figuras de delito de que se trate. Y esto es lo que sucede efectivamente en los arts. 201-3 (intimidad), 215-3 (honor), 267 párrafo 3º (daños), en los que se afirma que el perdón "extingue la acción penal o la pena impuesta" (201-3, 267 párrafo 3º) o la "responsabilidad criminal" (215-3)*"*.

la exclusiva acusación del Ministerio Fiscal. Si no se produce el supuesto anterior, y lo que hay es dejación de la actuación de los representantes legales de los menores de edad, personas necesitadas de especial protección o desvalidos, entiende que no cabe el desistimiento, sin ser un tema pacífico, si bien en mi opinión sí que cabrá el desistimiento, si se llega a un acuerdo ventajoso con los representados. Finalmente, si se inicia el procedimiento mediante la denuncia del agraviado u ofendido sin que el Ministerio Fiscal tenga porqué intervenir por no existir intereses generales por defender (art. 296.1 CP), el desistimiento extingue la acción[1337].

Son varias las sentencias de la AP que se han ocupado expresamente del tema, admitiendo que el desistimiento de los agraviados u ofendidos de los delitos societarios conlleva directamente la finalización del procedimiento penal y la extinción de la responsabilidad penal. La SAP de Madrid (Sección 2ª) núm. 323/2001 de 3 septiembre entiende que en atención a la naturaleza de los delitos societarios (que califica de forma errónea como delitos privados), si bien no cabe el perdón, sin embargo sí cabe una especie de desistimiento, bien porque se llegue a un acuerdo con los posibles responsables de los delitos societarios o bien porque consideren los querellantes más conveniente la paralización del procedimiento, que producirá los mismos efectos que el perdón, por la vía de apartarse o desistir de la querella, lo que tiene como consecuencia el archivo de las diligencias o la extinción de responsabilidad si tiene lugar posteriormente y antes de la ejecución de la pena impuesta, según reitera la doctrina [1338]. En el mismo sentido, la SAP de Vizcaya (Sección 1ª) núm. 451/2006 de 7 agosto, que excluye la continuidad del procedimiento penal por el Ministerio Fiscal, cuando la única posible perjudicada renunció al ejercicio de la acción penal y solicitó el archivo del procedimiento, entendiendo la Sala que el Ministerio Fiscal carece de legitimación para continuar con el ejercicio de la acción penal, al no afectar el delito a los intereses generales o a una pluralidad de personas. Dice la Sentencia que estamos ante una especie de desistimiento respecto de la denuncia inicial, que sí bien técnicamente no está previsto legalmente dicho supuesto, razones prácticas y de coherencia lógica del precepto penal nos llevan a la conclusión de que desde el momento en que el único perjudicado se retira del procedimiento no puede continuar con el mismo el Ministerio Fiscal puesto que ya no hay intereses generales que defender[1339]. Y de idéntica formar SAP de Almería (Sección

[1337] MARTÍN PALLÍN, J.A.: "Los delitos …", *op. cit.*, pp. 310 y ss.
[1338] SAP de Madrid (Sección 2ª) núm. 323/2001 de 3 septiembre JUR\2001\325737: FJ Primero.
[1339] SAP de Vizcaya (Sección 1ª) núm. 451/2006 de 7 agosto JUR\2007\100422: FJ Primero.

3ª) núm. 96/2003 de 5 mayo, que, en atención a la consideración de delitos privados (erróneamente los califica como privados) de los delitos societarios, y cuando no afecten los mismos a intereses generales o a una pluralidad de personas, en estos casos los perjudicados son las únicas personas legitimadas para perseguir el delito. Así una vez iniciado el procedimiento si se dan circunstancias que aconsejan la no persecución bien porque se llegue a un acuerdo con los posibles responsables de los delitos societarios o porque no se encuentra la existencia de delito alguno por quedar esclarecidos los hechos durante la instrucción del procedimiento, los perjudicados pueden apartarse o desistir de la querella, lo que tiene como consecuencia el archivo de las diligencias al carecer el Ministerio Fiscal de legitimación para perseguir el delito enjuiciado. Y ello es así porque no aparecen afectados menores de edad, incapaces o personas desvalidas ni están comprometidos los intereses generales o una pluralidad de perjudicados[1340]. En mi opinión, el desistimiento manifestado de forma clara e incondicional por el denunciante o querellante ofendido o agraviado por un delito societario, y siempre que el procedimiento no afecte a intereses generales o a una pluralidad de personas, en el seno de un procedimiento penal es perfectamente válido, y pondrá fin al procedimiento penal produciendo efectos análogos al del perdón, que como hemos visto no aplica a los delitos societarios.

V. La prescripción de los delitos y las penas en los delitos societarios

V. 1. La prescripción de los delitos societarios

En el ámbito de los delitos societarios aplica las reglas generales de la prescripción de los delitos prevista en los arts. 131 y 132 CP, como forma de extinguir la responsabilidad penal, de forma análoga al resto de los delitos tipificados en el CP y sin que tengan ninguna particularidad concreta. Así el art. 131 CP establece los plazos, siendo más prolongados cuanto más grave es la infracción cometida, estando los plazos vinculados a la gravedad de la pena señalada para cada delito. Por pena señalada hay que tener en cuenta el marco penal correspondiente a la infracción, según sea consumada o intentada y la forma de participación en el hecho, y sin que a efectos de la prescripción se tenga en cuenta las circunstancias agravantes o atenuantes, pero sí los tipos cualificados[1341]. El TS ha entendido que la referencia que realiza el CP a la pena máxima señalada al delito debe entenderse como la pena genérica señalada al delito tipo, sin tener en cuenta las

[1340] SAP de Almería (Sección 3ª) núm. 96/2003 de 5 mayo JUR\2003\166818: FD Primero.
[1341] QUINTERO OLIVARES, G.: *Parte general …, op. cit.,* pp. 688-689.

posibilidades de individualización del caso concreto enjuiciado (Acuerdos del Pleno de 29 de abril de 1997 y de 16 de diciembre de 2008)[1342].

En cuanto que los delitos societarios tienen la consideración de delitos menos graves, al no tener ninguno de ellos fijada pena de prisión superior a 5 años de prisión, tal y como hemos visto al inicio del presente Capítulo, al ser la pena más grave la correspondiente al delito de falsedad de cuentas anuales y documentos que deben reflejar la situación jurídica o económica de la entidad del art 290 CP de uno a tres años de prisión. Además, y tratándose de los delitos de los arts. 290, 291, 292 y 294 CP en cuanto que la pena es compuesta, formada por prisión y multa, para la aplicación de las reglas de la prescripción, y la determinación del plazo de prescripción, se estará al plazo previsto para la pena mayor, es decir aquella que exija mayor tiempo, que será la prisión (art. 131.2 CP).

Por tanto y de conformidad con el art. 131 CP el plazo de prescripción común a todos los delitos societarios es el de los cinco años. Y únicamente, en caso de que alguno de los delitos societarios se apreciara un concurso de leyes o de delitos, en ese caso el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave de acuerdo con lo establecido en el art. 131.4 en relación con el art. 131.1. del CP. Para el cómputo del plazo de prescripción de los cinco años deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 132.1. CP siendo el *dies a quo* para el cálculo de la prescripción, el día en que se haya cometido la infracción punible, y sólo en el caso en que hubiera un delito continuado, en ese caso el *dies a quo* empezará cuando se realizó la última infracción. Además, a falta de previsión expresa y de acuerdo con el art. 5.1 CC, los plazos de prescripción se computarán de fecha a fecha y cuando en el mes de vencimiento no haya un día equivalente a la inicial del cómputo, el plazo expirará el último del mes.

En algunos de los delitos societarios como son los tipificados en los art. 291 y 292 CP en cuanto a la adopción de acuerdos sociales abusivos o lesivos mediante mayoría ficticia, y en el del art. 293 CP, consistente en la negación o impedimento del ejercicio de los derechos de los socios, resultará fácil la determinación del *dies a quo*, en cuanto que estarán referidos a un hecho y un día concreto (*v. gr*. celebración de la junta general o del consejo de administración en los que se adoptaron el acuerdo). No obstante, en delitos como los del art. 290 CP en cuanto a las falsedades contables societarias o del art. 294 CP respecto de la negativa a las actuaciones inspectoras o supervisoras, en cuanto que

[1342] GILI PASCUAL, A.: "Prescripción del delito" en BOIX REIG, J. (dir.) y LLORIA GARCÍA P. (coord.): Diccionario de Derecho Penal Económico, 2ª ed. Madrid, Iustel, 2017, p. 828.

uno u otro se puede producir durante un periodo de tiempo y no en una fecha determinada, en estos casos será más complicado determinar la fecha en la que se ha cometido la infracción. En estos casos deberemos acudir a la regla del delito continuado y tener en cuenta la fecha en que terminó la infracción *o en otras palabras desde el día en que se realizó la última infracción*[1343]. Incluso en el caso del tipo agravado de las falsedades contables del apartado segundo del art. 290 puede genera dudas también si el plazo de inicio de la prescripción comienza desde que se realiza la falsedad o desde que se ocasiona el perjuicio económico. En mi opinión, y en una interpretación *pro reo*, deberá ser desde que es pública la falsedad (*v. gr.* aprobación por la junta general o depósito de cuentas anuales en el RM), aunque el perjuicio económico se produzca en un momento posterior.

Y en relación a la interrupción de la prescripción en los delitos societarios, aplica las reglas tasadas de *numerus clausus* previstas en el apartado 2 del art. 132 CP, de forma que el plazo quedará interrumpido, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito. Para ello será necesario al menos la identificación de las personas y sin que se interrumpa la prescripción mediante la denuncia o querella contra personas totalmente desconocidas (STS 31-10-1997), debiéndose realizarse siguiendo la doctrina del TC una interpretación restrictiva de la causas de interrupción de la prescripción (STC 63/2005), y sin que por otra parte no exista límite en el número de interrupciones posibles ni plazo máximo plazo máximo de prescripción, lo que podría permitir su prolongación indefinida. Existirán tres causas de interrupción, la dirección del procedimiento contra persona determinada, la paralización de este y la terminación de procedimiento sin condena[1344]. Como dice CHOCLÁN MONTALVO la prescripción se interrumpe cuando se dirige el procedimiento contra el culpable mediante el dictado de una resolución motivada que le atribuya participación en el hecho delictivo, y comienza a computarse de nuevo cuando

[1343] STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 94/2023 de 14 febrero, RJ 2023\1445. FD Octavo: "De una parte, el recurso reclama la prescripción del delito del art. 290 CP. En la fecha de comisión el plazo de prescripción estaba situado en tres años. Si la querella se interpuso en 2009, habrían de excluirse todos los hechos distanciados más de tres años de esa fecha. Es decir, los acaecidos entre 1997 y 2006. Eso -arguye incidentalmente el recurso- podría no determinar la total impunidad, pero sí servir para graduar la penalidad. La mención de un único precepto basta para refutar el argumento: el art. 132.1 CP. En delitos no instantáneos como el presente (prescindimos ahora de la posibilidad no planteada de considerarlo como continuado), sino desarrollados en lapsos temporales más o menos dilatados, el plazo de prescripción empieza a computarse en el momento en que cesa la situación antijurídica o se realiza la última infracción. Si la contabilidad falseada persistió hasta 2007 en esa fecha comenzará el cómputo del plazo de prescripción. Es obvio que cuando se interpuso la querella -2009- no habían transcurrido los tres años previstos. El motivo decae".

[1344] GILI PASCUAL, A.: "Prescripción …, *op. cit.*, p. 831.

el procedimiento por cualquier causa se paraliza[1345]. E igualmente se admite que interrumpe la prescripción de los delitos, las resoluciones judiciales que ofrecen un contenido sustancial propio de la puesta en marcha del procedimiento, reveladoras de que la investigación o el trámite procesal avanza superando la inactividad (STS 12-2-1999) y en particular los siguientes actos procesales: la declaración como investigado, la imputación que realizan los jueces una vez presentada la denuncia o querella, y la resolución por la que se admite la petición de suplicatorio[1346]. En todo caso, para que se produzca la interrupción es necesario que el objeto del procedimiento coincida con el objeto de la pretensión punitiva y sin que la denuncia o querella genérica o inconcreta pueda interrumpir la prescripción siendo necesario la concreción de las circunstancias fácticas de las que dependa la responsabilidad penal que se imputa (STS 1807/2001, de 30 de octubre)[1347].

Además, la demora en la admisión de la denuncia o querella por el órgano jurisdiccional no debe jugar en contra del que ejerce la acción, sin embargo, ello no significa que baste con la presentación de la denuncia o querella para interrumpir la prescripción, ya que ello sería como dejar en manos de los particulares la institución de la prescripción siendo que esta institución constituye materia de orden público[1348]. Tema que ha quedado resuelto con la nueva redacción del art. 132.2 CP por la LO 1/2015, de 30 de marzo de modificación del CP. Y finalmente no podemos dejar de mencionar la interrupción de la prescripción prevista en el art. 132.2 apartado 2, de forma que la presentación de querella o denuncia produce la suspensión del cómputo durante seis meses, pero transcurrido ese plazo si existe resolución judicial motivada y firme de imputación mediante la declaración de investigado, no siendo bastante para ello actos de mero trámite sin contenido sustancial, en ese caso se interrumpe la prescripción, y en caso contrario la interposición de la querella o denuncia carecerá de todo efecto interruptivo como si no se hubiera producido[1349]. En todo caso y de gran trascendencia en el caso de

[1345] CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: "Interrupción de la prescripción" en BOIX REIG, J. (dir.) y LLORIA GARCÍA P. (coord.): Diccionario de Derecho Penal Económico, 2ª ed. Madrid, Iustel, 2017, p. 653.
[1346] ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General…op. cit.,* p. 454.
[1347] CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: "Interrupción …" en BOIX REIG, J. (dir.) y LLORIA GARCÍA P. (coord.): *Diccionario…, op. cit.,* p. 657.
[1348] QUINTERO OLIVARES, G.: *Parte General …, op. cit.,* pp. 691-692.
[1349] CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: "Interrupción …" en BOIX REIG, J. (dir.) y LLORIA GARCÍA P. (coord.): *Diccionario…, op. cit.,* p. 655 "La interrupción requiere que se dicte una "resolución motivada". Cuando estamos ante una resolución suficiente para interrumpir la prescripción ha sido determinado por la jurisprudencia más reciente al señalar el Tribunal Supremo en Sentencia 1294/2011, de 21 de noviembre

los delitos societarios, en los que normalmente habrá varios sujetos activos, como son los administradores de hecho o de derecho (miembros del consejo de administración), la interrupción de la prescripción en caso de pluralidad de partícipes es individual, de forma que podrá extinguirse la acción respecto de unos y no de otros, aunque éstos sean a título de meros partícipes en el hecho y a la inversa la prescripción no se interrumpe cuando no se haya dirigido contra alguno de ellos el procedimiento de forma que las actuaciones dirigidas contra los demás no le perjudicarán, aunque hubiera declarado como testigo en la causa y luego se le dirija la querella pero en un momento posterior en el que haya transcurrido el plazo de prescripción[1350].

V. 2. La prescripción de las penas de los delitos societarios

En el ámbito de los delitos societarios y en cuanto que las penas de estos, tal y como hemos visto en el apartado anterior son las correspondiente a los delitos menos graves, prescribirán a los cinco años según prevé el art. 133.1 CP. Y en relación con el *dies a quo* de acuerdo con el art. 134 CP el tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme o desde el quebramiento de la condena si ésta hubiese comenzado a cumplirse. En caso de que hubiera varias penas, deberán analizarse el plazo de prescripción por separado de cada una de las impuestas. Es decir, si durante el tiempo de la prescripción de la pena, en el caso de fuga del condenado, se cometieran otros delitos societarios, éstos serían independientes de la prescripción de la pena impuesta en sentencia firme que seguirá su propio curso. No obstante, el plazo de prescripción de la pena quedará en suspenso, durante el período de suspensión de la ejecución de la pena y durante el cumplimiento de otras penas, cuando de acuerdo con el artículo 75 CP todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, en cuyo caso se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo en cuanto sea posible.

---

que deben ser actos judiciales potencialmente aptos para interrumpir la prescripción, en tanto que manifiestan una resolución judicial motivada en la que se atribuye a un sospechoso su presunta participación en un hecho delictivo que se encuentra siendo investigado. A ello debe sumarse la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo 628/2013, de 10 de julio que determina que lo que se exige es una actuación procesal de contenido sustancial que signifique la iniciación o la continuación de las actuaciones judiciales encaminadas a la averiguación de unos determinados hechos, contra una o varias personas identificadas, total o parcialmente, aunque siempre de forma mínimamente suficiente, a las que se considere responsables de aquellos".

[1350] CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: "Interrupción …" en BOIX REIG, J. (dir.) y LLORIA GARCÍA P. (coord.): *Diccionario…, op. cit.,* p. 659.

VI. La suspensión y la sustitución de la pena en los delitos societarios

VI. 1. La suspensión de la pena privativa de libertad en los delitos societarios

Los delitos societarios, en cuanto delitos menos graves establecen penas de corta duración lo que hace que pueda jugar en ellos la institución de la suspensión de la pena privativa de libertad. No hay que olvidar, que en los delitos societarios el cumplimiento de las penas de prisión claramente puede tener efectos perniciosos y ajenos a sus finalidades resocializadoras y de reinserción social del delincuente. De acuerdo con el art. 80 CP en el ámbito de los delitos societarios, en atención a las penas que tienen fijadas, va a ser posible aplicar su suspensión en un gran número de ocasiones, siempre que la pena impuesta no sea superior a los dos años de prisión. Sobre todo, en atención a que el cumplimiento de pena en este tipo de delitos claramente no va a cumplir la finalidad de reinserción o de neutralizar la peligrosidad del sujeto activo del delito societario. Para la aplicación de la suspensión de la pena de los delitos societarios, los jueces o tribunales deberán dictar una resolución en la que tendrán en cuenta las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas. Por tanto, una de las características esenciales de la suspensión de la pena privativa de libertad, es la gran discrecionalidad de la que gozan los jueces y tribunales. Estos gozarán de libertad en cuanto a la decisión sobre la suspensión pudiendo concederla o no, aunque se cumplan las condiciones que fija el art. 80.2 CP (facultad discrecional)[1351], pero nunca, al contrario, es decir no aplicará en ningún caso la suspensión de la pena, si no se cumplen los requisitos mínimos que fija el CP. Adicionalmente los jueces y tribunales gozarán de una gran autonomía para determinar el tiempo de su duración y la imposición de las condiciones[1352].

[1351] Son requisitos para conceder la suspensión de la pena, que resultan plenamente aplicables a los delitos societarios, los regulados en el art. 80.2 CP, es decir que el condenado haya delinquido por primera vez, es decir que no sea reincidente por haber sido condenado por sentencia firme, que la pena o la suma de las impuestas no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa y que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado en la comisión del delito y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127.

[1352] ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General…op. cit.,* p. 561. En el mismo sentido DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y POLO VEREDA, J.: *Problemas …, op. cit.*, pp. 141-142.

En el caso de los delitos societarios, la suspensión de acuerdo con el art. 81 CP será de dos a cinco años en atención a las penas privativas de libertad impuestas que no superen los dos años. De forma que, pasado el tiempo de suspensión, si se han cumplido las condiciones fijadas, la condena de prisión inicial se considera definitivamente extinguida. Así el penado por un delito societario que tenga suspendida la pena, cuando transcurra el plazo de suspensión fijado sin haber cometido un delito y cumplidas de forma suficiente las reglas de conducta que hayan sido fijadas por el juez o tribunal, se procederá a la remisión de la pena. Por el contrario, en el caso que se revoque la suspensión, la pena suspendida pasará a ser ejecutada[1353]. El plazo de suspensión se computa desde la fecha de la resolución que la acuerda, de manera que, si la suspensión se hubiera acordado en sentencia, el plazo de la suspensión se computará desde la fecha en que ésta sea firme y sin que se compute como plazo de suspensión aquél en el que el penado se hubiera mantenido en situación de rebeldía (art. 82.2 CP). En todo caso en cuanto a que los delitos societarios son perseguibles a instancia del ofendido, de acuerdo con la condición de perseguibilidad del art. 296 CP, será necesario para la suspensión de la pena que los jueces y tribunales oigan a los perjudicados y, en su caso, a quien les represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena (art. 84.6 CP).

El art. 80.3 CP establece una serie de excepciones en las que se podrá conceder la suspensión de la pena, aunque no se cumplan los requisitos antes vistos del art. 80.2 CP, y que de las tres que se establecen dos son claramente aplicables a los delitos societarios y una de ellas genera dudas su aplicación en atención a la propia naturaleza de estos. Aplicarán en todo caso los supuestos de "*reos no habituales*" (art. 80.3 CP), cuestión que no es de extrañar que sea habitual en todos los delitos societarios, por la propia naturaleza jurídica de los mismos, al igual que los supuestos de "*enfermedad muy grave*". Y en cuanto al supuesto de "*toxicomanía*": prevista en el art. 80.5 CP, difícilmente se aplicará a los delitos societarios, en atención a la propia naturaleza de estos, y la función que, en la sociedad, realizan los administradores de hecho y de derecho, o los socios de la sociedad como sujetos activos de los delitos societarios. Sin embargo, tampoco sería descartable que pudiera cometerse alguno de los mismos, y en especial el de falsedad contable societaria del art. 290 CP con una finalidad de enriquecimiento por parte del sujeto activo para poderse sufragar los gastos que le genere la toxicomanía, habiendo cometido el delito por su dependencia a las sustancias señaladas en el número 2º del

[1353] ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General…op. cit.,* p. 561.

artículo 20, en cuyo caso podrían jugar la excepción de suspensión de la pena del art. 80.5 CP. En estos casos se eleva a cinco años las penas susceptibles de suspensión y se elimina la exigencia de no ser reo habitual, siendo el plazo de suspensión será de tres a cinco años (art. 81 párrafo segundo CP).

De las posibles prohibiciones y deberes para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, al que los jueces y tribunales pueden condicionar la suspensión de la pena y que se prevé en el art. 83 CP, entiendo que en el ámbito de los delitos societarios tendrán cabida las previstas en los números 2º, 5º, 6º, 7º y 9ª, todos ellas como medidas resocializadoras del delincuente[1354]: y en cuanto al posible quebrantamiento de las condiciones de suspensión y su revocación, está previsto en el art. 86 CP y evidentemente resulta de absoluta aplicación a los delitos societarios para el caso que se volviera a cometer un nuevo delito, durante el tiempo de la suspensión de la pena. En este caso, tal y como prevé el art. 86.1 CP, el juez o tribunal, después de haber oído al Ministerio Fiscal y a las demás partes, revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado sea condenado por un delito cometido durante el período de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede mantenerse.

Debemos entender que el CP con la reforma de 2015 ya no exige "el no haber delinquido", sino que utiliza una expresión más flexible y que requiere un juicio de idoneidad del juez, ya que como establece el art. 87 CP para revocar la suspensión no basta con cometer cualquier delito, sino que el delito cometido ha de "*poner de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida*", quedando por tanto a juicio del juez si la comisión del nuevo delito afecta o no al pronóstico de resocialización[1355]. Por tanto, entiendo que la comisión de un nuevo delito societario, durante el tiempo de la suspensión de la pena, o incluso un delito de

[1354] *2.ª Prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, cuando existan indicios que permitan suponer fundadamente que tales sujetos pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo. 5.ª Comparecer personalmente con la periodicidad que se determine ante el juez o tribunal, dependencias policiales o servicio de la administración que se determine, para informar de sus actividades y justificarlas. 6.ª Participar en programas formativos, laborales. 7.ª Participar en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos. 9.ª Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.*

[1355] ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General…op. cit.,* p. 567: Tal y como dicen estos autores, se entiendo por sustitución de la pena, la institución consistente en cambiar una pena de prisión de corta duración por otra pena distinta carente de efectos desocializadores.

naturaleza económica (patrimonial o contra el orden socioeconómico), determinará la revocación inmediata de la suspensión de la pena privativa de libertad que estuviera disfrutando el condenado. Pero también se revocará la suspensión cuando el penado incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que se le hubieran impuesto o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria. Y de igual forma cuando incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, se le hayan impuesto. Y finalmente cuando facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso se hubiera acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la LEC.

VI. 2. La sustitución de la pena en los delitos societarios

La sustitución de la pena como modalidad de la suspensión, es igualmente aplicable a los delitos societarios en atención a su consideración como delitos menos graves.[1356]. Así tras la reforma del CP introducida por la LO 1/2015, el juez o tribunal, pueden condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de *las prestaciones* (penas) *o medidas* (mediación) ésta últimas que no necesariamente tienen porqué ser penas, y que resultan de plena aplicación a los delitos societarios. En el ámbito de los delitos societarios no hay ninguna especificidad al régimen general previsto en el art. 84 CP. Lo único es que se pueden generar dudas en atención a la propia naturaleza de los delitos societarios la posibilidad de sustituir la pena por la realización de trabajos en beneficio de la comunidad previsto en el art 84.3 CP. Entiendo que difícilmente será decretada por los jueces y tribunales, ya que en atención a que los otros dos supuestos, cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación, como el pago de multa, se adecúan mejor al contenido económico y el perjuicio que se puede haber ocasionado con la comisión de alguno de los delitos societarios previstos en los arts. 290 a 294 CP de naturaleza preponderantemente patrimonial. En todo caso la sustitución siempre deber hacerse antes de que se ejecute la pena, decretándose en la misma sentencia o posteriormente en auto motivado, y en caso de quebrantamiento de esta se ordenará la ejecución y cumplimiento de la pena de prisión inicialmente impuesta, descontando la

[1356] ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General…op. cit.,* p. 567.

parte del tiempo que se haya cumplido de la pena sustitutiva[1357]. Finalmente, y dentro del régimen de sustitución de la pena cabe también la expulsión de extranjeros, que igualmente se aplicará a los delitos societarios cuando éstos fueran cometidos por aquellos y se aplicará el régimen previsto en el art. 89 CP.

VII. Cuestiones de responsabilidad civil en los delitos societarios

VII. 1. Introducción

En cuanto que los delitos societarios son susceptibles de causar perjuicios económicos a otros sujetos, ya sean los socios, la sociedad o terceros, adquiere a gran relevancia entre las consecuencias jurídicas de los delitos societarios, la exigencia de la responsabilidad civil a los autores de los delitos societarios. En este sentido, de la comisión de los delitos societarios no sólo se deriva una responsabilidad penal, sino también una responsabilidad civil, consistente en la reparación de daño ocasionado, y sin que la naturaleza de una y otra forma de responsabilidad sea equivalente, ya que en la responsabilidad penal el culpable responde frente al Estado, mientras que en la responsabilidad civil responde ante las víctimas y los perjudicados por el delito[1358]. De esta forma, adquiere así la responsabilidad civil una naturaleza jurídico-privada, ya que el art. 1092 CC establece que *Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal*, estando regulada por los arts. 109 a 125 del CP, constituyendo en consecuencia una conexión entre el Derecho privado y el Derecho penal. En consecuencia, a los delitos societarios se les aplicarán las previsiones que para la responsabilidad civil establecen los arts. 109 y ss. y en particular la reparación del daño y la indemnización de daños y perjuicios materiales y morales causados a los perjudicados[1359].

Procede analizar qué supuestos de la responsabilidad civil previstos en el art. 110 CP se aplican a los delitos societarios. En cuanto a la restitución, consistente como dice el art. 111.1 CP en la devolución del bien, entiendo que no aplica a los delitos societarios tipificados en los arts. 290 y 294 CP, pero sí podrá tener cabida en los supuestos de los arts. 291, 292 y 293 CP, en cuanto que los acuerdos adoptados, ya sean abusivos, lesivos por mayoría ficticia o negación de los derechos de los socios previstos en el art. 293 CP

[1357] ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General…op. cit.,* p. 569.
[1358] ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General…op. cit.,* p. 587.
[1359] MESTRE DELGADO, E. "Delitos …", *op. cit.,* p. 557.

podrían dar lugar a la transmisión de activos de la sociedad que diera lugar a la obligación de su devolución por los sujetos activos del delito en cuestión. En relación con la reparación del daño, que de conformidad con el art. 112 CP consiste en *obligaciones de dar, de hacer o de no hacer*, que entiende la jurisprudencia que va referido al menoscabo real de las cosas, podrá aplicarse a los 5 delitos societarios (290 a 294 CP), ya que, de las conductas previstas en las mismas, podrá dar lugar a la reparación del daño por los sujetos activos de los delitos. Finalmente, la *indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros*[1360], aplicará igualmente a los 5 delitos societarios por razones análogas a las mencionadas para la reparación del daño. Al declarar la responsabilidad civil, deberán los jueces y tribunales fijar de forma razonada las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución (art. 115 CP). No debemos olvidar que, en el sistema procesal español, la acción penal y la acción civil se ejercen conjuntamente en el mismo proceso penal en el que se enjuicia el delito y resolviéndose en la misma sentencia (art. 742 LECRIM)[1361]

VII. 2. La responsabilidad civil en los delitos societarios

Tratándose del delito de falsedad contable del art. 290 CP es evidente que deberá repararse el daño ocasionado a los sujetos pasivos con la falsedad, tanto en el tipo básico como en el agravado. En el primero, existirá una obligación de hacer, consistente en formular de nuevo las cuentas anuales o subsanar los documentos con relevancia jurídica o económica para proteger la veracidad de estos. Mientras que, en el tipo agravado, cuando exista un perjuicio económico a los sujetos pasivos, en ese caso, además de la obligación de hacer deberá repararse el daño económico producido. Como afirma DEL ROSAL BLASCO, el pronunciamiento en relación a la responsabilidad civil podrá obligar a restaurar el orden jurídico alterado por la acción falsaria, que conllevará la declaración de nulidad del acuerdo social adoptado, ya sea del consejo al formular las cuentas o de la junta general al aprobar las mismas y en su caso dejando sin efecto el depósito de las cuentas realizado en el RM. Para ello será necesario sustituirlas por las

[1360] ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General…op. cit.,* p. 589: Para distinguir la reparación del daño de la indemnización de perjuicios materiales entienden ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC que su diferencia se encuentra en que los daños son los causados en las cosas y los perjuicios se refieren a los restantes males producidos por el delito, pudiendo los perjuicios consistir tanto en el "*daño emergente*" como en el "*lucro cesante*".
[1361] MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho ..., op. cit.,* p. 577.

nuevas cuentas anuales formuladas que respondan a la realidad contable de la sociedad, y adicionalmente deberá establecerse, cuando proceda, la reparación del perjuicio económico ocasionado[1362].

En relación con la adopción de los acuerdos abusivos y lesivos adoptados por mayoría ficticia de los delitos 291 y 292 CP, en estos casos, como hemos adelantado, la responsabilidad civil podrá consistir en cualquiera de las acciones reparatorias o restitutorias previstas en el art. 110 CP. Por tanto, si el acuerdo abusivo o lesivo adoptado por mayoría ficticia ha supuesto la transmisión de algún activo de la sociedad (bienes o derechos), el sujeto activo deberá restituir los mismos a los perjudicados, ya sea la propia sociedad u otros socios. Y en cuanto a los supuestos de reparación del daño y de indemnización de perjuicios materiales y morales, al igual que ocurre con el art. 290 CP, el pronunciamiento de la responsabilidad civil, conllevará la obligación de reparar el daño ocasionado que se manifiesta en un doble sentido: por una parte, en la obligación de hacer consistente en dejar sin efecto dichos acuerdos, abusivos o lesivos, mediante la declaración de nulidad de estos, adoptados por el órgano de administración o por la junta general. Y en cuanto que en ambos casos se ocasiona perjuicios económicos a los socios (art. 291 CP) o a la sociedad y los socios (art. 292 CP), habrá que indemnizarles por los perjuicios económicos ocasionados a éstos, incluyendo el lucro cesante como indemnización de perjuicios materiales y morales[1363].

En el delito societario consistente en negar u obstaculizar los derechos de los socios tipificado del art. 293 CP, en este caso, al igual que ocurre con los delitos de los arts. 291 y 292 CP, la responsabilidad civil podrá consistir en cualquiera de las acciones previstas en el art. 110 CP. En este sentido, la negación o impedimento de los derechos previstos en el art. 293 CP, podrán dar lugar a disposiciones patrimoniales en perjuicio del socio, o a daños que deban repararse. No será extraño que, al negar los derechos de información a un socio, éste se pueda ver afectado por la transmisión de un activo en perjuicio de la sociedad y por extensión del propio socio. Y lo mismo ocurrirá, en cuanto a la transmisión de activos patrimoniales, si se le niega a participar en la gestión o control de la sociedad en la que se adoptan acuerdos sin su participación, pudiendo existir en este caso a un concurso de delitos con los arts. 291 y 292 CP. Y finalmente la propia negación o impedimento del ejercicio de los derechos de suscripción preferente reconocidos por las

[1362] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios …, op. cit.,* p. 107.
[1363] DEL ROSAL BLASCO, B.: *Idem,* p. 117.

leyes, necesariamente conllevará la obligación de restituir al socio su derecho al ejercicio de suscripción preferente, y la consiguiente adquisición de las acciones derivadas del ejercicio de este derecho. Y en cuanto a la reparación de daño o indemnización de perjuicios materiales o morales, el pronunciamiento sobre la responsabilidad civil conllevará o bien el de indemnizar a los socios por los perjuicios materiales o económicos ocasionados a los mismos con la negación de sus derechos previstos en el art. 293 CP, además de cumplir con la obligación de reparar el daño ocasionado y en su caso los perjuicios materiales o morales que se pueden haber ocasionado, con la obligación de hacer, consistente en dejar sin efecto las conductas negatorias o impeditivas del ejercicio de los derechos por los socios.

Finalmente, y en cuanto al delito del art. 294 CP consistente en la negación o impedir las actuaciones de las personas órganos o entidades inspectoras o supervisoras, en estos casos si bien puede resultar complicado que se produzca una declaración sobre la responsabilidad civil, ya que estamos ante un delito de peligro abstracto, cuya finalidad es proteger el normal funcionamiento de los órganos inspectores o supervisores, difícilmente se va a producir un daño civil objeto de reparación. No obstante, aunque improbable, cabría el supuesto que la conducta del art. 294 CP haya producido unos daños materiales a la administración supervisora o que dé lugar a una indemnización de los perjuicios materiales realizando una declaración de responsabilidad civil en la sentencia condenatoria. Y ello sin perjuicio de la posible imposición de sanciones administrativas de acuerdo con las normas reguladoras de las entidades supervisadas (*v. gr*. entidades de crédito, aseguradoras, eléctricas, telecomunicaciones etc.). Lo que no veo aplicable en ningún caso, por las propias características del sujeto pasivo del delito (los órganos inspectores o supervisores), es que se produzcan daños morales ejecutando la conducta del art. 294 CP.

VII. 3. La responsabilidad civil de los administradores de hecho y de derecho y de los socios no administradores.

Las personas responsables civilmente de los delitos serán todos aquellos declarados criminalmente responsables, siendo su responsabilidad directa[1364]. Así tal y como prevé el art. 116 CP *toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios*. Siendo los sujetos activos de los

[1364] ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General…op. cit.,* p. 590

delitos societarios los administradores de hecho o de derecho respecto de los delitos de los arts. 290 a 294 CP y los socios no administradores respecto de los delitos de los arts. 291 y 292 CP, en consecuencia, serán los administradores de hecho o de derecho, o en su caso los socios no administradores, los responsables civiles de los delitos societarios cometidos. Y en cuanto a la distribución de la responsabilidad entre los administradores de hecho o de derecho, tal y como señala el art. 116 CP, cabe que la responsabilidad civil sea directa o subsidiaria. Así siendo dos o más los responsables de un delito los jueces o tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno. Y dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables. Aplicando a continuación las reglas del CC respecto de la responsabilidad solidaria o subsidiaria, de forma que quedará a salvo la acción de repetición del que hubiere pagado, contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno. No obstante no debemos olvidar, que de conformidad con la *regla del business judgement rule* prevista en el art. 226 LSC, el administrador de hecho o de derecho que haya actuado en la toma de los acuerdos de buena fe y con la creencia de adoptarlas en interés de la sociedad, dentro de lo que es la normal asunción de riesgos propios de la actividad empresarial, quedará exento de la responsabilidad civil y con mayor razón de responsabilidad penal prevista en los delitos societarios, quedando la determinación de su alcance o valoración a la interpretación de los jueces y tribunales y correspondiendo la inversión de la carga de la prueba, en relación con la toma de las decisiones, a los propios administradores.

Especial mención debemos realizar a la responsabilidad civil de los órganos de administración delegantes respecto de los delitos cometidos por el órgano delegado. En concreto la posible responsabilidad civil en la que pueden incurrir los miembros del consejo de administración respecto de los delitos societarios que haya sido cometidos por su comisión ejecutiva o el consejero delegado, en los que ha delegado aquellas de sus facultades que estatutaria y legalmente no tienen el carácter de indelegables. Esta cuestión, que hemos analizado al estudiar los sujetos activos de los delitos societarios, adquiere gran trascendencia ya que como ya decíamos la posible responsabilidad civil del órgano delegante se sustenta en un doble deber, el de vigilancia cuya transgresión da lugar a la "*culpa in vigilando*" y el de la correcta elección de los miembros de la comisión ejecutiva o del consejero delegado lo que da lugar a la "*culpa in eligiendo*". Pero estas obligaciones jurídico-privadas no pueden en ningún caso trasladar la responsabilidad

penal del órgano delegado al órgano delegante, al ser el órgano delegado responsable de los actos propios ilícitos, ya que reúne el doble requisito de comisión del hecho tipificado y reunir la cualidad subjetiva de administradores prevista en el CP. Y al no existir estos casos responsabilidad penal del órgano delegante, tampoco debería existir responsabilidad civil del mismo, de acuerdo con lo establecido en el art. 116.3 CP. Únicamente entiendo que habrá una excepción en la que se puede producir esa responsabilidad civil del órgano delegante respecto de los delitos cometidos por el órgano delegado y será, cuando exista una específica obligación legal o contractual del consejo de administración, de controlar la actuación de los órganos delegados (art. 11, inciso 2º, apartado a) CP). En este caso si en los estatutos sociales se prevea la obligación de vigilancia del órgano delegante sobre el delegado, habrá una responsabilidad civil del consejo de administración por los delitos societarios que haya podido cometer su comisión ejecutiva o el consejero delegado. Y será la jurisprudencia, la que caso por caso vaya determinando la responsabilidad civil del consejo por los actos de los órganos delegados, a la vista de la dimensión o necesidades organizativas de la sociedad y el conocimiento del órgano delegante de los acuerdos adoptados por el órgano delegado. En cuanto al derecho al cobro de la responsabilidad civil derivado de un delito societario de administración desleal del ya derogado art. 295 CP, resulta clarificadora la STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 669/2021 de 9 septiembre, RJ 2021\4429. Caso Banco de Valencia que atribuye el derecho al cobro no a la entidad de crédito, y sí a favor del FROB al solicitarse y ser ésta perjudicada en el rescate bancario; y sin que tal derecho lo tenga la SAREB al no ser ésta perjudicada, ya que su crédito procede de una relación posterior y contractual a la ejecución de los hechos enjuiciados, por lo que su perjuicio no deriva del delito, y sin perjuicio de poder acudir a la vía civil para reclamar el mismo.

VII. 4. La responsabilidad civil de la persona jurídica por la comisión de un delito societario.

En los delitos societarios no cabe la responsabilidad penal de la persona jurídica al no estar previsto así en el CP (art. 31 bis CP), lo que en consecuencia hace inimputables a las personas jurídicas de los tipos penales recogidos en los arts. 290 a 294 CP[1365]. Por

[1365] HERNÁNDEZ SAINZ, E.: *La Administración…, op. cit.*: "En los delitos especiales cuya autoría exige la condición de administrador, el ente moral que ostenta esta condición solo podrá ser sancionado penalmente si así se ha previsto expresamente, puesto que conforme al artículo 31 bis CP las personas jurídicas solo serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas en los supuestos en que expresamente se haya previsto en el Código. En la mayoría de los delitos especiales

tanto, en principio cabe entender que se excluye la responsabilidad civil de la sociedad tal y como prevé el art. 116.3 CP, en cuanto que sólo son responsables civiles de los delitos los que son responsables criminalmente de los mismos. De esta forma, con carácter general, la sociedad no será responsable civilmente por los delitos societarios cometidos por los administradores de hecho o de derecho, y más cuando en los delitos societarios el sujeto pasivo y perjudicado de los mismos, será la propia sociedad con el alcance que de la misma otorga el art. 297 CP. Incluso cuando los administradores de hecho o de derecho fueran empleados de la sociedad, igualmente entiendo que no resulta de aplicación el art. 120.3 CP que hace responsable a las personas naturales y jurídicas por los delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que lo dirijan o administren, sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que están relacionados con el hecho punible cometido. Ni tampoco el art. 120.4 CP en cuanto que se refiere a los actos realizados por los empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios, sin que sea compatible esas funciones con las conductas ilícitas previstas en los delitos societarios de los arts. 290 a 294 CP que deben ser realizadas por los administradores de hecho o de derecho[1366].

Sólo en aquellos casos que la sociedad pudiera obtener algún tipo de beneficio por la comisión del delito societario (*v. gr*. falsedad contable del art. 290 CP que es la base para una emisión de valores que supone una entrada de tesorería a la sociedad, o negación de derechos de suscripción preferente los socios del art. 293 CP que suponga un beneficio para la sociedad que se hubiera quedado las acciones en autocartera), es decir que se hubiera enriquecido sin causa, tal y como prevé el art. 122 CP, en estos casos cabría la consideración de la sociedad como partícipe a título lucrativo del delito societario, siendo en este caso la sociedad responsable civil de los daños y perjuicios ocasionados por la comisión de un delito societario. En estos casos en los que se le hace responsable civil a la persona jurídica por los delitos societarios cometidos por los administradores de hecho o de derecho o por los socios, deberá existir un respeto absoluto a los principios y garantías que informan el derecho y el proceso penal, en cuanto a la comparecencia de la

en que el autor ha de ser un administrador no se prevé que pueda sancionarse al ente moral administrador. Así sucede en los delitos societarios (artículos 290 a 297 CP), para los que solo está previsto que se sancione a las personas físicas".

[1366] Respecto la responsabilidad civil del empresario por delitos de los trabajadores en el Derecho español, *Vid.* AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R.: *El delito … op. cit.*, p. 144-159.

persona jurídica en juicio y los derechos a ser oída y a su defensa, aunque comparezca única y exclusivamente como responsable civil[1367].

Cuestión distinta será cuando el administrador de derecho sea una sociedad en la que actúa como represente de la misma una persona física (*v. gr*. persona física representante de una sociedad en un consejero de administración), en este caso será la sociedad en la que recae la condición de administrador responsable civilmente de los daños y perjuicios que sean consecuencia de los posibles delitos societarios que haya cometido la persona física representante de la misma en el ejercicio de las funciones de administrador. Para ello en el procedimiento penal, procederá solicitar en el escrito de calificación la responsabilidad personal de los representantes personas físicas adicionalmente de la solidaria o subsidiaria de la persona jurídica administradora, ya que las pretensiones civiles se rigen por el principio de justicia rogada y sólo de acuerdo con esa petición se considerará congruente el fallo con las peticiones de las partes [1368]. Supuesto especial será cuando el consejero sea designado por la Administración Pública en una sociedad mercantil pública (estatal, autonómica o local). En este caso la responsabilidad civil por los daños ocasionados por el consejero a la propia sociedad, socios o terceros como consecuencia de un delito societario cometido en su seno recaerá sobre la Administración sin perjuicio que pueda ejercer su acción de repetición contra su representante sea funcionario o no por su actuación dolosa[1369].

VII. 5. La responsabilidad civil subsidiaria de las entidades aseguradoras por los actos de los miembros de los órganos de Administración y directivos

En materia de responsabilidad civil por los delitos societarios cometidos por los administradores de hecho o derecho, resulta especialmente importante determinar la intervención de las entidades aseguradoras, en relación a la reparación de daño o los perjuicios ocasionados, siempre que las sociedades tengan contratadas pólizas de responsabilidad civil profesional de sus administradores y directivos. Estas pólizas, de origen anglosajón, se denominan pólizas D&O *(Directors and Officers Liability Insurance*), y sus condiciones vienen impuestas por el mercado reasegurador

[1367] RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F.J.: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas a raíz de la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo", *Revista Aranzadi Doctrinal*, Año 2017, núm. 6.
[1368] OCAÑA RODRÍGUEZ, A.: "Responsabilidad civil y penal de los administradores societarios", *Revista Aranzadi Doctrinal, Año 2013, núm.* 10.
[1369] HERNÁNDEZ SAINZ, E.: "El nuevo régimen de responsabilidad de los consejeros de sociedades mercantiles estatales ¿hacia la irresponsabilidad por la gestión de las sociedades públicas", *Revista de Derecho de Sociedades,* núm. 47, 2016.

internacional[1370]. Siendo muy común que, en el ámbito societario, sobre todo en las grandes empresas supervisadas o cotizadas, que éstas dispongan de dichas pólizas que cubren la responsabilidad civil derivada de la actuación de los miembros los órganos de administración, o en el ámbito de las asociaciones de los miembros de sus juntas directivas o en el de las fundaciones de los miembros de sus patronatos, haciéndose extensivas igualmente a los directivos de unas y otras[1371]. Este seguro de responsabilidad civil profesional de los administradores y directivos constituye una modalidad del seguro de responsabilidad civil que a su vez se configura como un seguro de daños derivado del riesgo cubierto por la póliza de seguro. De acuerdo con las cláusulas de las pólizas D&O, los asegurados son los administradores y altos cargos en conjunto, sin que por lo general haya posibilidad de contratar pólizas individuales o parciales[1372], siendo las mismas legales, si bien falta en el derecho español una regulación legal específica de estas pólizas de seguros que tienen la consideración de contrato de seguro atípico[1373]

De conformidad con el art. 117 CP[1374] si la sociedad tiene cubierta la responsabilidad civil derivada de la actuación de los miembros del órgano de administración o directivos mediante la correspondiente póliza D&O, la entidad aseguradora será responsable directa,

[1370] GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.: "La responsabilidad por delitos societarios, desde la perspectiva del seguro privado", en AREÁN LALÍN, M. (coord.) y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (coord.): *El nuevo código penal y los delitos societarios,* A Coruña, Fundación Caixa Galicia, 1998, p. 166: "El seguro D&O es un instrumento jurídico de notable utilidad para proteger a los administradores y gerentes de sociedades, frente a los errores involuntarios en la toma de decisiones, pues, como quiera que la actividad empresarial se caracteriza, precisamente, por la sucesión de tomas de decisiones y la correlativa asunción de los riegos empresariales, inherentes a esas decisiones, el seguro de responsabilidad D&O potencia una mayor audacia en ese proceso de toma de decisiones y asunción de riesgos".

[1371] MOYA JIMÉNEZ, A.: *La responsabilidad …, op. cit.,* p. 106: "Es claro que sólo se puede asegurar el importe de las indemnizaciones a las que hubiere lugar, derivadas del delito -responsabilidad civil subsidiaria-, puesto que la responsabilidad penal es directa y personal y recae en el administrador de la empresa responsable, debiendo cumplir la pena que se establezca por el tribunal en cada caso (privación de libertad, multa, etc.).

[1372] GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.: "La responsabilidad …", en AREÁN LALÍN, M. (coord.) y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (coord.): *El nuevo …, op. cit.*, p. 154.

[1373] RONCERO SÁNCHEZ, A.: "El seguro de responsabilidad civil de los administradores. 2ª ed.", *Revista para el análisis del Derecho,* Año 2005, núm. 1, pp. 5-6: "Resuelto el problema de la licitud, la cuestión se desplaza al análisis de los elementos del contrato para resolver las cuestiones de Derecho societario y de Derecho de seguros que los mismos pueden plantear. A este respecto debe señalarse que, en nuestro ordenamiento jurídico, la ausencia de una regulación específica que establezca el régimen jurídico básico del seguro de responsabilidad civil de administradores de sociedades anónimas, como por otra parte sucede en la generalidad de los ordenamientos jurídicos, plantea ciertas dificultades y obliga a "reconstruir" su disciplina jurídica a partir fundamentalmente del régimen propio del contrato de seguro (en particular, del seguro de responsabilidad civil cuyo régimen legal es también extraordinariamente parco) y de las normas reguladoras de la posición jurídica de administrador de una sociedad anónima...".

[1374] *Artículo 117 CP: Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda.*

que no subsidiaria, de los daños y perjuicios que hayan podido ocasionar los primeros en el ejercicio de sus funciones. La responsabilidad quedará fijada en el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada. No obstante, no resultará extraño encontrar que estas pólizas D&O, en sus clausulados suelen excluir la cobertura de la responsabilidad civil derivada de hechos delictivos, siempre que las mismas sean dolosas, limitando la cobertura de la responsabilidad civil a supuestos en los que sólo haya intervenido imprudencia en la comisión del delito por parte de los miembros del consejo de administración u órgano similar o directivos que puedan actuar como administradores de hecho[1375]. Pero estas cláusulas de exclusión de responsabilidad, como pone de manifiesto la jurisprudencia deben ser claras y precisas, ya que en caso contrario no serían oponibles frente a los perjudicados por el delito. Por consiguiente, no será de extrañar que en los clausulados de las pólizas D&O, excluyan de cobertura las actuaciones dolosas, como es el caso de la comisión de los delitos societarios[1376].

Para ello, resulta importante distinguir entre las cláusulas delimitadoras, que son las que establecen qué riesgos se están cubriendo con la póliza D&O, y las cláusulas restrictivas o limitadoras, que se refieren a concretas limitaciones a la prestación del asegurador, que pueden ser cuantitativas como la franquicia o cualitativas, cuando se excluyen determinados hechos y que deben ser destacadas de forma especial en la póliza y haber sido aceptadas expresamente por escrito por el asegurado, tal y como pone de manifiesto la jurisprudencia[1377]. En este sentido la STS de 25 de octubre de 1991 señala:

[1375] RONCERO SÁNCHEZ, A.: "El seguro …", *op. cit.*, p. 23: "Por lo que respecta a las exclusiones debe señalarse, en primer lugar, que dado que se trata de un seguro de responsabilidad civil quedará excluido de su cobertura el riesgo de responsabilidad que no tenga este carácter (fundamentalmente, los supuestos de responsabilidad derivados de infracciones administrativas y penales, pero no así la responsabilidad civil derivada de la comisión culposa de un delito o falta)".

[1376] GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.: "La responsabilidad …", en AREÁN LALÍN, M. (coord.) y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (coord.): *El nuevo …, op. cit.*, p. 169: "Algunas de estas exclusiones-todas en realidad, aunque algunas más que otras-, tiene, sobre todo, un sentido actuarial/homogeneizador, es decir, se trata de exclusiones que tienen por objeto dejar fuera de la cobertura D&O riesgos que plantearían a las compañías aseguradoras, problemas en el plano estrictamente actuarial o empresarial., ya que distorsionarían un correcto funcionamiento de los cálculos y previsiones actuariales".

[1377] STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 58/2019 de 29 enero RJ\2019\226: FD Segundo: "3. ... El seguro concertado es de responsabilidad de los administradores de una sociedad mercantil en que hubieran podido incurrir en el ejercicio de su cargo. Hoy día, su contenido natural no se limita a la responsabilidad civil regulada en la Ley de Sociedades de Capital, sino que alcanza también aquella que, como hemos expuesto, se prevé en la normativa administrativa, en este caso, la Ley General Tributaria. Se trata de una responsabilidad prevista, por razón del cargo de administrador, para incentivar una actuación más diligente en relación con el cumplimiento de las obligaciones tributarias de la sociedad. Es una responsabilidad relativamente común. Tanto que, objetivamente, en la previsión de quien concierta el seguro, es lógico que se encuentre también la cobertura de este riesgo. De tal forma que su exclusión en el apartado de condiciones generales, sin una aceptación expresa, debe considerarse sorpresiva y por ello limitativa de

> "Las condiciones generales, que no pueden ser lesivas para los asegurados, habrán de incluirse en la póliza o documento complementario que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia que deberán ser específicamente aceptadas por escrito"[1378].

El contenido natural del seguro de responsabilidad civil profesional de las pólizas D&O viene determinado principalmente por el propio contrato y el análisis de la delimitación del riesgo cubierto, debe por lo tanto analizar las condiciones contractuales y determinar si se produce una restricción de la cobertura del seguro en relación con su contenido natural, restricción que revestiría o abonaría la consideración de que se está ante una cláusula limitativa de derechos y por lo tanto, ante una cláusula cuya validez dependerá, entre otras condiciones, de la expresa aceptación por parte del tomador por medio de su firma. El Tribunal Supremo, en la jurisprudencia antes mencionada, entiende que cuando estamos ante una cláusula limitativa, la falta de una expresa aceptación del tomador del seguro lleva a considerar que esa limitación de la responsabilidad civil debe tenerse por no opuesta:

> "De tal forma que debemos analizar si la exclusión de este daño, que contribuye a delimitar el riesgo cubierto por el seguro, restringe de forma sorprendente la cobertura del seguro, en relación con su contenido natural, y por ello reviste la consideración de cláusula limitativa de derechos, lo que hubiera precisado la aceptación expresa del tomador mediante su firma, conforme al art. 3 LCS".

En conclusión, y aplicado al caso de los delitos societarios, en el caso de que no conste en los condicionados, ya sean en las condiciones generales o particulares, de las póliza D&O de miembros del Consejo y directivos, la exclusión por delitos dolosos, de cometerse el delito societarios y generar una responsabilidad civil subsidiaria, en estos casos la compañía aseguradora deberá responder civilmente por el daño causado de forma directa y solidaria frente a los ofendidos, agraviados o perjudicados, reponiendo el daño ocasionado, o incluso las sanciones administrativas impuestas en caso de que se trate de

derechos. Bajo esta caracterización, hubiera sido necesaria la aceptación expresa del tomador de seguro, por lo que, en su ausencia, debemos aplicar los efectos previstos en el art. 3 LCS y, por lo tanto, tenerla por no puesta".

[1378] En cuanto a la interpretación de las exclusiones el STS de 23 de octubre de 2002, con cita de las anteriores de 16 de mayo y 16 de octubre de 2000 tiene dicho que "las cláusulas limitativas operan para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez se ha producido el riesgo", debiendo ser aceptados expresamente en la póliza, STS de 9 de noviembre de 1990, 16 de octubre de 1992, 9 de febrero de 1994, 29 de enero de 1996, 18 de septiembre de 1999, 16 de octubre de 2000 y 17 de abril de 2001.

sociedades sometidas a supervisión administrativa[1379]. La responsabilidad civil derivada del delito podrá quedar perfectamente cubierta por las pólizas D&O, pero lo que en ningún caso quedará cubierta por ésta, es la pena propiamente dicha -la sanción penal- aunque sea estrictamente pecuniaria (multa), porque con la misma no se tutelan intereses particulares/privados sino públicos y porque su carácter no es reparatorio o indemnizatorio[1380].

De acuerdo con lo anteriormente dicho, en mi opinión, los daños derivados de la responsabilidad civil de la comisión de hechos susceptibles de ser calificados delito societarios cometido por un administrador de hecho o de derecho, deberán ser cubiertos por la entidad aseguradora cuando se hayan realizado a título de imprudencia, aunque no den lugar a responsabilidad penal al no caber la imprudencia en los delitos societarios. Y tratándose de su ejecución con dolo, en ese caso habrá que analizar en las pólizas D&O si existe una cláusula limitadora de exclusión de los delitos dolosos, aceptada expresamente por el tomador del seguro o por el asegurado y ello sin perjuicio de que la compañía aseguradora tenga que responder frente a los perjudicados, sin perjuicio que luego pueda repetir contra los condenados por el delito societario[1381]. De no existir dicha cláusula aceptada por éstos, en ese caso, deberá la entidad aseguradora también responder de la responsabilidad civil derivada del delito societario. Para ello será necesario que los

[1379] RONCERO SÁNCHEZ, A.: "El seguro …", *op. cit.*,, p. 19: "En la delimitación de la responsabilidad civil asegurable, con carácter general ha de hacerse mención a la exclusión legal de la asegurabilidad de la responsabilidad civil derivada de dolo del asegurado (art. 19 LCS), exclusión que no impide que el perjudicado o sus herederos puedan dirigirse contra el asegurador en ejercicio de la acción directa para exigir el cumplimiento por éste de su obligación de indemnizar, sin perjuicio de la posibilidad de repetición contra el asegurado que actuó dolosamente (art. 76 LCS). Ello no permite concluir que en el seguro de responsabilidad civil cabe asegurar el dolo sino, simplemente, que por diferentes razones de política jurídica la ley ha extendido frente al perjudicado la obligación del asegurador de indemnizar los daños sufridos por éste (sobre la crítica a esta extensión véase, por todos, SÁNCHEZ CALERO, 1999, pp. 1246 y ss.); en todo caso, esta situación hace innecesaria la exclusión convencional del dolo (dado que la exclusión se referiría a un riesgo que queda legalmente excluido de la cobertura ofrecida por el seguro: BAÍLLO, 2002, pp. 1278 y 1279) e impide que las partes contratantes puedan, mediante pacto en ese sentido, hacer oponible al perjudicado la inasegurabilidad del dolo o, simplemente, la exclusión de la cobertura del dolo del asegurado (el art. 76 LCS admite imperativamente el ejercicio de la acción directa también en este caso, una norma que como señalamos anteriormente resulta aplicable incluso a los seguros de "grandes riesgos"); no obstante algunos autores consideran que, a pesar de lo dispuesto en el art. 76 LCS, el dolo del asegurado es una excepción extracontractual oponible por la compañía aseguradora al tercero perjudicado (BAÍLLO, 2002, p. 1283)".

[1380] GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.: "La responsabilidad …", en AREÁN LALÍN, M. (coord.) y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (coord.): *El nuevo …, op. cit.*, p. 193 y ss.

[1381] GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.: "La responsabilidad …", en AREÁN LALÍN, M. (coord.) y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (coord.): *El nuevo …, op. cit.*, pp. 199-200: "Dicho con otras palabras: la existencia de dolo, por parte del asegurado, no enerva la exigibilidad de la indemnización, por parte del tercero, cuando éste hace uso de la acción directa. Y esta circunstancia demuestra palpablemente, que el dolo no afecta a la validez del SRC, que no vicia de nulidad el contrato de seguro, o- cuando menos- no tiene por qué determinar, necesariamente, la nulidad.

hechos delictivos societarios se hayan cometido durante el tiempo de vigencia de la póliza. Así, no se cubrirán los daños ocasionados posteriormente, en el caso que ya no exista tal cobertura porque la póliza haya sido cancelada por falta de pago o de renovación de esta. Distinto de la anterior es que la reclamación tuviera lugar en un momento posterior a la vigencia de la póliza por hechos cometidos durante la vigencia de ésta, pero conocidos posteriormente. En este último caso, es evidente que la entidad aseguradora con la que esté cubierto el riesgo deberá responder de la responsabilidad civil directa derivada de la comisión de los delitos societarios ocurridos durante la vigencia de la póliza, aunque conocido posteriormente. Y finalmente la jurisprudencia es unánime al considerar que sólo responderá la entidad aseguradora cuando los actos se hayan realizado en el ejercicio de sus funciones de consejero o directivo, administrador de hecho o de derecho, pero no cuando se trate de actos realizados a título personal[1382].

VIII. Las costas procesales en los delitos societarios

La costas procesales[1383] en el ámbito de los delitos societarios, al tratarse de delitos semipúblicos, perseguibles a instancia de parte (art. 296.1 CP), de acuerdo con el art. 124 CP , en el caso de existir sentencia condenatoria, deberán imponerse de oficio, a los criminalmente responsables de los delitos (art. 123 CP), incluyendo no sólo las ocasionadas por las actuaciones judiciales sino también los honorarios de la acusación particular, aunque no sea solicitada ni por la acusación pública o la particular. Tal y como afirma FARALDO CABANA, con la imposición de oficio de las costas, no se vulnera el principio acusatorio, ni el de congruencia, ni el derecho a la tutela judicial efectiva, si se imponen en la sentencia condenatoria, aunque no hayan sido solicitadas ni por la acusación particular ni por el Ministerio Fiscal, pero no se impondrán cuando pese a existir sentencia condenatoria, la parte acusadora ha ejercitado pretensiones

[1382] STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 485/2018 de 11 septiembre. RJ\2018\5132: FD Tercero: 5. La jurisprudencia tradicionalmente distingue el régimen responsabilidad de un administrador de una sociedad frente a terceros, según derive de actos realizados en el ejercicio de su cargo, cuya exigibilidad se supedita a las exigencias previstas en la Ley especial (la Ley de Sociedades de Capital), o de actos realizados en la esfera personal, ajena al cargo de administrador, en cuyo caso no opera el régimen especial societario y se aplica el general de la responsabilidad civil extracontractual del art. 1902 CC. 6. ...Al respecto resulta de aplicación la jurisprudencia contenida en la sentencia 396/2013, de 20 de junio (RJ 2013, 5187), a la que se han remitido con posterioridad las sentencias 472/2016, de 13 de julio (RJ 2016, 3191), y 129/2017, de 27 de febrero (RJ 2017, 603).

[1383] ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General…op. cit.,* p. 591: "Las costas procesales constituyen una contraprestación por los gastos originados por el proceso a la víctima, nacidos de una actuación temeraria o de la mala fe del acusado, siendo su naturaleza esencialmente procesal, civil y reparadora".

completamente distintas de las de la acusación pública, que no hayan sido estimadas[1384].

IX. El decomiso en los delitos societarios

Dentro de lo que son las consecuencias accesorias del delito, los arts. 127 y ss. CP regulan el decomiso de los efectos e instrumentos del delito y de las ganancias, que desde el punto de vista material, participan de idénticas restricciones de derechos y bienes que las penas y las medidas de seguridad, siendo la finalidad del decomiso evitar que el sujeto activo del delito adquiera cualquier tipo de enriquecimiento derivado del mismo, pudiendo alcanzar a los medios e instrumentos del delito, a las ganancias y al valor equivalente que recae sobre los bienes del culpable cuando no fuera posible sobre los dos primeros[1385]. Con la reforma de 2015, inspirada en la Directiva 2014/42/UE, de 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la UE, la regulación del decomiso ha experimentado una vertiginosa mutación en los últimos años, de forma que ha pasado a considerarse un instrumento de primera importancia en la lucha contra la criminalidad[1386]. En mi opinión, la valoración que el decomiso nos merece en el ámbito de los delitos societarios es muy positiva, ya que tal y como hemos visto la pena de multa en muchos casos resultará irrisoria en atención al perjuicio ocasionado y a los beneficios obtenidos por el reo, lo que quedará sin duda suplido con el recurso al decomiso, que desempeñará una clara función preventiva de la comisión del delito al tener claros efectos disuasorios respecto de los posibles sujetos activos de los delitos societarios.

[1384] FARALDO CABANA, P.: "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado..., op. cit*, p.1219.

[1385] ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General…op. cit.,* p. 592.

[1386] QUINTERO OLIVARES, G.: "Comiso" en BOIX REIG, J. (dir.) y LLORIA GARCÍA P. (coord.): Diccionario de Derecho Penal Económico, 2ª ed. Madrid, Iustel, 2017, p. 143: "Como veremos, el objetivo que marca el camino es sencillo: no se trata ya de que el comiso impuesto en la condena pueda ampliarse a cuantos bienes estén en poder del condenado, sino que todo bien que proceda, clara o supuestamente, de un delito, ha de ser decomisado, tanto si está vinculado con un delito presente que se está juzgando como si no es así, y tanto si está en poder del condenado como si está en poder de terceras personas".
FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.: "Personas jurídicas imputables e inimputables incluidas y excluidas en el modo vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas" en DEMETRIO CRESPO, E. (dir.), DE LA CUERDA MARTÍN, M. (coord.) y GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F. (coord.): *Derecho Penal Económico y Teoría del Delito.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 459-460: Tratándose de sociedades instrumentales, tal y como pone de manifiesto la Fiscalía en su Circular 1/2016, que carecen del suficiente desarrollo organizativo para que les sea de aplicación el art. 31 bis, la sanción de los individuos que las dirigen frecuentemente deberá completarse con otros instrumentos como el decomiso o las medidas cautelares reales. La reforma introducida del CP por la LO 15/2003 de 25 de noviembre ampliada por la reforma de la LO 1/2015, introdujo la posibilidad de adoptar el decomiso en situaciones de exención o extinción de la responsabilidad criminal, tratándose de una situación coincidente de forma parcial con la prevista en el art. 31 ter CP que permite la responsabilidad penal de la persona jurídica de forma independiente y compatible con la de la persona jurídica.

El decomiso ampliado regulado en el art. 127 bis CP, resulta de aplicación a los delitos contra el orden socioeconómico, como es el caso de los delitos societarios, pero para ello se establece la condición que se trate de supuestos de continuidad delictiva y reincidencia de contenido patrimonial. De los distintos indicios previstos en el art. 127.2 bis CP, a valorar por los jueces y tribunales para decretar el decomiso ampliado, es especialmente trascedente en los delitos societarios los previstos en los apartados 2 y 3 siempre que exista continuidad delictiva o reincidencia. Así, no será de extrañar que mediante el delito de falsedad contable del art. 290 CP se puedan llevar a cabo la ocultación de la titularidad de bienes de la sociedad, utilizando para ello de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos (testaferros), o en paraísos fiscales o territorios de nula tributación. Con ello se estará buscando ocultar o dificultar la determinación de la verdadera titularidad de los bienes, o la transferencia de los bienes o efectos, mediante operaciones contables que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida, lo que daría lugar al decomiso de los bienes procedentes del delito. Resultará más difícil la aplicación del decomiso ampliado a los delitos previstos en los arts. 291 CP (adopción acuerdos abusivos), 292 CP (adopción de acuerdos lesivos por mayoría ficticias y finalmente del art. 293 CP (negación o impedimento del ejercicio de derechos de los socios). En estos casos, sólo podrá decretarse el decomiso ampliado cuando exista un perjuicio económico acreditado pudiéndose decomisarse todos los bienes cuya lícita obtención no se acredite. No obstante, al exigir el decomiso para estos delitos continuidad delictiva y reincidencia, tendrá una virtualidad práctica muy reducida incluso nula. Adicionalmente, resultará difícil que la finalidad de dichos acuerdos por su propia naturaleza conlleve la existencia de testaferros o la ocultación de los resultados económicos del delito en paraísos fiscales. No obstante, en relación al delito del art. 294 CP consistente en la negativa o impedimento a las actuaciones de los órganos o entidades inspectoras o supervisoras, no aplica ni el decomiso directo ni el ampliado, ya que la propia conducta consistente en la negativa no genera bienes algunos objeto de decomiso, sin perjuicio que pueda existir un concurso de delitos del art. 294 CP con los delitos de falsedad de cuentas anuales del art. 290 CP, o contra la hacienda pública del art. 305 CP o contra la SS del art. 307 CP, pudiendo en estos casos decretarse el decomiso directo y el ampliado, y sin necesidad en este último de que exista continuidad delictiva o reincidencia alguna cuando se trata de delitos contra la hacienda pública o la SS. Cabrá en consecuencia la aplicación del decomiso ordinario y el ampliado en los delitos societarios como consecuencia accesoria de los delitos

societarios, cabiendo incluso el denominado decomiso por sustitución en los casos en los que el decomiso recae sobre bienes que no provienen del delito, tal y como prevé el art. 127.3 CP, con la excepción comentada del art. 294 CP que no cabe decomiso alguno.

En cuanto al decomiso sin sentencia condenatoria, previsto en el art. 127 ter CP, siempre que el acusado o investigado se le haya dirigido un delito societario existiendo indicios racionales de criminalidad, y se den las circunstancias previstas en el art. 127 ter, cabrá decretar el decomiso sin sentencia condenatoria. Su finalidad no es otra evitar el enriquecimiento ilícito, creándose para ello en la LECRIM un proceso especial autónomo destinado a dar cauce a ejecuciones del decomiso siempre que se haya impedido o complicado la posibilidad de su ejecución dentro del proceso penal principal[1387]. En el ámbito de los delitos societarios, las mismas conclusiones a las que hemos llegado respecto del decomiso ampliado serán de aplicación al decomiso sin sentencia condenatoria. Siendo claramente aplicable en el delito de falsedad contable del art. 290 CP y resultará más difícil, pero no imposible, su aplicación en los delitos de los arts. 291 a 293 CP y sin que resulte de aplicación al delito del art. 294 CP.

En relación con el decomiso de bienes de terceros, previsto en el art. 127 *quater*, igualmente es aplicable a los delitos societarios en los casos en los que a través de estos se hayan transferido bienes, efectos y ganancias a terceras personas. Con la reforma de la LO 1/2015, se ha reducido el ámbito otorgado al tercero de buena fe, introduciendo una serie de presunciones destinadas a dificultar la prueba de la buena fe[1388]. Así se presume, salvo prueba en contrario, que el tercero ha conocido o ha tenido motivos para sospechar que se trataba de bienes procedentes de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso, cuando los bienes o efectos le hubieran sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado. En el ámbito de los delitos societarios, cabría el decomiso de bienes en poder de terceros, siempre que se demuestre, aunque sea a través de presunciones, que el tercero era conocedor del delito societario y se ha beneficiado del mismo. Este decomiso aplica a los delitos societarios tipificados en los arts. 290 a 293 CP, siempre que mediante su comisión se hayan transmitido los bienes o activos de la empresa a terceros. Y no resultará de aplicación al delito del art. 294 CP, ya que resulta incompatible con la propia conducta de negar o impedir la realización de las actuaciones inspectoras o supervisoras.

[1387] QUINTERO OLIVARES, G.: *Ibidem.*
[1388] QUINTERO OLIVARES, G.: *Idem,* p. 145.

CONCLUSIONES

I. Del análisis del bien jurídico protegido de los delitos societarios tipificados en los arts. 290 a 294 CP se deriva que estos tienen una doble naturaleza jurídica, la patrimonial o individual, constituido por el patrimonio de los sujetos pasivos; y la socioeconómica o supraindividual constituido por el orden socioeconómico. Los delitos societarios tienen como elemento común, su naturaleza preponderantemente patrimonial, con excepción del delito del art. 294 CP, sin perjuicio que en atención a la importancia que tienen las sociedades mercantiles para la economía nacional pueda resultar afectado el orden socioeconómico.

II. Los delitos societarios, en algunos casos, pueden parecer meros ilícitos carentes de un bien jurídico digno de tutela penal, tal y como ocurre con los delitos tipificados en los arts. 291 y 292 CP. Incluso las conductas que lesionan el bien jurídico protegido por los delitos societarios, pueden resultar irrisorias o nulas, existiendo para su protección, otros medios que son regulados por el derecho mercantil, tal y como ocurre en el delito del art. 293 CP, o el derecho administrativo sancionador, como es el caso del delito del art. 294 CP. Por consiguiente, los juzgados y tribunales deberán realizar una interpretación restrictiva en la aplicación de los tipos penales societarios y ello de conformidad con los principios de intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad. Lo que conlleva a que debamos proponer de *lege ferenda* la modificación de algunos de los tipos penales que justifique la intervención del Derecho penal. En concreto el delito del art. 293 CP, de forma que se establezca una ampliación del objeto del mismo, para dar cabida al derecho al dividendo y al derecho a la liquidación del haber social, lo que a su vez justificará una agravación de la pena de este tipo penal, incorporando al mismo la pena de prisión.

III. Procede integrar los delitos societarios con las normas de derecho privado, en especial con las del Derecho mercantil (LSC, Cco. y RRM), para poder resolver los conflictos jurídicos que se producen en el seno las sociedades, y así evitar que exista una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido. Por aplicación del principio de intervención mínima del Derecho penal, sólo se acudirá al procedimiento penal, cuando el derecho privado no pueda dar solución a los conflictos más graves entre los socios con la sociedad o con los administradores de hecho y de derecho.

IV. Como elemento común de todos los delitos societarios aparece la sociedad, que se constituye como requisito indispensable y común por el ser el marco donde pueden cometerse los mismos. El concepto penal de sociedad se define en el art. 297 CP y constituye la interpretación auténtica o legal a los efectos de los delitos societarios. Este concepto debe integrarse con las normas extrapenales mediante la utilización de técnicas de remisión normativa. En concreto habrá que acudir a las normas que regulan las sociedades de capital, personalistas y mutualistas en el derecho mercantil, así como al derecho administrativo en relación con el delito del art. 294 CP. En este último caso, el delito sólo se puede cometer en el marco de sociedades que actúan en mercados sujetos a supervisión administrativa delimitándose todavía más el concepto de sociedad previsto en el art. 297 CP.

V. Para la determinación penal de sociedad a efectos de los delitos societarios debemos acudir a los elementos que delimitan el carácter de las sociedades mercantiles, que son la mercantilidad y el ánimo de lucro. Si la sociedad carece de la condición de mercantilidad, entendida como el *participar de modo permanente en el mercado*, no habrá delito societario alguno, sin perjuicio que las conductas que ofendan el bien jurídico protegido puedan calificarse como otra figura delictiva. Al concepto penal de sociedad del art. 297 CP, debe dársele el sentido más amplio posible, por ello adquiere coherencia la enumeración de las personas jurídicas contenidas este artículo, en el que se incluyen no sólo a las sociedades mercantiles, personalistas o de capital. En todas ellas cabe la comisión de los delitos societarios, pese que a que el legislador al regular los tipos penales societarios ha pensado más en las sociedades de capital, como se infiere de la propia terminología que se utiliza por los mismos cuando se hace referencia a *sociedad constituida o en formación, administradores de hecho o de derecho, junta de accionistas, órgano de administración, suscripción preferente de acciones, sociedades sometidas o que actúan en mercados sujetos a supervisión administrativa*.

VI. La mención del art. 297 CP a *entidades de análoga naturaleza* implica a *sensu contrario* que deba excluirse del ámbito de los delitos societarios a las personas físicas (comerciante individual) y a los entes carentes de personalidad jurídica propia, en los términos previstos en los arts. 35 y 36 CC. Por el contrario, las sociedades *en formación*, por expresa mención a ellas en los arts. 290, 291, 293 y 294 del CP, sí deben quedar incluidas dentro del concepto de sociedad del art. 297

CP. Y lo mismo ocurre respecto de las sociedades en disolución o liquidación, que, si bien no están mencionadas expresamente en el art. 297 CP, en cuanto que tienen personalidad jurídica propia y participan en el mercado, en su seno pueden cometerse los delitos societarios. Igualmente deben quedar incluidas en el concepto penal de sociedad del art. 297 CP las sociedades irregulares, para evitar con ello una laguna de punibilidad respecto de aquellos que amparándose en que la sociedad no está debidamente constituida puedan cometer alguno de los delitos societarios, eludiendo su responsabilidad por los comportamientos realizados. No ocurre lo mismo respecto de las sociedades en constitución y las sociedades de hecho, que sí están excluidas por no cumplir con el requisito de *participar de modo permanente en el mercado*. Y por el mismo motivo, tampoco las sociedades ocultas previstas en el art. 1669 CC ni las sociedades ficticias, tienen cabida dentro del concepto penal de sociedad del art. 297 del CP.

VII. Los delitos societarios no pueden considerarse normas penales en blanco, ya que contienen todos los elementos del tipo de conformidad con los requisitos establecidos por la doctrina del TC. En todos ellos el tipo fija la pena, así como el núcleo esencial de la prohibición, y cumple con la exigencia de certeza, estando la conducta típica perfectamente delimitada con el complemento indispensable de la norma extrapenal a la que los tipos penales societarios se remiten. Esa remisión debe ser a disposiciones generales con rango de ley, por aplicación del principio de legalidad que rige en materia penal. En los delitos de los arts. 292, 293 y 294 CP el reenvío a normas extrapenales es expreso, está previsto por los propios tipos y es una consecuencia de las conductas y el objeto de los mismos. En el caso de los arts. 290 y 291 CP, aunque no conste la remisión expresa a las leyes extrapenales, no significa que los mismos no deban integrarse también con aquellas. Así en el caso del art. 290 CP deberá integrarse con la normativa contenida en la LSC, el Cco., el RRM y el resto de las leyes mercantiles de sociedades, y las normas contables, mientras que el delito del art. 291 CP deberá complementarse igualmente con el Derecho mercantil, por guardar este tipo una identidad en su objeto material con el del art. 292 CP.

VIII. No existe un objeto material único u homogéneo común a los cinco tipos delictivos societarios, sino que existe una heterogeneidad propia de cada uno de los tipos penales. Pero sí existen concomitancias o elementos comunes entre algunos de

ellos, derivadas de la integración de las normas extrapenales en la determinación del alcance de la conducta y objeto material de cada uno de los delitos societarios. Así podemos distinguir tres grupos de delitos societarios en atención a los elementos comunes derivados de las conductas y su objeto material. El primer grupo está formado por los delitos societarios tipificados en los arts. 290 y 293 CP, que tienen en común que afectan directamente a los derechos políticos y económicos de los socios, como titulares del capital social de las sociedades. Ambos preceptos deben integrarse con la normativa extrapenal, constituida por una extensa y minuciosa legislación que sobre su objeto material establecen las leyes mercantiles y en especial la LSC, el Cco. y el RRM, así como las leyes que regulan cada una de las modalidades societarias especiales. El segundo grupo está conformado por los arts. 291 y 292 CP, los delitos societarios cuya conducta y objeto material son los más análogos de todos los delitos societarios. Ambos tipos penales deben integrarse con la legislación mercantil, y en concreto con la LSC, el Cco. y el RRM, para de esta forma delimitar si un acuerdo social adoptado en el seno de la junta general o del órgano de administración tiene carácter de abusivo o de lesivo para los sujetos pasivos. Y el tercer grupo, está constituido por el delito del art. 294 CP, que en nada tiene que ver con los otros cuatro delitos societarios precedentes, salvo que se produce en el seno de sociedades, en este caso sólo las sujetas a supervisión administrativa. Éste constituye un claro ejemplo de remisión normativa, ya que hay que acudir a las normas de derecho administrativo sectorial de cada sociedad supervisada, para saber si, aquella está efectivamente sometida a estas potestades administrativas, creando con ello un tipo penal extremadamente abierto e inconcreto.

IX. El ánimo de lucro en los delitos societarios tipificados en los arts. 290, 292, 293 y 294 CP, no constituye un elemento subjetivo del tipo, a diferencia del art. 291 CP, en el que sí lo constituye al estar expresamente previsto en el tipo penal. Lo anterior no significa que en los primeros no pueda existir un ánimo de lucro de los sujetos activos, pero lo cierto es que ese ánimo de lucro ni aparece descrito en estos tipos penales societarios ni constituye un elemento subjetivo del tipo. Tratándose del delito del art. 294 CP, consistente en la negativa o impedimento a los órganos inspectores o supervisores del ejercicio de sus facultades de inspección y

supervisión, la propia conducta negatoria determina que difícilmente exista ánimo de lucro en la misma.

X. El *perjuicio económico* al patrimonio de los sujetos pasivos, como resultado material e imputación objetiva, constituye un elemento común en los delitos de los arts. 290 (tipo agravado del apartado segundo) 291, 292 CP, actuando en todos ellos el patrimonio como objeto de tutela. En el caso que no se produzca el mencionado *perjuicio económico* a los sujetos pasivos, se deberá acudir a la jurisdicción civil o mercantil en su caso, para resolver los conflictos entre los socios o entre la sociedad y los socios, y existe para ello una amplia regulación de los medios para su protección en la LSC y las normas procesales. Tratándose del delito del art. 293 CP, el perjuicio económico se encuentra implícito en la negativa del ejercicio de los derechos de suscripción preferente de acciones, al tener estos derechos un claro contenido económico. En el caso del delito del art. 294 CP, no se requiere para su consumación la existencia de un perjuicio económico, ya que se protege el propio orden socioeconómico, y no los intereses patrimoniales de la sociedad, los socios o terceros.

XI. Otro de los elementos comunes a los delitos societarios es su consideración como delitos especiales propios, que tienen como autores o sujetos activos, o bien a los administradores de hecho y de derecho (arts. 290, 291, 292, 293 y 294 CP) que, en atención a sus funciones de dirección y gestión en las sociedades, son los que pueden ejecutar las conductas típicas; o bien a los socios o accionistas (291 y 292 CP). Para delimitar la figura de los administradores de hecho y de derecho debemos acudir a las leyes extrapenales, y en concreto a la legislación mercantil, centrándonos en las que constituyen el *corpus jurídico* principal del derecho societario, la LSC, el RRM y el Cco., a los que se remiten directa o indirectamente el resto de las leyes mercantiles societarias (*v. gr.* legislación cooperativa). Adicionalmente deben aplicarse las normas que rigen el buen gobierno de las sociedades (*corporate governance*), al constituir verdaderos principios generales. Las normas extrapenales van a jugar un papel trascendental para integrar el concepto, funciones y alcance de los sujetos activos de los delitos societarios, ya que en el Derecho mercantil los conceptos de administrador de derecho y de hecho están perfectamente determinados.

XII. El concepto procedente del derecho mercantil del deber de diligencia, en su doble vertiente como *deber general de diligencia de un ordenado empresario* y como *regla del buen criterio empresarial* (*business judgement rule*), que establece la forma en la que deben actuar los administradores en su relación con la sociedad, tiene una vigencia absoluta en el ámbito de los delitos societarios y en la interpretación que en la aplicación de los mismos deben realizar los jueces y tribunales penales. Y lo mismo debe predicarse respecto del deber de lealtad que tienen los administradores respecto de la sociedad y su obligación de actuar de buena fe y como un fiel representante en el mejor interés de aquella. El silencio que guarda la legislación mercantil en relación con las obligaciones de lealtad por los administradores de hecho, limitándola a los administradores de derecho, sin embargo, queda perfectamente salvada en los delitos societarios en cuanto a la consideración de unos y otros como sujetos activos de los mismos.

XIII. En el ámbito de los delitos societarios las personas físicas o jurídicas que tengan atribuidas las facultades de gestión y representación se consideran administradores de hecho o de derecho, tal y como se prevé en el art. 209 LSC. La figura del administrador de derecho no genera problema alguno de interpretación, ya que para la delimitación de su concepto y alcance bastará remitirnos a las leyes extrapenales. Así en el ámbito penal es administrador de derecho el que cumple con los requisitos previstos en la legislación mercantil en cuanto a su nombramiento, capacidad, duración e inscripción en el RM. El concepto que plantea problemas en cuanto a su delimitación es el de administrador de hecho. Este no debe quedar limitado exclusivamente a la definición jurídico-mercantil prevista en el art. 236.3 LSC, esto es, el que ejerce las funciones de administrador públicamente pero carece de título de nombramiento para ello, que incluye también a la persona que de forma oculta ejerce las funciones de administrador (*shadow director)*. Pero esta definición mercantil siendo válida, resulta insuficiente, por limitarse exclusivamente a aquellas situaciones en las que existe una irregularidad de índole formal. En el Derecho penal se exige realizar una interpretación más amplia del concepto de administrador de hecho, que trasciende de la pura relación jurídico-mercantil y que alcanza a la relación material y fáctica entre el sujeto y el bien jurídico protegido. Así son administradores de hecho a los efectos de los delitos societarios aquellas personas físicas o jurídicas, que, ejerciendo las funciones propias de administrador,

lesionen con su conducta al bien jurídico protegido por los mismos, aun cuando su nombramiento no sea válido por no cumplir los requisitos establecidos en la legislación mercantil. Para la delimitación del administrador de hecho como sujeto activo de los delitos societarios, habrá que examinar su disponibilidad de los poderes o facultades propias del administrador, es decir las de administración y gestión y de representación de la sociedad, y que a su vez se encuentre en predisposición de ofender o lesionar el bien jurídico protegido. En los casos en los que se cumplan estos requisitos existirá una identificación absoluta entre el administrador de hecho y de derecho como sujetos activos de los delitos societarios, atribuyéndoles la misma responsabilidad a unos y a otros. No obstante, en aquellos delitos susceptibles de ser considerados como de infracción de un deber institucional específico, como ocurre con el art. 294 CP, la figura del administrador de hecho debe restringirse, aunque no excluirse, ya que la conducta típica normalmente será realizada por quiénes deben cumplir este deber que son los administradores de derecho.

XIV. Especial transcendencia en la determinación del sujeto activo de los delitos societarios tienen los supuestos de autoría y participación a la vista de la integración de los administradores en el consejo de administración como órgano colegiado. En estos casos no basta con la comisión del delito societario a través de los acuerdos que se adopten por el consejo de administración, sino si el administrador ha tomado parte en la adopción del acuerdo, si se ha ejecutado de forma dolosa y si en definitiva se le puede imputar al mismo como obra suya. El principio de responsabilidad solidaria contenido en el art. 237 LSC, deberá interpretarse siguiendo las reglas generales que regulan la intervención de varias personas en un delito, averiguando cuál ha sido la participación real de cada sujeto en la ejecución del hecho delictivo de acuerdo con el principio de la responsabilidad personal por los hechos típicos y antijurídicos realizados por el sujeto activo. En cuanto a los miembros del consejo de administración, desempeñan un papel esencial tanto el presidente, como verdadero *primus inter pares* entre los consejeros que conforman el órgano colegiado, como el secretario en cuanto a sus facultades certificantes y de fe pública interna societaria, que podrá tener o no la condición de consejero. Ambas figuras se encuentran en una situación de especial trascendencia en la posible comisión de los delitos societarios. El consejo de administración no responde de las

actuaciones que realicen sus órganos delegados (la comisión ejecutiva o el consejero delegado), cuando éstos ejercen unas facultades que hacen propias y con plena autonomía y responsabilidad. No son suficientes para determinar la responsabilidad penal, las categorías de vigilancia del derecho privado, cuya transgresión da lugar en ese ámbito a la *culpa in vigilando* y el de la correcta elección de los miembros de la comisión ejecutiva o del consejero delegado lo que da lugar a la *culpa in eligiendo*. Estos principios no resultan aplicables en el ámbito de la responsabilidad penal al exigirse que sea individual.

XV. Los delitos societarios sólo pueden perseguirse cuando medie dolo del sujeto activo, ya se trate de primer o segundo grado, constituyendo éste un elemento común a todos ellos. De acuerdo con los deberes de diligencia y lealtad que se exigen a los administradores, podremos apreciar si su conducta es o no dolosa en relación a la comisión de los tipos penales societarios. En atención a la concepción normativa del dolo podremos discernir cuando la conducta es o no dolosa, sobre todo en atención a los elementos normativos de los tipos penales y su remisión a las normas extrapenales, especialmente a las normas del Derecho mercantil. El dolo eventual sólo es admisible en los delitos de los arts. 290 CP, 293 y 294 CP y no cabe en los delitos de los arts. 291 y 292 CP.

XVI. Además de las personas jurídicas, son sujetos pasivos de los delitos societarios los socios y terceros en atención al delito societario de que se trate. La sociedad es mencionada expresamente como sujeto pasivo de los delitos societarios en los arts. 290 y 292 CP. Los socios, por otra parte, son sujetos pasivos de los delitos societarios de los arts. 290, 291, 292 y 293 CP por mención expresa en los mismos. Y los terceros, lo serán en el art. 290 CP cuando tengan la condición de acreedores de la sociedad, como es el caso de los depositantes, titulares de bonos, cuentacorrentistas y en el art. 294 CP las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras de la Administración.

XVII. La condición de perseguibilidad que aparece regulada en el art. 296.1 CP, constituye uno de los principales elementos comunes de los delitos societarios y es un presupuesto del proceso penal, determinante del inicio del procedimiento cuando se cometa un delito societario, que influye de forma indirecta en la penalidad. Esta condición es la que otorga una naturaleza jurídica común a los delitos societarios como delitos semipúblicos. Con la creciente notoriedad que han ido adquiriendo

estos delitos, en atención al gran número de las personas perjudicadas, ha quedado superada la concepción del legislador de 1995 acerca de la escasa trascendencia de su infracción. Con la condición de perseguibilidad prevista en el art. 296.1 CP, en determinadas ocasiones se puede limitar el derecho a la tutela judicial efectiva consistente en el acceso a los tribunales, ya que al depender el ejercicio de la acción de los agraviados u ofendidos, se ponen en peligro intereses generales de notable entidad, además de, por supuesto los intereses individuales de los socios, la sociedad o terceros afectados por los delitos societarios.

XVIII. Carece de sentido que no se admita la acción popular prevista en los arts. 101 y 270 LECRIM en los delitos societarios, cuando exista una lesión grave del bien jurídico individual o supraindividual o colectivo que justifica la intervención del derecho penal. En el caso en que el agraviado u ofendido (acusación privada) no inicie el procedimiento, aquellos terceros que tengan la condición de perjudicados, verán limitado el ejercicio de la acción penal debiendo acudir al procedimiento civil, lo que supone una restricción al acceso a los tribunales en la persecución de los delitos societarios (*v. gr*. asunto Fórum Filatélico, Afinsa y caso Banesto). Por no decir que la subordinación del interés público al interés privado puede dar lugar a situaciones de tráfico inmoral, como negociaciones en favor de algunos perjudicados y en perjuicio de otros. Situación que se hace más gravosa cuando se analizan tipos penales, también de naturaleza patrimonial, como son los delitos de apropiación indebida, estafa o falsedades en los que, en atención a su carácter público, no se precisa tal denuncia y que pueden tener incluso menos entidad que delitos de falsedad contable del art. 290 CP o negativa a las actuaciones inspectoras o supervisoras del art. 294 CP. Por otra parte, resulta innecesaria la mención al representante legal del agraviado u ofendido que hace el tipo, ya que la misma la tiene atribuida por disposición expresa del art. 102.1 LECRIM.

XIX. La intervención del Ministerio Fiscal, prevista en el art. 296.1 CP *in fine*, y la posibilidad de interponer la denuncia por los delitos societarios cometidos contra un menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o persona desvalida, queda justificada en atención a lo establecido en el art. 124.1 CE y en el art. 1 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. No obstante, no se acaba de entender que se utilice en el precepto el verbo “podrá”, cuando entendemos que el Ministerio Fiscal no

puede decidir con criterios de oportunidad, sino que su decisión debe adecuarse en todo caso a servir de la mejor manera posible al interés del agraviado u ofendido (arts. 6 EOMF y 105 LECRIM). En consecuencia y de *lege ferenda* el verbo "podrá" debería modificarse por el de "deberá".

XX. Las mismas críticas podemos realizar respecto de los supuestos en los que se permite la persecución de oficio de los delitos societarios prevista en el art. 296.2 CP. Y ello porque la regla general debería ser la persecución de oficio de todos los delitos societarios, independientemente de que afecten a *intereses generales* de naturaleza patrimonial o socioeconómica, o a una *pluralidad de personas.* Suprimiendo la condición de perseguibilidad prevista en el art. 296.1 CP se evitará tener que acudir a conceptos jurídicos indeterminados, como son el que los delitos afecten a los *intereses generales* o a una *pluralidad de personas.* Estos conceptos presentan actualmente dificultad en cuanto a su determinación y alcance, y están sujetos a su interpretación por los juzgados y tribunales; por lo que se propone de *lege ferenda* que los delitos societarios sean perseguibles de oficio, sin dejar a la voluntad de los particulares su persecución. Y serán los juzgados y tribunales, los que, a la vista de la gravedad de la lesión del bien jurídico protegido por los delitos societarios, determinarán si siguen con la instrucción del procedimiento o dictan auto de sobreseimiento provisional, archivando el mismo, y quedando expedita la vía de la jurisdicción civil o mercantil. Se entiende así que la condición de perseguibilidad del art. 296 CP no resulta compatible con la naturaleza eminentemente pública que tiene el Derecho penal moderno. Pero mientras no se produzca la reforma legislativa propuesta, los tribunales de justicia deberán realizar una interpretación más generosa que la que vienen realizando sobre cuándo afectan los delitos societarios a los *intereses generales* o a una *pluralidad de personas*, para evitar que la tutela judicial efectiva de los perjudicados económicamente por los delitos societarios se vea limitada, y muy en especial cuando se trate de los delitos de falsedad contable del art. 290 CP y del art. 294 CP en atención éste último a su naturaleza socioeconómica.

XXI. La remisión que realizan los delitos societarios al ordenamiento jurídico extrapenal hace que surjan cuestiones prejudiciales en el procedimiento penal, que se pueden considerar puntos de conexión, y que, al aparecer unidos al objeto penal, requieren de un tratamiento conjunto. Para ello, los delitos societarios deben ser integrados

con las normas extrapenales para permitir en cada caso concreto discernir entre si nos encontramos frente a un hecho típico o no. El examen de cuestiones como son el contenido de las cuentas anuales, la condición de los administradores de hecho o de derecho, las condición de socio, el funcionamiento de los órganos sociales y la adopción de los acuerdos sociales, o el concepto de entidad supervisada, son en este sentido determinantes para conocer si el hecho concreto es constitutivo o no de una conducta típica prevista en alguno de los tipos penales de los arts. 290 a 294 CP. Corresponderá al tribunal penal analizar y resolver esas cuestiones prejudiciales, conforme a los arts. 10 LOPJ y arts. 3 a 7 LECRIM pero se deben integrar en la norma jurídica penal los elementos jurídicos propios de la jurisdicción ordinaria. En las cuestiones prejudiciales no devolutivas, el juez de lo penal deberá resolver utilizando las normas jurídicas sustantivas aplicables al caso distintas de las penales (art. 7 LECRIM). Y en cuanto a las cuestiones prejudiciales devolutivas, éstas no son aplicables en el seno del procedimiento penal en el que se enjuician delitos societarios, ya que en ningún caso la relación o situación extrapenal será la determinante de la existencia o inexistencia del delito, porque las normas extrapenales integrarán a las penales y deberán ser resueltas por el juez de lo penal. El fondo de la cuestión prejudicial es necesariamente parte del fondo de la cuestión penal, y a veces se confunde con el mismo núcleo de la controversia penal, y al decidir sobre ese elemento típico o sobre la intencionalidad de los acusados está resolviendo también la cuestión prejudicial concreta.

XXII. En la penalidad de los delitos societarios tratándose del delito de falsedad contable del art. 290 CP, el legislador ha sido especialmente sensible con la importancia que tiene este delito, en cuanto que le impone la mayor de las penas previstas para los mismos, que es doble en atención al perjuicio ocasionado y que la de prisión y la de multa no es alternativa, a distinción del resto de los delitos societarios, sino que se aplica de forma conjunta. En el delito de imposición de acuerdos abusivos del art. 291 CP no existe un desvalor de acción que justifique la pena, ya que no estamos ante un engaño propio de la estafa o de la administración desleal, sino que el acuerdo abusivo es un acuerdo formal que puede ser objeto de impugnación a través de las distintas acciones que establece la LSC (bien la acción social de responsabilidad, o la acción individual de responsabilidad). Estamos ante una conducta en la que falta la legitimidad de la intervención penal para sancionar, ya

que puede ser eficazmente combatida con los medios que dispone el Derecho privado. Lo mismo puede decirse de los acuerdos lesivos adoptados por mayoría ilícita del art. 292 CP, si bien en este caso la conducta se encuentra agravada por la adopción de la mayoría ilícita por medios fraudulentos, existiendo una falta de proporcionalidad de la pena del art. 292 CP respecto de la del art. 291 CP, pues la conducta del art. 292 CP tiene un contenido de mayor gravedad en atención a esos medios fraudulentos utilizados para la adopción de los acuerdos lesivos que debería establecer mayor pena que la del art. 291. En cuanto a la penalidad del art. 293 CP, en atención a las conductas tipificadas consistente en deberes extrapenales, determina que sea la menos grave de todos los delitos societarios, previéndose una pena excesivamente benévola comparada con el resto de los delitos societarios lo que hace prácticamente inútil el precepto. Y todavía carece de mayor sentido que se tipifique en el art. 294 CP no las lesiones a los socios ni su puesta en peligro, sino la lesión de las facultades de inspección de la Administración sobre la sociedad que son más propias de un delito de desobediencia. La pena de éste último se puede considerar excesiva en atención a la gravedad que puede otorgarse a la conducta delictiva, ya que aun pudiéndose ver afectados intereses relevantes, el tipo penal no deja de ser un refuerzo de las sanciones previstas en la normativa administrativa para sectores supervisados.

XXIII. La distinción existente entre días-multa (arts. 290, 293 y 294 CP) y multa proporcional (arts. 291 y 292 CP), supone una diferencia que carece de fundamento en los delitos societarios. Resulta más acorde con la naturaleza eminentemente patrimonial de estos delitos, fijar para todos los delitos societarios una multa proporcional vinculada por un lado al beneficio obtenido por el sujeto activo, tal y como se prevé en los arts. 291 y 292 CP, y por otro al perjuicio económico realmente causado. Por otra parte, resulta excesiva la facultad otorgada a los jueces y tribunales en el art. 294 CP de imponer medidas accesorias previstas en el art. 129 CP, precepto que remite a su vez a las letras c) a g) del art. 33 CP, por los graves perjuicios que ello puede ocasionar a la sociedad, socios o terceros, sin ser éstos los sujetos activos del delito del art. 294 CP, lo que nos lleva a plantear la supresión de estas medidas accesorias para este tipo penal. Y ello por dos razones, en primer lugar porque el art. 129 CP está previsto exclusivamente para entes carentes de personalidad jurídica; y en segundo lugar porque las personas jurídicas no pueden

ser responsables penalmente de los delitos societarios. En todo caso, y de *lege ferenda*, se propone que se introduzca en todos los delitos societarios como pena principal, y no meramente accesoria que actualmente es una facultad que tiene el juez de acuerdo con los arts. 32, 33, 39b) y 45 CP, la inhabilitación especial por tiempo superior a cinco años, para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio u otras actividades, que no está previsto actualmente en ninguno de los tipos penales societarios.

XXIV. La agravación de la pena tratándose de delitos con pluralidad de personas o delitos con sujeto pasivo masivo (art. 74.2 CP), podrá aplicarse a los delitos societarios, siempre que mantengamos su naturaleza eminentemente patrimonial. Esta agravación de pena, tendrá cabida especialmente en el delito de falsedad contable del art. 290 CP cuando el perjuicio afecte a una generalidad de personas. También podrán aparecer en los delitos de los arts. 291, 292 CP, sobre todo los que se puedan producir en el seno de las grandes sociedades, cuando se adopten acuerdos abusivos o lesivos en el órgano de administración o en la junta general afectando los mismos a una generalidad de accionistas y causando perjuicios económicos. Resultará más difícil que se aplique en atención al tipo de derechos que se niegan a los socios en el art. 293 CP, excepto en el caso de la negación de los derechos de suscripción preferente. Donde no resulta posible la aplicación de delito masa es en el tipo de art. 294 CP en atención a la propia conducta negatoria o impeditiva y al sujeto pasivo afectado.

XXV. No resulta aplicable la excusa absolutoria del art. 268 CP a los delitos societarios, al aplicar la misma a los delitos patrimoniales regulados en los Capítulos I a IX del Título XIII del Libro II CP estando los delitos societarios regulados en el en el Capítulo XIII del mismo Título. De *lege ferenda*, en cuanto que los delitos societarios tienen un contenido eminentemente patrimonial, que guardan concomitancias en cuanto a su naturaleza jurídica con los meritados delitos patrimoniales, debería ampliarse la excusa absolutoria del art. 268 CP a los delitos societarios, incorporándose esta previsión en el propio art. 268 CP o en el vigente art. 296 CP.

XXVI. El plazo de prescripción común a todos los delitos societarios es de cinco años de acuerdo con el art. 131 CP, al tener los delitos societarios la consideración de delitos menos graves. Tratándose de los delitos de los arts. 290, 291, 292 y 294 CP en

cuanto que la pena es compuesta, formada por prisión y multa, para la aplicación de las reglas de la prescripción, se estará a la que exija mayor tiempo, es decir a la de prisión (art. 131.2 CP). En caso de que exista concurso de delitos, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave de acuerdo con lo establecido en el art. 131.4 CP en relación con el art. 131.1. del CP. Para el cómputo del plazo de prescripción, de acuerdo con el art. 132.1. CP, el *dies a quo* será el día en que se haya cometido la infracción punible, y sólo en el caso en que hubiera un delito continuado, en ese caso el *dies a quo* empezará cuando se realizó la última infracción. Para la interrupción de la prescripción en los delitos societarios, aplican las reglas tasadas de *numerus clausus* previstas en el apartado 2 del art. 132 CP, con las especialidades en caso de que sean varios los sujetos activos. Y en relación con el plazo de la prescripción de las penas de los delitos societarios, es la correspondiente a los delitos menos graves, prescribiendo a los cinco años según prevé el art. 133.1 CP. El *dies a quo* de la prescripción de la pena, de acuerdo con el art. 134 CP se computará desde la fecha de la sentencia firme o desde el quebramiento de la condena si ésta hubiese comenzado a cumplirse.

XXVII. Igualmente constituye otro elemento común a todos los delitos societarios, al ser delitos menos graves, la suspensión de la pena privativa de libertad prevista en el art. 80 CP. Para la fijación del plazo de suspensión aplica el art. 81 CP que será de dos a cinco años en atención a las penas privativas de libertad impuestas, contándose este plazo desde que se haya acordado en sentencia. Las condiciones mencionadas en el art. 84 CP de la suspensión de la pena privativa de libertad, resulta de aplicación tanto el cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes, en virtud de mediación, como el pago de una multa, y entiendo que será más difícil que se pueda sustituir la pena en los delitos societarios por la realización de trabajos en beneficio de la comunidad previsto en el art 84.3 CP por ser incompatibles con la propia naturaleza de los delitos societarios.

XXVIII. En cuanto a la responsabilidad civil en los delitos societarios consistente en la restitución del bien prevista en el art. 110 CP no es de aplicación a los delitos de los arts. 290 y 294 CP de acuerdo con el propio objeto de estos delitos, si bien, sí tiene cabida en el resto de los delitos societarios (arts. 291 a 293 CP). La reparación del daño aplica a todos los delitos societarios, al igual que ocurre con la indemnización de perjuicios materiales y morales, si bien los daños morales difícilmente serán de

aplicación al delito del art. 294 CP. La responsabilidad civil recaerá sobre los declarados criminalmente responsables, es decir, los administradores de hecho o de derecho en los cinco delitos societarios (arts. 290 a 294 CP) y los socios no administradores en los delitos de adopción de acuerdos abusivos o lesivos por mayorías ficticias de los arts. 291 y 292 CP, pudiendo ser la responsabilidad civil directa o subsidiaria y solidaria o mancomunada, con la especialidad para el caso de responsabilidad del órgano delegante por las actuaciones del delegado, la comisión ejecutiva o el consejero delegado.

XXIX. En los delitos societarios no cabe la responsabilidad penal de la persona jurídica al no estar previsto en el CP (art. 31 bis CP), haciendo inimputables a las personas jurídicas de estos tipos penales, lo que en principio y de conformidad con el art. 116.3 CP excluye de responsabilidad civil de la misma. No obstante, la sociedad podrá ser responsable civilmente por los delitos societarios cometidos por los administradores de hecho o de derecho cuando aquella obtenga algún tipo de beneficio por su comisión, dando lugar a un enriquecimiento ilícito, de acuerdo con el art. 122 CP, pasando la sociedad a ser partícipe a título lucrativo del delito societario, en cuyo caso podrá ser responsable civil del delito societario o cuando los administradores de hecho o de derecho hayan cometido el delito en el desempeño de sus obligaciones o servicios de acuerdo con el art. 120.4 CP. En el caso de existir pólizas de seguro para cubrir la responsabilidad civil de administradores y directivos, las denominadas D&O, las entidades aseguradoras será responsables civiles subsidiarios de los delitos societarios. Para que estas pólizas cubran el dolo, será necesario que no se haya excluido en su condicionado mediante cláusulas restrictivas o limitadoras aceptadas expresamente por el tomador del seguro.

XXX. En relación a otras consecuencias jurídicas de los delitos societarios, las costas procesales del procedimiento se aplicarán de oficio (art. 124 CP) por tratarse de delitos semipúblicos perseguibles a instancia de parte (art. 296.1 CP) en caso de existir sentencia condenatoria. En cuanto a las modalidades de comiso especiales, el decomiso ampliado (art. 127 bis CP) requerirá para su aplicación en estos delitos que exista continuidad delictiva y reincidencia en los mismos. Esto es probable que ocurra en el caso del delito de falsedad contable del art. 290 CP con la búsqueda de testaferros o la ocultación de resultados económicos en paraísos fiscales, siendo

más difícil en los delitos de los arts. 291, 292 y 293 CP en atención a la conducta y su objeto. Cabe igualmente que el decomiso en los delitos societarios recaiga sobre bienes no provenientes del propio delito en el caso del decomiso por sustitución (art. 127.3 CP), y el decomiso sin sentencia condenatoria (art. 127 ter CP) o el decomiso de bienes de terceros (art. 127 quater CP) con conclusiones análogas a las ya dichas para el decomiso ampliado. En relación al delito del art. 294 CP, no aplica ni el decomiso directo ni el ampliado ya que la propia conducta consistente en la negativa a las actuaciones inspectoras o supervisoras no genera bienes algunos objeto de decomiso.

BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, M. (coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo IV. Derecho penal. Parte especial (Derecho penal económico)*, 3ª ed., Madrid, Iustel, 2023.

- AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R.: *El delito en la empresa. Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario.* Barcelona, Atelier, 2010.

- ALONSO RIMO, A.: "Perseguibilidad a instancias de la víctima", en BOIX REIG, J. (dir.) y LLORIA GARCÍA P. (coord.): *Diccionario de Derecho Penal Económico,* 2ª ed. Madrid, Iustel, 2017, pp. 797-808.

- AMELUNG, K.: "El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos" en HEFENDEHL, R. (ed.), VON HIRSCH, A. (ed.) y WOHLERS, W. (ed.): *La Teoría del bien jurídico.* Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 221-258.

- AREÁN LALÍN, M.: "Conceptos mercantiles tipificados en los delitos societarios", en AREÁN LALÍN, M. (coord.) y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (coord.): *El nuevo código penal y los delitos societarios,* A Coruña, Fundación Caixa Galicia, 1998, pp. 13-32.

- AREÁN LALÍN, M. (coord.) y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (coord.): *El nuevo código penal y los delitos societarios,* A Coruña, Fundación Caixa Galicia, 1998.

- ARROYO ZAPATERO, L. (ed.) y TIEDEMANN, K. (ed.): *Estudios de Derecho penal económico.* Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1994.

- ARROYO ZAPATERO, L.: "Los delitos societarios en el Proyecto de 1992", en ARROYO ZAPATERO, L. (ed.) y TIEDEMANN, K. (ed.): *Estudios de Derecho penal económico.* Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, pp. 57-60.

- ASENCIO MELLADO, J.M. (dir.), FUENTES SORIANO, O. (coord.): *Derecho Procesal Penal,* 2ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

- AYALA GÓMEZ, I. (coord.) y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (coord.): *Memento Práctico Penal Económico y de la Empresa.* Madrid, Francis Lefebvre, 2016.

- BACIGALUPO, E. (dir.): *Curso de Derecho penal económico,* 2ª ed. Madrid, Marcial Pons, 2005.

- BACIGALUPO SAGGESE, S. y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos societarios.* Barcelona, Ediciones Experiencia, 2005.

- BAUCELLS LLADÓS, J.: "Sistema de penas para la delincuencia económica en derecho español" en GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 393-423.

- BAJO FERNÁNDEZ, M.: "Delitos de prevalimiento de situación mayoritaria", en AREÁN LALÍN, M. (coord.) y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (coord.): *El nuevo código penal y los delitos societarios,* A Coruña, Fundación Caixa Galicia, 1998, pp. 33-47.

- BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho penal económico.* Madrid, Editorial de Estudios Ramón Areces, 2001.

- BOIX REIG, J. (dir.) y LLORIA GARCÍA P. (coord.): *Diccionario de Derecho Penal Económico,* 2ª ed. Madrid, Iustel, 2017.

- BOIX REIG, J. (dir.): Derecho Penal. Parte Especial. Volumen II Delitos Económicos, 2ª ed. Madrid, Iustel, 2020.

- BOIX REIG, J. y ANARTE BORRALLO, E.: "Delitos societarios" en BOIX REIG, J. (dir.): *Derecho Penal. Parte Especial. Volumen II Delitos Económicos,* 2ª ed. Madrid, Iustel, 2020, pp. 695-762.

- BORJA JIMÉNEZ, E.: "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (I). Introducción general" en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coord.): *Derecho Penal. Parte Especial,* 8ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 361-369.

- BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil. Volumen I,* 29ª ed. Madrid, Tecnos, 2022.

  - *Manual de Derecho Mercantil. Volumen II,* 29ª ed., Madrid, Tecnos, 2022.

- BUSTOS RUBIO M. (dir.) y RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F. (dir.): *El sistema socioeconómico desde el prisma del Derecho penal y la Criminología.* Pamplona, Aranzadi, 2019.

- CAMACHO VIZCAINO, A. (dir.): *Tratado de Derecho Penal Económico.* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019.

- CARMONA SALGADO, C.: "Excusa absolutoria" en BOIX REIG, J. (dir.) y LLORIA GARCÍA P. (coord.): Diccionario de Derecho Penal Económico, 2ª ed. Madrid, Iustel, 2017, pp. 511-520.

- CARRACEDO CARRASCO, E.: "La responsabilidad penal de los administradores concursales", *Anuario de Derecho Concursal* núm. 24. Madrid, Civitas, 2011, pp. 191-210.

- CARREÑO AGUADO, J.A.: "Falsedades cometidas sobre actas societarias: un estudio «de campo» sobre el estado de la jurisprudencia", *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 30, 2013, pp. 91-110.

- CARUSO FONTÁN, M. V.: "Prevención y criminalidad de empresa. Una mirada hacia el derecho norteamericano", en TERRADILLOS BASOCO J.M. (coord.) y ACALE SÁNCHEZ M. (coord.): *Temas de Derecho Penal Económico. III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*. Madrid, Trotta, 2004, pp. 321-338.

- CASTRO MORENO, A.: "El concepto penal de sociedad en los delitos societarios: el artículo 297 del nuevo Código penal", *Jueces para la democracia*, núm. 31, 1998, pp.46-57.

  - "Análisis teórico-práctico de la condición objetiva de procedibilidad en los delitos societarios (especial referencia a la legitimación activa del Ministerio Fiscal)", *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal,* núm.19, 2008, pp. 47-70.

- CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: "Interrupción de la prescripción" en BOIX REIG, J. (dir.) y LLORIA GARCÍA P. (coord.): *Diccionario de Derecho Penal Económico*, 2ª ed. Madrid, Iustel, 2017, pp. 652-661.

- CORCOY BIDASOLO, M.: "Mecanismos de atribución de responsabilidad penal individual en la empresa: Responsabilidad de los órganos de administración, asesores y oficiales de cumplimiento" en DEMETRIO CRESPO, E. (dir.), DE LA CUERDA MARTÍN, M. (coord.) y GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F. (coord.): *Derecho Penal Económico y Teoría del Delito.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 87-129.

- CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte general y parte especial*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

- CÓRDOBA RODA, J. (dir.) y GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Tomo I.* Madrid, Marcial Pons, 2004.

- CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): *Comentarios al código penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2023

- CUGAT MAURI, M.: "Capítulo XIII. De los delitos societarios. Arts. 290 a 297" en CÓRDOBA RODA, J. (dir.) y GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Tomo I.* Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 1080 a 1133.

- GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios al Código Penal*. Valladolid, Lex Nova, 2010, pp. 1119-1142.

- DE LA FUENTE HONRUBIA, F.: "Responsabilidad penal de las personas jurídicas" en FERNÁNDEZ BERMEJO, D. (dir.) y MALLADA FERNÁNDEZ, C. (dir.): *Delincuencia Económica.* Pamplona, Aranzadi, 2018.

- DE LA MATA BARRANCO, N.J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. y NIETO MARTÍN, A.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Madrid, Dykinson, 2018.

- DEL AMO SÁNCHEZ, J.M.: *La responsabilidad penal de los administradores.* Madrid, Factum Libri, 2018.

- DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995.* Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.

  - *"*El delito de falsedad en la información social del art. 290 del Código Penal de 1995", *Cuadernos de Derecho Judicial, Año 1998, núm. 5, dedicado a Empresa y derecho penal (I),* pp. 61-150.

  - *Derecho penal de sociedades mercantiles,* 2ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2023.

  - "El concepto de Administrador de hecho y de derecho" en DEL ROSAL BLASCO, B. (coord.): *Derecho penal de sociedades mercantiles,* 2ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2023, pp. 222-228.

  - "Delitos societarios" en DEL ROSAL BLASCO, B. (coord.): *Derecho penal de sociedades mercantiles,* 2ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2023, pp. 257- 293.

- DEL ROSAL BLASCO, B. y LIGHTOWLER-STAHLBERG JUANES, P.: "La transferencia de la responsabilidad penal (y civil, derivada de delito) en los supuestos de sucesión de empresa. Reflexiones generales y análisis de un supuesto particular: la intervención del FROB en BFA y Bankia", *Diario LA LEY*, n.º 9126, de 25 de enero 2018.

- DELGADO SANCHO, C.D.: "Los delitos societarios: doctrina legal tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015", *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal,* núm. 55, 2019, pp. 211-234.

- DEMETRIO CRESPO, E. (dir.), DE LA CUERDA MARTÍN, M. (coord.) y GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F. (coord.): *Derecho Penal Económico y Teoría del Delito*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

- DIAZ ECHEGARAY, J.L.: *La Responsabilidad penal de los socios y administradores.* Madrid, Montecorvo, 1997.

- DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y POLO VEREDA, J.: *Problemas generales de aplicación de los delitos societarios.* Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2002.

- DOVAL PAÍS, A.: "Remisiones normativas (Leyes penales en blanco)" en BOIX REIG, J. (dir.) y LLORIA GARCÍA P. (coord.): *Diccionario de Derecho Penal Económico,* 2ª ed. Madrid, Iustel, 2017, pp. 957-962.

- EIRANOVA ENCINAS, E.: *La responsabilidad penal en el ámbito de las sociedades mercantiles.* Madrid, Montecorvo, 1998.

- FARALDO CABANA, P.: "Rasgos comunes a todos los delitos societarios. Los artículos 296 y 297 del Código penal de 1995", en AREÁN LALÍN, M. (coord.) y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (coord.): *El nuevo código penal y los delitos societarios,* A Coruña, Fundación Caixa Galicia, 1998, pp. 49-69.

  - *Los delitos societarios: aspectos dogmáticos y jurisprudenciales.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

  - *El delito societario de falsedad en documentos sociales*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

  - "El artículo 294 del Código Penal Español de 1995: Incriminación de las conductas contrarias al ejercicio de las facultades de inspección y supervisión de determinadas personas, órganos o entidades", en TERRADILLOS BASOCO J.M. (coord.) y ACALE SÁNCHEZ M. (coord.): *Temas de Derecho Penal Económico. III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*. Madrid, Trotta, 2004, pp. 115-168.

  - "El delito societario de negación o impedimento del ejercicio de algunos derechos de los socios. Problemas interpretativos y soluciones jurisprudenciales", en TERRADILLOS BASOCO, J. M. (coord.) y ACALE SÁNCHEZ, M. (coord.): *Nuevas tendencias en derecho penal económico.* Cádiz, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2008, pp. 65-116.

  - "Capítulo XIII. De los delitos societarios" en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios al Código Penal*. Valladolid, Lex Nova, 2010, pp. 1119-1142.

  - *Los delitos societarios,* 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

- "Delitos societarios" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado de Derecho Penal Económico*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 1159-1226.

- "Capítulo XIII. De los delitos societarios", en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.) y RAGA I VIVES, A. (Coord.): *Comentarios al código penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 1900-1937

- FEIJOO SÁNCHEZ, B.: *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*. Montevideo-Buenos Aires, Bdef, 2009.

- FEIJOO SÁNCHEZ, B.: "Teoría de los actos neutrales y participación delictiva. Los límites de la participación criminal en los delitos económicos" en DEMETRIO CRESPO, E. (dir.), DE LA CUERDA MARTÍN, M. (coord.) y GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F. (coord.): *Derecho Penal Económico y Teoría del Delito.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 131-177.

- FERNÁNDEZ BERMEJO, D. (dir.) y MALLADA FERNÁNDEZ, C. (dir.): *Delincuencia Económica.* Pamplona, Aranzadi, 2018.

- FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO, J.M. y FERNÁNDEZ DEL TORCO PADRÓN, J. L.: "Consideraciones generales de las figuras penales de los delitos societarios". *Boletín de la Real Sociedad Económica de amigos del País de Tenerife núm. 1,* Tenerife, 2012; pp. 87-99.

- FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos societarios en el Código Penal Español*. Madrid, Dykinson, 1998.

  - *Estudios de Derecho Penal Económico.* Dykinson, Madrid, 2002.

  - "Algunos apuntes acerca del delito societario de obstrucción al control administrativo", en TERRADILLOS BASOCO J.M. (coord.) y ACALE SÁNCHEZ M. (coord.): *Temas de Derecho Penal Económico. III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*. Madrid, Trotta, 2004, pp. 289-297.

  - *Instituciones de Derecho penal económico y de la Empresa.* Madrid, Lex Nova, 2013.

- "Personas jurídicas imputables e inimputables incluidas y excluidas en el modo vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas" en DEMETRIO CRESPO, E. (dir.), DE LA CUERDA MARTÍN, M. (coord.) y GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F. (coord.): *Derecho Penal Económico y Teoría del Delito.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 451-469.

- FERRÉ OLIVÉ, J. C.: "Sujetos responsables en los delitos societarios", *Revista Penal*, núm. 1, 1998, pp. 21-30.

- FOFFANI, L: "Delitos societarios", *I Congreso hispano-italiano de Derecho Penal Económico,* Universidade da Coruña, 1998, pp. 57-78.

- "Obstaculización de la función de vigilancia y tutela penal de las autoridades administrativas independientes", en TERRADILLOS BASOCO, J. M. (coord.) y ACALE SÁNCHEZ, M. (coord.): *Nuevas tendencias en derecho penal económico.* Cádiz, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2008, pp. 117-132.

- FONT DE MORA SAINZ, P. y CONDE RODRÍGUEZ, C.: "Las cooperativas de crédito y la Constitución Española", *CIRIEC- España, revista de economía pública, social y cooperativa*, núm. 47, 2003, pp. 105-117.

- FRAGO AMADA, J.A. (Dir.): *Actualidad Compliance 2019, Thomson Reuters*-Aranzadi, Pamplona, 2019.

- FRANCÉS LECUMBERRI, P.: *El delito de falsedad documental societaria y la contabilidad creativa.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

- GAEDE, K.: "Puntos fuertes y puntos flacos de la función legitimadora de la teoría del bien jurídico inmanente al sistema en el ejemplo del fraude de subvenciones" en HEFENDEHL, R. (ed.), VON HIRSCH, A. (ed.) y WOHLERS, W. (ed.): *La Teoría del bien jurídico.* Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 259-278.

- GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Manual de derecho penal económico y de la empresa*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

- GALLEGO CÓRCOLES, A.: "La impugnación de acuerdos de la junta general por abuso de mayoría", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 308, 2018, Madrid, Civitas.

- GALLEGO SÁNCHEZ, E. y FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: *Derecho Mercantil Primera parte,* 7ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

- GALLEGO SOLER, J.I.: "Criterios de imputación de la autoría en las organizaciones empresariales", *Estudios de Derecho Judicial núm. 72*, 2005, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp. 49-134.

  - "Delitos societarios (arts. 290-297)" en CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte general y parte especial*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

- GÁLVEZ JIMÉNEZ, A.: "El delito de obstaculización de los derechos del socio (artículo 293 del Código Penal)" en BUSTOS RUBIO M. (dir.) y RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F. (dir.): *El sistema socioeconómico desde el prisma del Derecho penal y la Criminología.* Pamplona, Aranzadi, 2019, pp. 199-225.

- GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

- GARCÍA-CRUCES, J.A.: *Derecho de Sociedades Mercantiles*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

  - "El concepto de sociedad en la tipificación de los delitos societarios", *Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 389*, 1999, Pamplona.

- GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.: "La responsabilidad por delitos societarios, desde la perspectiva del seguro privado", en AREÁN LALÍN, M. (coord.) y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (coord.): *El nuevo código penal y los delitos societarios,* A Coruña, Fundación Caixa Galicia, 1998, pp. 71-201.

- GARBERÍ LLOBREGAT, J.: "Derecho penal de la empresa (delitos económicos + derechos societarios): aspectos procesales", *Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 345*. Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 1-4.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *Los delitos societarios, un enfoque mercantil.* Madrid, Civitas, 1996.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y IGLESIAS PRADA J.L.: "La constitución de las sociedades de capital" en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ, A.: *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen I,* 20ª ed., Pamplona, Civitas Thomson Reuters, 2022.

  - "Los órganos de las sociedades de capital (II). Los administradores" en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ, A.: *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen I,* 20ª ed., Pamplona, Civitas Thomson Reuters, 2022.

- GILI PASCUAL, A.: "Prescripción del delito" en BOIX REIG, J. (dir.) y LLORIA GARCÍA P. (coord.): Diccionario de Derecho Penal Económico, 2ª ed. Madrid, Iustel, 2017, pp. 826-833.

- GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: "Acuerdos sociales abusivos: ¿impugnación o querella?", *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía,* Año 2000, núm. 6, pp. 1895-1898.

  - "Delitos societarios", *Manuales de formación continuada,* Año 2001, núm. 14, dedicado a Derecho penal económico, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 564-622.

  - *Curso de Derecho penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal.* Madrid, Ed. Colex, 2001.

- GÓMEZ COLOMER, J.L.: "La terminación del proceso penal" en GÓMEZ COLOMER J.L. (coord.) y BARONA VILAR S. (coord.): *Proceso Penal. Derecho Procesal III,* 3 ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 471-489.

- GÓMEZ COLOMER, J.L. (coord.) y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.): *La reforma de la justicia penal: Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*, Castellón de la Plana, Universitat Jaume I., 1997.

- GÓMEZ COLOMER J.L. (coord.) y BARONA VILAR S. (coord.): *Proceso Penal. Derecho Procesal III,* 3 ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *Cuestiones fundamentales de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial*. Montevideo-Buenos Aires, Bdef, 2014, pp. 131-159.

- GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios al Código Penal*. Valladolid, Lex Nova, 2010.

- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal", *Revista Poder Judicial*, núm. 28, 1992, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.

  - "Responsabilidad penal sobre OPS de acciones en el mercado bancario: el caso BFA-BANKIA", en MARIMÓN DURÁ, R. (dir.).: *La oferta pública de suscripción de acciones desde la perspectiva judicial. Análisis de la OPS de Bankia de 2011*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016, pp. 21-44.

  - *Derecho Penal. Parte Especial,* 8ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

- GRAMÁTICA BOSCH, G.: *Los acuerdos abusivos en las sociedades mercantiles: el delito del Art. 291 CP*. Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2016.

- HASSEMER, W.: *Fundamentos del Derecho penal.* Barcelona, Bosch, 1984.

  - "¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?" en HEFENDEHL, R. (ed.), VON HIRSCH, A. (ed.) y WOHLERS, W. (ed.): *La Teoría del bien jurídico.* Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 91-100.

- HEFENDEHL, R. (ed.), VON HIRSCH, A. (ed.) y WOHLERS, W. (ed.): *La Teoría del bien jurídico.* Marcial Pons, Madrid, 2016.

- HEFENDEHL, R: "El bien jurídico como eje material de la norma penal" en HEFENDEHL, R. (ed.), VON HIRSCH, A. (ed.) y WOHLERS, W. (ed.): *La Teoría del bien jurídico.* Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 173-190.

- HERCE MAZA, J. I. y BERMÚDEZ MADRIGAL, J.: "Panorama actual de la responsabilidad en el ámbito societario. Configuración general", *Revista Aranzadi Doctrinal,* Año 2016, núm. 8, pp. 213-241.

- "Panorama actual de la responsabilidad en el ámbito societario (y II)", *Revista Aranzadi Doctrinal,* Año 2016, núm. 9, pp. 239-269.

- HERNANDO CEBRIÁ, L.: "Sociedad dominante administradora de hecho? Más allá del velo corporativo", *Revista de Derecho Mercantil,* núm. 280, 2011, pp. 133-168.

- "La posición jurídica del administrador con cargo caducado*", Cuadernos de Derecho y Comercio*, Año 2012, núm. 58, 2012, Consejo General del Notariado, pp. 211-248.

- HERNÁNDEZ SAINZ, E.: *La Administración de sociedades de capital por personas jurídicas. Régimen jurídico y responsabilidad.* Madrid, Civitas, 2014.

- "El nuevo régimen de responsabilidad de los consejeros de sociedades mercantiles estatales ¿hacia la irresponsabilidad por la gestión de las sociedades públicas", *Revista de Derecho de Sociedades,* núm. 47, 2016, pp. 129-169.

- JAKOBS, G: "Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos*",* en MIR PUIG, S. (coord.) y LUZÓN PEÑA, D.M. (coord.)*: Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto,* Barcelona, Bosch, 1996, pp. 75-98.

- LAMARCA PÉREZ, C. (coord.): *Delitos. La parte especial del Derecho penal,* 5ª ed., Madrid, Dykinson, 2020.

- LIÑÁN LAFUENTE, A. (coord.): *Delitos Económicos y Empresariales.* Madrid, Dykinson, 2002.

- LÓPEZ LORENZO V. y FACORRO ALONSO, A.: "Aspectos penales del régimen de las sociedades mercantiles. La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles", *Estudios de Derecho Judicial* núm. 93 dedicado a Delincuencia económica, 2006, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp. 20-51.

- LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General,* 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

- MAGRO SERVET, V.: *Delitos socioeconómicos,* 3ª ed., Madrid, Lefebvre, 2016.

- MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Código Penal II. Parte Especial (Artículos 138 a 639).* Granada, Ed. Comares, 2010.

- MARAVER GÓMEZ, M.: "El principio de confianza como criterio de imputación en el ámbito de la empresa" en DEMETRIO CRESPO, E. (dir.), DE LA CUERDA MARTÍN, M. (coord.) y GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F. (coord.): *Derecho Penal Económico y Teoría del Delito.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 179-237.

- MARIMÓN DURÁ, R. (dir.).: *La oferta pública de suscripción de acciones desde la perspectiva judicial. Análisis de la OPS de Bankia de 2011*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016.

- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *Criminalidad de Empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

- MARTÍN PALLÍN, J.A.: "Los delitos societarios" en SORIANO SORIANO, J.R. (dir.): *Delitos socioeconómicos en el nuevo Código Penal.* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, pp. 289-329.

- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: "Los delitos societarios de falsedades documentales y de administración fraudulenta", en AREÁN LALÍN, M. (coord.) y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (coord.): *El nuevo código penal y los delitos societarios,* A Coruña, Fundación Caixa Galicia, 1998, pp. 203-227.

  - "Administración fraudulenta en sociedades de inversión", en TERRADILLOS BASOCO J.M. (coord.) y ACALE SÁNCHEZ M. (coord.): *Temas de Derecho Penal Económico. III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*. Madrid, Trotta, 2004, pp. 35-65.

  - *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial,* 6ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

  - "Desarrollos de la dogmática de la autoría en el Derecho penal económico y empresarial. Peculiaridades a la luz de la concepción significativa de la acción (y del Código penal español)" en DEMETRIO CRESPO, E. (dir.), DE LA CUERDA MARTÍN, M. (coord.) y GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F. (coord.):

Derecho Penal Económico y Teoría del Delito. Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 239-261.

- *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General.* 6ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

- "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (XI): delitos societarios" en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coord.): *Derecho Penal. Parte Especial*, 8ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 543-552.

- MARTÍNEZ GALINDO, G.: "Delitos socioeconómicos en el sector bancario" en BUSTOS RUBIO M. (dir.) y RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F. (dir.): *El sistema socioeconómico desde el prisma del Derecho penal y la Criminología.* Pamplona, Aranzadi, 2019, pp. 293-331.

- MARTÍNEZ GARCÍA E. "Las partes acusadoras" en GÓMEZ COLOMER J.L. (coord.) y BARONA VILAR S. (coord.): *Proceso Penal. Derecho Procesal III*, 3 ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 73-89.

- MARTÍNEZ GARAY, L.: "Discapacidad y persona con discapacidad necesitada de especial protección" en BOIX REIG, J. (dir.) y LLORIA GARCÍA P. (coord.): Diccionario de Derecho Penal Económico, 2ª ed. Madrid, Iustel, 2017, pp. 446-453.

- MELCHIONDA, A.: "Evolución y características actuales del Derecho penal económico", *Revista Penal,* núm. 50, julio 2022, pp. 184-198.

- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ, A.: *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen I,* 20ª ed., Pamplona, Civitas Thomson Reuters, 2022.

- MERCEDES MARTÍN, V.: "Novedades en materia de responsabilidad de administradores", *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 900, 2015, pp. 4-9.

- MESTRE DELGADO, E. "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico: XVIII. Los delitos societarios" en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.): *Delitos. La parte especial del Derecho penal,* 5ª ed., Madrid, Dykinson, 2020; pp. 546 a 558.

- MIR PUIG, S. (coord.) y LUZÓN PEÑA, D.M. (coord.)*: Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, Bosch, 1996.

- MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General,* 10ª ed., Barcelona, Editorial Reppertor, 2015.

- MONTERO AROCA, J. et al: *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*, 27ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

- MORENO CATENA V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ V.: *Derecho procesal penal*, 11ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

- MORENO CHAMORRO, I.: *Delitos societarios. Las diferentes figuras delictivas y su aplicación en los Tribunales. Madrid,* Ed. Universitaria Ramón Areces, 2005.

- MORENO VÁZQUEZ, P.: "La protección de la discrecionalidad empresarial" en FRAGO AMADA, J.A. (Dir.): *Actualidad Compliance 2019, Thomson Reuters*-Aranzadi, Pamplona, 2019; pp. 27 a 40.

- MOYA JIMÉNEZ, A.: *La responsabilidad penal de los administradores: Delitos societarios y otras formas delictivas,* 2ª ed., Barcelona, Bosch, 2010.

- MUÑOZ CONDE, F.: "Delitos societarios", en GÓMEZ COLOMER, J.L. (coord.) y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.): *La reforma de la justicia penal: Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*, Castellón de la Plana, Universitat Jaume I., 1997, pp. 137-150.

  - *Teoría General del Delito,* 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

  - *Derecho Penal. Parte Especial,* 25ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

- MUÑOZ CUESTA, F. J.: "El delito societario de falseamiento de las cuentas de la sociedad: Relación con la falsedad documental. Estudio del art. 290 CP. Comentario a la STS, Sala 2ª, de 10 de diciembre de 2004", *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi Año 2005 núm. 7*, pp. 21525-21528.

- "Negar o impedir el derecho de información a socio: La no convocatoria de junta general de accionistas de sociedad motiva la aplicación del art. 293 CP", *Revista Aranzadi Doctrinal*, Año 2010, núm. 3, pp. 9-16.

- NAVARRO CARDOSO, F.: "A vueltas con la vieja delimitación entre ilícito administrativo e ilícito penal, a propósito de algunos nuevos problemas" en DEMETRIO CRESPO, E. (dir.), DE LA CUERDA MARTÍN, M. (coord.) y GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F. (coord.): *Derecho Penal Económico y Teoría del Delito.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 263-292.

- NIETO MARTÍN A. y PRIETO DEL PINO, A.M.: "La última crisis bancaria en la jurisprudencia penal" en DEMETRIO CRESPO, E. (dir.), DE LA CUERDA MARTÍN, M. (coord.) y GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F. (coord.): *Derecho Penal Económico y Teoría del Delito.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 657-717.

- OCAÑA RODRÍGUEZ, A.: "Responsabilidad civil y penal de los administradores societarios", *Revista Aranzadi Doctrinal, Año 2013, núm.* 10, pp. 139-211.

- OLMEDO CARDENETE, M. D. (dir.) y TÁRRAGO RUIZ A. (dir.), MUÑOZ RUIZ, J. (coord.): *Casos prácticos de Derecho penal económico con jurisprudencia.* Madrid, Dykinson, 2016.

- ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

- PAZ-ARES, C.: "Las sociedades mercantiles y exclusión de socios" en MENÉNDEZ. A. y ROJO, A.: *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen I.* 20ª ed., Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2022.

- PASTOR MUÑOZ, N.: "Delitos societarios" en AYALA GÓMEZ, I. (coord.) y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (coord.): *Memento Práctico Penal Económico y de la Empresa.* Madrid, Francis Lefebvre, 2016, pp. 679-707.

- PAVÓN HERRADÓN, D.: *El delito de falsedad documental societaria.* Madrid, Wolters Kluwer España, 2016.

- "Principio de mínima intervención y delitos societarios", en BUSTOS RUBIO M. (dir.) y RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F. (dir.): *El sistema socioeconómico desde el prisma del Derecho penal y la Criminología.* Pamplona, Aranzadi, 2019, pp. 389-421.

- PÉREZ CEPEDA, A.I.: "La responsabilidad penal del administrador de empresa por decisiones colegiales" en DEMETRIO CRESPO, E. (dir.), DE LA CUERDA MARTÍN, M. (coord.) y GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F. (coord.): *Derecho Penal Económico y Teoría del Delito.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 293-325.

- PÉREZ MANZANO, M.: "La delimitación entre pruebas y subsunción del dolo en derecho penal económico: el caso de los testaferros" en DEMETRIO CRESPO, E. (dir.), DE LA CUERDA MARTÍN, M. (coord.) y GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F. (coord.): *Derecho Penal Económico y Teoría del Delito.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 327-367.

- PÉREZ VALERO, I: *El delito societario de falsedad en las cuentas anuales.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

  - "Delitos societarios e información en las instituciones de inversión colectiva", en TERRADILLOS BASOCO J.M. (coord.) y ACALE SÁNCHEZ M. (coord.): *Temas de Derecho Penal Económico. III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*. Madrid, Trotta, 2004, pp. 299-306.

- QUINTERO OLIVARES, G.: "Disposiciones comunes a los capítulos anteriores (arts. 268 y 269)" en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios al Código Penal. Tomo II. Parte Especial*, 5ª ed. Pamplona, Aranzadi, 2008, pp. 838-843.

  - *Parte General del Derecho Penal*, 5ª ed. Pamplona, Aranzadi, 2015.

  - "Comiso" en BOIX REIG, J. (dir.) y LLORIA GARCÍA P. (coord.): Diccionario de Derecho Penal Económico, 2ª ed. Madrid, Iustel, 2017, pp. 142-145.

  - "Delitos societarios", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad,* núm. 12, abril-sept. 2017, Madrid, Universidad Carlos III, pp. 235-245.

- QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios al Código Penal. Tomo II. Parte Especial,* 5ª ed. Pamplona, Aranzadi, 2008.

- RAMOS MÉNDEZ, F.: *Enjuiciamiento Criminal,* 13ª ed., Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2022.

- REBOLLO VARGAS, R.: "Función real y función simbólica de los delitos societarios", *Estudios Penales y Criminológicos, XXVI,* 2006, Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, pp. 213-241.

- REQUEJO NAVEROS, M. T.*:* "Delitos societarios" en LIÑÁN LAFUENTE, A. (coord.): *Delitos Económicos y Empresariales.* Madrid, Dykinson, 2002, pp. 345-362.

- RÍOS CORBACHO, J.M.: *El Administrador de hecho en los delitos societarios.* Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2005.

  - "Algunas reflexiones sobre el delito de falseamiento de cuentas (art. 290 CP)", *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal,* núm. 13, 2005, pp. 63-82.

  - "Delitos societarios", en ACALE SÁNCHEZ, M. (coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo IV. Derecho penal. Parte especial (Derecho penal económico),* 3ª ed., Madrid, Iustel, 2023, pp. 137-161.

- RIVES SEVA, A.P.: "Los delitos societarios. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España", 2014. Consultado el 24 de septiembre de 2024 a través de https://derechopenalonline.com/los-delitos-societarios-analisis-de-la-jurisprudencia-del-tribunal-supremo-de-espana/

- RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F.J.: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas a raíz de la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo", *Revista Aranzadi Doctrinal,* Año 2017, núm. 6, pp. 107-129.

  - "El delito de obstaculización de los derechos de información y participación de los socios", *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal,* núm. 48, 2017, pp. 159-174.

- RODRÍGUEZ DÍAZ, I.: "El administrador oculto", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 138, 2015, pp. 7-48.

- RODRÍGUEZ MOLINA, A.: *La atenuante de dilaciones indebidas y su aplicación jurisprudencial*. Tesis Doctoral. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, noviembre 2022.

- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, M. T.: "Algunas reflexiones acerca de los delitos societarios y las conductas de administración desleal", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 49, núm. 2, 1996, pp. 425-473.

- RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: "Delitos contra los derechos de los socios y delitos de obstrucción", en AREÁN LALÍN, M. (coord.) y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (coord.): *El nuevo código penal y los delitos societarios*, A Coruña, Fundación Caixa Galicia, 1998, pp. 229-248.

  - *Estudios de Derecho Penal Económico.* Pamplona, Civitas Thomson Reuters, 2009.

- RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S.: "La delimitación de la figura del administrador de hecho", *Revista de Derecho Mercantil,* núm. 301, 2016, pp. 69-109.

- RONCERO SÁNCHEZ, A.: "El seguro de responsabilidad civil de los administradores. 2ª ed.", *Revista para el análisis del Derecho,* Año 2005, núm. 1, pp. 1-39.

- ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del delito*. Madrid, Civitas, 2001.

- RUANO MOCHALES, T.: "La posición jurídica del administrador y los presupuestos de la potencial asunción de responsabilidad penal en la formulación de las cuentas anuales", *Revista de Derecho de Sociedades,* núm. 52, enero-abril 2018.

- SALVADOR CODERCH, P. y SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *Simulación y deberes de veracidad; Derecho civil y derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*, Madrid, Cuadernos Civitas, Civitas, 1999.

- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M: *Los Delitos Societarios*. Pamplona, Aranzadi, 1996.

- SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: *Principios de Derecho Mercantil. Tomo I,* 27ª ed. Pamplona, Aranzadi, 2023.

- SEQUEROS SAZATORNIL, F.: *Delitos societarios y conductas afines.* Madrid, La Ley-Actualidad, 2003.

- SERRANO GÓMEZ, A.: "Delitos societarios y condiciones objetivas de perseguibilidad", *Revista de Derecho UNED,* núm. 2, 2007, pp. 397-405.

- SILVA SÁNCHEZ, J-Mª: *Derecho penal de la Empresa,* 2ª ed. Montevideo-Buenos Aires, Bdef, 2016.

- SORIANO SORIANO, J.R. (dir.): *Delitos socioeconómicos en el nuevo Código Penal.* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996.

- TERRADILLOS BASOCO, J. M.: *Derecho penal de la empresa*. Madrid, Trotta, 1995.

  - "Sistema penal y empresa", en TERRADILLOS BASOCO, J. M. (coord.) y ACALE SÁNCHEZ, M. (coord.): *Nuevas tendencias en derecho penal económico.* Cádiz, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2008, pp. 13-37.

  - *Estudios sobre Derecho penal de la empresa.* Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009.

- TERRADILLOS BASOCO J.M. (coord.) y ACALE SÁNCHEZ M. (coord.): *Temas de Derecho Penal Económico. III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*. Madrid, Trotta, 2004.

  - *Nuevas tendencias en derecho penal económico.* Cádiz, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2008.

- TIEDEMANN, K.: *Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

- VALLE MUÑIZ, J.M., QUINTERO OLIVARES G. y MORALES PRATS, F.: "De los delitos societarios" en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios al Código Penal. Tomo II. Parte Especial,* 5ª ed. Pamplona, Aranzadi, 2008, pp. 970-1023.

- VIDALES RODRÍGUEZ, C.: "Los delitos socioeconómicos en el Código Penal de 1995: La necesidad de su delimitación frente a los delitos patrimoniales", *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 21, Santiago de Compostela, 1998.

- VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho Mercantil. Volumen I,* 24ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

  - *Introducción al Derecho Mercantil*. *Volumen II,* 24ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

- VIVES ANTÓN, T. S.: *Fundamentos del sistema penal. Acción Significativa y Derechos Constitucionales*, 2ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

  - "Principios penales y dogmática penal", en VIVES ANTÓN, T. S. (dir.) y MANZANARES SAMANIEGO, J. L.(dir.): *Estudios sobre el Código Penal de 1995. Parte general.* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, pp. 37-72.

  - "Constitución, sistema democrático y concepciones del bien jurídico protegido", *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 16, 2005, pp. 7-27.

- VIVES ANTÓN, T. S. (dir.) y MANZANARES SAMANIEGO, J. L.(dir.): *Estudios sobre el Código Penal de 1995. Parte general.* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996.

- VON HIRSCH, A.: "El concepto de bien jurídico y el «principio de daño» en HEFENDEHL, R. (ed.), VON HIRSCH, A. (ed.) y WOHLERS, W. (ed.): *La Teoría del bien jurídico.* Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 33-48.

- WOHLERS, W.: "Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico" en HEFENDEHL, R. (ed.), VON HIRSCH, A. (ed.) y WOHLERS, W. (ed.): *La Teoría del bien jurídico.* Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 393-398.

ANEXO I: JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC, Pleno, núm. 11/1981 de 8 abril. RTC 1981\11

STC, Pleno, núm. 62/1982 de 15 octubre. RTC 1982\62

STC, Pleno, núm. 44/1984 de 27 de marzo. RTC 1984\44

STC, Pleno, núm. 105/1988 de 8 junio. RTC 1988\105

STC, Pleno, núm. 161/1997 de 2 octubre. RTC 1997\161

STC, Sala Segunda, núm. 278/2000 de 27 de noviembre. RTC 2000\278

STC, Pleno, núm. 34/2005 de 17 febrero. RTC 2005\34

STC, Sala Segunda, núm. 57/2010 de 4 octubre. RTC 2010\57

STC, Pleno, núm. 101/2012 de 8 mayo. RTC 2012\101

STC, Sala Primera, núm. 13/2013, de 28 de enero. RTC 2013\13

STC, Pleno, núm. 34/2013, de 14 de febrero. RTC 2013\34

STC, Pleno, núm. 218/2013, de 19 de diciembre. RTC 2013\218

STC, Sala Segunda, núm. 199/2014 de 15 de diciembre. RTC 2014\199

STC, Pleno, núm. 160/2019 de 12 diciembre RTC 2019\160

STC, Pleno, núm. 13/2021 de 28 enero RTC 2021\13

STC, Pleno, núm. 25/2022 de 23 febrero. RTC 2022\25

TRIBUNAL SUPREMO

STS, Sala Primera, de lo Civil, núm. 749/2001 de 20 julio, RJ 2001\6863

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 1490/2001 24 de julio, RJ 2001\7720

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 1879/2001 de 18 de octubre, RJ 2001\9606

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 654/2002 de 17 abril, RJ 2002\6323

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 867/2002 de 29 julio, RJ 2002\6357. Caso Banesto.

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 1953/2002 de 26 noviembre RJ 2002\10513

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 650/2003 de 9 mayo, RJ 2003\7143

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 1458/2003, de 7 de noviembre, RJ 2003\7661

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 620/2004, de 4 de junio, RJ 2004\5046

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 1217/2004 de 2 noviembre, RJ 2004\8091

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 257/2005, de 28 de febrero, RJ 2005\1907

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 865/2005 de 24 junio, RJ 2005\6896

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 42/2006 de 27 enero, RJ 2006\ 4603

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 258/2006 de 8 marzo, RJ 2006\2237

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 796/2006 de 14 julio, RJ 2006\6088

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 816/2006 de 26 julio, RJ 2006\7317

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 932/2006 de 5 octubre, RJ 2006\6486

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 59/2007 de 26 enero, RJ 2007\1586

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 245/2007 de 16 marzo, RJ 2007\3268

STS, Sala Primera, de lo Civil, núm. 240/2009 de 14 abril RJ 2009\2897

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 1351/2009 de 22 de diciembre, RJ 2010, 316

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 172/2010 de 4 marzo, RJ 2010\4052

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 621/2010 de 25 junio, RJ 2010\3730

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 655/2010 de 13 julio, RJ 2010\7340

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 969/2010 de 29 octubre, RJ 2010\8191

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 1136/2010 de 21 diciembre, RJ 2010\7987. Caso Tabacalera

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 150/2011 de 18 de febrero, RJ 2011\2374

STS, Sala Primera, de lo Civil, núm. 326/2012 de 30 de mayo, RJ 2012\6548

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 532/2012 de 26 junio, RJ 2012\8389

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 598/2012 de 5 julio, RJ 2013\2300

STS, Sala Primera, de lo Civil, núm. 721/2012 de 4 diciembre, RJ 2013\2405

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 91/2013 de 1 febrero, RJ 2013\1847

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 104/2013 de 19 febrero, RJ 2013\1302

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 194/2013, de 7 de marzo, RJ 2013\3279

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 330/2013 de 26 marzo, RJ 2013\3182

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 1032/2013 de 19 diciembre RJ 2013\8222

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 78/2014 de 28 de enero, RJ 2014\795

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 655/2014 de 15 de octubre, RJ 2014\5079

STS, Sala Primera, de lo Civil, núm. 421/2015 de 22 julio, RJ 2015\3512

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 797/2015 de 24 de noviembre, RJ 2015\6320

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 822/2015, de 14 de diciembre, RJ 2015\5820

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 228/2016, de 17 de marzo, RJ 2016\1096

STS, Sala Primera, de lo Civil, núm. 224/2016 de 8 abril, RJ 2016\1232

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 884/2016 de 24 noviembre, RJ 2016\5633

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 187/2017 de 26 de enero 2017

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 86/2017 de 16 febrero, RJ 2017\1910

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 749/2017 de 21 noviembre, RJ 2017\5223 Caso AFINSA

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 94/2018 de 23 febrero, RJ 2018\964. Caso Arte y Naturaleza

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 179/2018 de 12 de abril, RJ 2018\1313

STS, Sala Primera, de lo Civil, núm. 485/2018 de 11 septiembre, RJ 2018\5132

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 424/2018 de 26 septiembre, RJ 2018\4218

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 436/2018 de 28 de septiembre, RJ 2018\540

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 438/2018 de 3 octubre, RJ 2018\4189. Caso Tarjetas Black

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 512/2018 de 29 octubre, RJ 2018\5555

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 599/2018 de 27 noviembre, RJ 2018\5262

STS, Sala Primera, de lo Civil, núm. 24/2019 de 16 enero, RJ 2019\149

STS, Sala Primera, de lo Civil, núm. 58/2019 de 29 enero, RJ 2019\226

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 44/2019 de 1 febrero, RJ 2019\520

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 739/2018 de 6 febrero de 2019, RJ 2019\421

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 688/2019 de 4 marzo, RJ 2020\951. Caso Fórum Filatélico

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 693/2019 de 29 abril, RJ 2020\959. Caso Palau de la Música

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 698/2019 de 19 mayo, RJ 2020\1210

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 297/2019 de 5 junio, RJ 2019\2218

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 313/2019 de 17 junio, RJ 2019\3105

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 369/2019 de 22 julio, RJ 2019\3506. Caso CAM

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 503/2019 de 24 octubre, RJ 2019\4292

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 279/2020 de 3 junio, RJ 2020\1623

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 507/2020 de 14 octubre, RJ 2020\4095. Caso Gürtel

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 528/2020 de 21 de octubre, RJ 2020\5260

STS, Sala Primera, de lo Civil, núm. 613/2020 de 17 noviembre, RJ 2020\5282

STS, Sala Primera, de lo Civil, núm. 662/2020 de 10 de diciembre, RJ 2020\4881

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 292/2021 de 8 abril, RJ 2021\1691. Caso Retribuciones presidente CAM

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 238/2021 de 15 marzo, RJ 2021\982

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 669/2021 de 9 septiembre, RJ 2021\4429. Caso Banco de Valencia.

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 729/2021 de 29 septiembre, RJ 2021\4468

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 359/2022 de 7 abril, RJ 2022\2001

Auto TS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 386/2022 de 17 marzo, RJ 2022\1941

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 661/2022 de 30 junio, RJ 2022\3452

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 689/2022 de 7 julio, RJ 2022\3537

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 839/2022, de 24 de octubre, RJ 2022\4524. Caso Bankia

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 89/2023 de 10 febrero, RJ 2023\1648. Caso Pescanova

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 94/2023 de 14 febrero, RJ 2023\1445

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 209/2023 de 22 marzo, RJ 2023\1900

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 436/2023 de 7 junio, RJ 2023\3428. Caso Caja de Ahorros del Mediterráneo

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 779/2023 de 18 octubre, RJ 2023\395910

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 113/2024 de 7 febrero, JUR 2024\55958

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 133/2024 de 14 febrero, JUR\2024\69666

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 189/2024 de 29 febrero, JUR\2024\81759

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 352/2024 de 30 abril, JUR\2024\141081

STS, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 768/2024 de 31 julio, JUR\2024\298605

AUDIENCIA NACIONAL

SAN, Sala de lo Penal, núm. 28/2017 de 17 de octubre, ARP 2017\1294. Caso CAM

SAN, Sala de lo Penal, núm. 9/2019 de 4 julio, ARP 2019\1373

SAN, Sala de lo Penal, núm. 13/2020, de 29 de septiembre, ARP 2020\1641. Caso Bankia

Auto AN, Sala de lo Penal, núm. 485/2021 de 22 diciembre

SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, núm. 757/2023, de 2 octubre, JUR\2024\388461

Auto AN, Sala de lo Penal, núm. 360/2024, de 5 julio, JUR\2024\245651

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Auto TSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Civil y Penal, de 15 mayo 2002, JUR 2002\256739

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP de Sevilla (Sección 1ª) núm. 340/1998 de 21 mayo, ARP 1998\3710

Auto de AP Barcelona 3ª, de 29 de febrero de 2000, ARP 2000, 1234

SAP de Baleares de 19-5-2000

Auto de AP de Zamora núm. 53/2001 de 9 de abril, JUR 2001\171829

SAP de Madrid (Sección 2ª) núm. 323/2001 de 3 septiembre, JUR 2001\325737

SAP de Burgos (Sección 1ª) de 27 noviembre 2001, ARP 2002\266

SAP de Málaga (Sección 7ª, Melilla) Sentencia núm. 7/2002 de 22 julio, ARP 2002\676

SAP de Islas Baleares (Sección 1ª) núm. 96/2002 de 23 septiembre, ARP 2002\871

SAP Barcelona 6ª, de 27 de septiembre de 2002, PROV 2003\80116

SAP de A Coruña (Sección 1ª) núm. 126/2002 de 8 octubre, ARP 2003\459

SAP de Almería (Sección 3ª) núm. 96/2003 de 5 mayo, JUR 2003\166818

AAP de Madrid (Sección 2ª) Auto núm. 211/2003 de 29 mayo, JUR 2003\246430

SAP de Valladolid (Sección 2ª) Sentencia núm. 275/2003 de 15 julio, JUR 2004\73665

AP de Madrid (Sección 2ª) Auto núm. 365/2004 de 23 septiembre, JUR 2004\273999

SAP Madrid 3ª, 23 de diciembre de 2004, ARP 2005\744

SAP de Álava (Sección 1ª) núm. 31/2005 de 3 marzo, JUR 2005\201229.

Auto de AP de La Rioja (Sección 1ª) núm. 186/2005 de 23 de septiembre, JUR 2005\223791

SAP de Madrid (Sección 23ª) núm. 122/2005 de 5 de diciembre, JUR 2006\56980

SAP de Vizcaya (Sección 1ª) núm. 451/2006 de 7 agosto, JUR 2007\100422

Auto de la AP de Girona (Sección 3ª) núm. 215/2006 de 26 octubre, ARP 2007\387

SAP de Málaga (Sección 2ª) núm. 116/2007 de 20 febrero, JUR\2007\204561

SAP de Málaga (Sección 2ª) núm. 494/2007 de 16 julio, JUR 2008\36260

SAP Madrid 5ª, de 16 de noviembre de 2007, ARP 2008\235

SAP de Salamanca (Sección 1ª) núm. 60/2008 de 11 julio, ARP 2008\524

SAP de Castellón (Sección 1ª) núm. 560/2008 de 14 octubre

SAP Madrid 23ª, de 1 de enero de 2009, PROV 2011\173784

SAP de Valencia de 28 de enero de 2009, PROV 2010\181038

SAP de Asturias (Sección 8ª) de 6 mayo 2009, JUR 2012\138787

SAP Barcelona 2ª, de 3 de junio de 2009, ARP 2009\1085

SAP Madrid 6ª, 23 de octubre de 2009, ARP 2010\159

SAP Alicante 1ª, 15 de diciembre de 2009, PROV 2010\128286

SAP de Badajoz (Sección 1ª) núm. 25/2010 de 4 marzo, JUR 2010\144297

SAP de Albacete (Sección 1ª) núm. 35/2010 de 22 julio, JUR 2010\309427

Auto de AP de Huelva (Sección 3ª) núm. 178/2010 de 30 de septiembre, JUR 2013\155644

Auto de la AP de Madrid (Sección 6ª) núm. 234/2011 de 29 abril, JUR 2011\226153

Auto de la AP de Madrid (Sección 16ª) núm. 4/2011 de 27 junio, JUR 2011\288686

SAP de Toledo (Sección 1ª) núm. 21/2012 de 3 julio, JUR 2012\280419

SAP de Valladolid (Sección 4ª) núm. 407/2012 de 27 de septiembre

Auto de AP de Madrid (Sección 2ª) núm. 854/2012 de 17 de diciembre, JUR 2013\25066

SAP de Madrid (Sección 29ª) núm. 118/2012 de 12 de diciembre, JUR 2013\28808.

SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2ª) núm. 510/2013 de 31 octubre JUR 2014\29479

Auto de AP de Madrid (Sección 23ª) núm. 53/2013 de 7 de noviembre, JUR 2013\70969

SAP A Coruña 1ª, de 5 de febrero de 2014, PROV 2014\64420

Auto de la AP de Cantabria (Sección 3ª) núm. 632/2014 de 26 diciembre, JUR 2015\290085

SAP Baleares 1ª, de 15 de enero de 2016, PROV 2016\272111

SAP Madrid 23ª de 25 de enero de 2016, ARP 2016\553

SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 5ª) núm. 124/2016 de 31 marzo, ARP 2016\798

SAP Alicante 10ª, de 24 de mayo de 2016, ARP 2017\43

SAP de Álava (Sección 2ª) núm. 225/2016 de 26 julio

AAP de León (Sección 3ª) núm. 4/2017 de 9 enero, JUR 2017\25511

SAP de Zaragoza (Sección 6ª) núm. 70/2017 de 7 marzo

Auto AP de Salamanca (Sección 1ª) núm. 237/2017 de 13 junio, JUR 2017\209906

SAP de Valladolid (Sección 4ª) núm. 206/2017 de 27 junio

SAP Las Palmas de Gran Canaria 1ª, de 30 de octubre de 2017, PROV 2018\130673

SAP Valencia 5ª, de 26 de marzo de 2018, PROV 2018\126816

SAP de Madrid (Sección 29ª) núm. 443/2019 de 18 julio, ARP 2019\1486. Caso sueldos de directivos de Caja Madrid (Tarjetas black)

SAP de Barcelona (Sección 6ª) Sentencia núm. 627/2019 de 7 octubre, ARP 2020\114

SAP de Islas Baleares (Sección 1ª) núm. 199/2019 de 2 diciembre, JUR 2020\52147

SAP de León (Sección 3ª) núm. 50/2020 de 3 febrero, JUR 2020\124743

SAP de Madrid (Sección 23ª) núm. 547/2020 de 30 noviembre, ARP 2021\302

SAP de Madrid (Sección 2ª), núm. 714/2022 de 23 noviembre, JUR 2023\26650.

SAP de Madrid (Sección 4ª) núm. 4/2023 de 9 enero, JUR 2023\72708

JUZGADOS DE LO PENAL

JP de Ferrol (Provincia de Coruña, A) Sentencia de 2 diciembre 2019