



Universidad de Valladolid



PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO
PENAL

TESIS DOCTORAL:

**“Delitos societarios: la lesión de derechos
sociales”**

Presentada por don Rafael de las Heras Alonso
para optar al grado de Doctor por la
Universidad de Valladolid

Dirigida por:

Don Ángel José Sanz Morán

Catedrático de Derecho Penal de la Facultad
de Derecho de la Universidad de Valladolid.

.....

Índice. “Delitos societarios: la lesión de derechos sociales”

Introducción	11
1. Concepto de sociedad en el ámbito de los delitos societarios. Art. 297 CP.	21
Introducción.	
1.1. Sobre la definición de sociedad del art. 297 CP en el CP 1.995.	22
1.1.1. Cualquier otra entidad de “análoga naturaleza”.	27
1.1.2. Que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado.	30
1.2 Entidades referidas en el art. 297 CP.	33
1.2.1. Las cooperativas.	33
1.2.1.1. Las sociedades agrarias de transformación.	35
1.2.2. Las Cajas de Ahorro.	36
1.2.3 Las mutuas.	37
1.2.4. Entidades financieras o de crédito.	39
1.2.5 Las fundaciones.	43
1.2.6. La sociedad mercantil, Código de Comercio, Código Civil y Leyes Societarias.	46
1.2.6.1. La Sociedad Civil.	50
1.2.6.2. La sociedad Civil y Mercantil en el art. 297 CP	52
1.2.6.3. La Sociedad Mercantil irregular y la Sociedad en formación.	53
1.2.6.4. La sociedad de hecho.	62
1.2.6.5. La sociedad disuelta.	63
1.2.6.6. La sociedad interna u oculta.	64
1.2.6.7. Las agrupaciones de interés económico.	65

1.2.6.8. La sociedad laboral.	65
1.2.6.9. Las sociedades anónimas deportivas.	66
1.3. Otros supuestos concretos	66
1.3.1. La comunidad de regantes.	67
1.3.2. La junta de compensación.	68
1.3.3. La comunidad de bienes.	69
1.3.4. La comunidad en Propiedad Horizontal.	70
1.3.5. Los grupos de sociedades.	71
1.3.6. La Unión Temporal de Empresas.	73
1.3.7. Los clubes deportivos.	74
1.3.8. Contrato de cuentas en participación.	74
1.3.9. La empresa pública.	76
1.3.10. Centro Gallego.	76
1.4. Conclusión.	77
2. El Bien Jurídico protegido en el art. 293 del Código Penal.	80
Introducción.	80
2.1. El Bien Jurídico en el Derecho Penal societario.	81
2.2. El Bien jurídico protegido por el art. 293 CP.	85
2.3. Conclusión.	94
3. El Sujeto Activo en el art. 293 CP. Ampliación legislativa y restricción doctrinal y jurisprudencial.	96
Introducción.	96
3.1. El sujeto activo. Administrador de derecho y administrador de hecho.	96
3.1.1 El administrador de derecho.	98
3.1.2. El administrador de hecho.	104
3.1.2.1. El dominio social de las funciones de administración. Acceso al bien jurídico protegido.	109

3.1.2.2. El administrador oculto. El responsable en la sombra (“ <i>shadow director</i> ”).	111
3.1.3. Compatibilidad entre el administrador de derecho y el de hecho.	112
3.2. El Administrador es una Persona Jurídica.	114
3.3. La responsabilidad penal individualizada cuando el órgano de administración es colegiado.	116
3.4. Supuestos dudosos.	119
3.4.1. Falta de aceptación expresa del nombramiento (aceptación tácita o implícita).	120
3.4.2. Falta de publicidad del nombramiento. Art. 215 LSdC. Art. 138 RRMerc.	120
3.4.3. Nulidad inicial del nombramiento, por concurrir una causa de inelegibilidad originaria o sobrevenida.	122
3.4.4. La renuncia válida sobrevenida; la revocación expresa o el cese en el cargo por cumplimiento del término.	122
3.4.5. El Presidente y el Secretario de la Junta General.	126
3.4.6. Los liquidadores.	127
3.4.7. Los fundadores o promotores de la sociedad.	128
3.4.8. La administración concursal: administrador concursal y auxiliares delegados.	130
3.4.9.- Administrador judicial.	131
3.4.10. Los auditores de cuentas.	132
3.4.11. Los directores y apoderados.	133
3.4.12. El empresario individual.	135
3.5. Conclusión.	136
4.1. El Tipo objetivo: La conducta típica.	139
4.1.1 Introducción.	139
4.1.2. Relevancia penal de la obstaculización y del impedimento del ejercicio del derecho del socio.	140

4.1.2.1. Supuestos en los que no se aplica el art. 293 CP.	143
4.1.3.- Verbos rectores: negar e impedir el ejercicio de derechos del socio.	147
4.1.3.1.- Negar.	148
4.1.3.2.-Impedir.	149
4.1.4.- La omisión pura y la comisión por omisión u omisión impropia.	150
4.1.5. La expresión: “Sin causa legal”. Barrera a la intervención penal.	153
4.1.6- Exclusiones o limitaciones legales del ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social o de suscripción preferente de acciones.	158
4.1.7.-Elementos extraños a la conducta típica.	161
4.1.7.1.- El perjuicio patrimonial.	161
4.1.7.2.- Conducta reiterada.	163
4.1.7.3. ¿Delito de peligro hipotético?	165
4.1.8. Conclusión.	166
4.2 El Tipo Objetivo: El Objeto de la Acción.	169
4.2.1.- Descripción de los derechos del socio. Ley penal en blanco.	170
4.2.2.- El Derecho a la Información.	175
4.2.2.1. El derecho de información en la Ley de Sociedades de Capital.	179
4.2.2.2.- Supuestos concretos de la trascendencia penal de la privación del derecho a la información.	185
4.2.2.3.-Derecho a la información del representante del socio.	189
4.2.3.-La no convocatoria de las Juntas generales.	190
4.2.4.-Los derechos de participación en la gestión. El derecho de asistencia a las juntas.	194

4.2.5.- Participación en las juntas de sujetos concretos que no son socios: administradores, gerentes y directivos, comisario del sindicato de obligacionistas, titulares de bonos de disfrute.	197
4.2.6.- El Derecho de voz o derecho a intervenir en los debates que se susciten en la junta.	198
4.2.7.- El derecho de voto.	199
4.2.8.- El derecho a ostentar una representación proporcional en el Consejo de Administración.	200
4.2.9.- El derecho de examen sobre las cuentas anuales.	201
4.2.10.- El Derecho del socio a impugnar los acuerdos de la Junta.	203
4.2.11.- El derecho de suscripción preferente de acciones.	203
4.2.12.- Copropiedad, Usufructo, Prenda y Embargo de acciones o de participaciones.	206
4.2.13.- Conductas de los administradores excluidas de la protección del tipo del art. 293 CP.	208
4.2.14.- Exclusiones o limitaciones legales del ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social o de suscripción preferente de acciones.	210
4.2.15.- Conclusión.	213

5.-El Tipo Subjetivo: el Dolo y el Error sobre los elementos del Tipo. 217

Introducción.	217
5.1. El Dolo.	217
5.1.1. El dolo en general.	217
5.1.2 El dolo en el art. 293 CP.	218
5.2. El error sobre los elementos del tipo.	222
5.2.1. El error de tipo en el art. 293 CP.	224
5.2.2. Supuestos de amparo legal en la conducta impeditiva del administrador.	228
5.3. Conclusión.	230

6.- Antijuricidad. Ausencia de causas de justificación.	232
Introducción.	232
6.1. La antijuricidad en el art. 293 CP.	232
6.2. Ausencia de causas de justificación.	234
6.3. Conclusión.	235
7. La Culpabilidad.	237
7.1. Concepto. Concepciones de la culpabilidad.	238
7.1.1. La Culpabilidad en el art. 293 CP.	240
7.2. Contenido: imputabilidad, conciencia de la ilicitud y exigibilidad.	241
7.2.1. La imputabilidad.	241
7.2.1.1. Causas de inimputabilidad.	242
7.2.2. La conciencia de la ilicitud.	247
7.2.2.1. El error de prohibición.	249
7.2.3. La exigibilidad.	253
7.2.3.1. Causas de inexigibilidad.	254
7.3. Conclusión.	257
8.- Las formas de aparición del delito. El íter criminis. La Consumación. La Tentativa.	259
8.1.- La Consumación. Momento de la consumación. Plus de antijuricidad material.	259
8.2. La tentativa.	263
8.3. Conclusión.	265
9.- La Autoría y la Participación.	268
Introducción.	268
9.1 Autoría. Delito especial propio. Exigencia de base asociativa. Capital en acciones.	269
9.1.1. Autoría en el art. 293 CP.	276

9.2. Autoría Mediata.	278
9.3. La participación.	279
9.3.1. La inducción.	281
9.3.2. Cooperador necesario.	281
9.3.3. La Complicidad.	284
9.4. La cláusula del art. 31 CP.	288
9.5. Conclusión.	291
10.- Concursos. El delito continuado.	294
10.1. Introducción. Delito único y pluralidad de delitos.	294
10.2. Supuestos de infracción única.	295
10.2.1. El aparente concurso de normas del art. 293 CP con otros preceptos.	297
10.2.2. La Continuidad delictiva.	299
10.2.2.1. El delito continuado.	299
10.2.2.2. La Continuidad delictiva y el art. 293 CP.	303
10.3. Supuestos de pluralidad de delitos.	306
10.3.1 Concurso ideal de delitos.	306
10.3.2. Concurso medial.	307
10.3.3. Concurso real.	307
10.4. Supuestos prácticos.	308
10.5. Conclusión.	311
11.- La Penalidad.	313
Introducción.	314
11.1. La Pena de Multa.	314
11.1.1. Motivación del importe del día multa.	317
11.2. Incumplimiento del pago de la multa. Art. 53.1 CP.	321

11.3. Penalidad atenuada para el inductor o cooperador necesario prevista en el art. 65.3 CP, que faculta expresamente para imponer la pena inferior en grado.	322
11.4. Conclusión.	323
12.- Circunstancias modificativas de la responsabilidad.	325
12.1. Atenuantes.	325
12.1.1. Confesión.	325
12.1.2. Dilaciones indebidas.	327
12.1.3. Atenuante analógica.	329
12. 2. 3. 1. La cuasiprescripción.	329
12.2. Agravantes:	330
12.2.1. La ejecución del hecho con abuso de superioridad.	331
12.2.2. Ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa.	332
12.2.3. Obrar con abuso de confianza.	333
12.2.4. Reincidencia.	333
12.3. La circunstancia mixta de parentesco.	334
12.4. Conclusión.	335
13.- Extinción de la responsabilidad penal. La Prescripción del delito.	337
13.1. Concepto.	337
13.2. Plazos.	340
13.3. La prescripción de la pena.	346
13.4. Conclusión.	346
14.- Art. 296 CP condición de perseguibilidad. Art. 103 LECri. Art. 268 CP . Excusa absolutoria.	348
Introducción.	348

14. 1. Requisito de perseguibilidad, art. 296 CP.	348
14.2. Prohibición de ejercer acciones penales entre parientes prevista en el art. 103 LECri.	353
14.3. Excusa absolutoria del art. 268 CP.	357
Conclusión.	362
15.- La prejudicialidad.	364
Introducción.	364
15.1. Cuestiones prejudiciales “penales” en la LECivil.	365
15.2. La Cuestión Prejudicial suscitada en el proceso penal. Ley de Enjuiciamiento Criminal.	367
15.3. La prejudicialidad penal en el ámbito constitucional.	369
15.4. Conclusión.	370
16. Conclusiones Finales de la Tesis por Capítulos.	372
17. Bibliografía.	397
18. Sentencias.	403

Introducción.

En los pasados años setenta aparecen las primeras voces de nuestra Doctrina partidarias de extender la protección del Derecho Penal al orden económico, concebido entonces como el interés del Estado en la conservación de su capacidad productora para el cumplimiento de su tarea y como el mantenimiento del orden legal de la economía, tanto en su conjunto como en sus ordenaciones parciales, entendido como interés del individuo en participar en los bienes de consumo y en el desarrollo de una actividad adecuada a su voluntad profesional de actuación y lucro. Entonces, el Derecho Penal económico se entendía como el conjunto de normas penales que garantizaban el orden económico, referido a materias relativas a los precios y abastos incluyendo las infracciones monetarias y de contrabando¹.

En la misma década, en el ámbito europeo, la Cuarta Directiva comunitaria busca una coordinación de las disposiciones nacionales relativas a cuestiones de las sociedades mercantiles, en particular, en cuanto a la protección de los socios y a la necesaria veracidad de las informaciones financieras que se han de poner en conocimiento del público; concretamente, en el aspecto sancionador, la Directiva citada manda a los Estados miembros determinar un régimen sancionador aplicable a las infracciones de las disposiciones nacionales

¹ BAJO FERNÁNDEZ, M. "El Derecho penal económico. Un estudio de Derecho positivo español", en *ADPCP*. Madrid. 1973, págs. 91-139.

adoptadas de conformidad con la Directiva así como que tomen todas las medidas necesarias para garantizar su aplicación, ordenando que las sanciones previstas sean eficaces, proporcionadas y disuasorias².

Nuestra Constitución de 1.978 incorpora principios definitorios del orden económico, configurando un sistema de economía mixta, plasmando la obligación de los poderes públicos de garantizar el ejercicio de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38 CE), así como la obligación estatal de defender una serie de intereses generales como la seguridad social o el pleno empleo, lo que justifica la intervención de los poderes públicos en la actividad económica de los particulares. El Proyecto de Código Penal de 1.980 dedicaba a los delitos económicos un Título propio, y el Proyecto de Código Penal de 1.992 afirmaba en su Exposición de Motivos que “las figuras comunes de estafa, apropiación indebida y falsedad documental no siempre son aplicables a las peculiares prácticas fraudulentas que pueden producirse en una sociedad mercantil³.

Nuestro Legislador no contempló estas conductas hasta el Código Penal de 1.995, dedicando el Capítulo XIII del Título XIII de su Libro II a los Delitos Societarios, donde se encuentra el art. 293 CP, que se orienta a la tutela penal de lo que el Legislador considera los derechos más importantes de los socios. Es un precepto polémico que, desde su inicio fue limitado en su aplicación por los importantes requisitos que exigió el Tribunal Supremo desde sus primeras sentencias sobre el precepto. Las críticas doctrinales se centraron en la falta de razones que justificaban la tipificación. Algunos autores afirman que estas infracciones despertaron una atención desproporcionada porque se trataba, y sigue siendo así, de delitos que -en esencia- afectan al funcionamiento interno de las sociedades mercantiles, y solamente en relación con algunos es posible ver

² Cuarta Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 25 de julio de 1978 basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad (78/660/CEE) (DO L 222 de 14.8.1978, p. 11).

³ FERNÁNDEZ TERUELO J.G. *Los delitos societarios en el Código Penal español*. Ed. Dykinson. Madrid. 1998. Págs. 26 a 28.

una dimensión de carácter general, es decir, que puedan causar perjuicios a toda la ciudadanía, como sucede con la divulgación de información financiera falsa o con la ocultación de información a la autoridad inspectora del mercado de valores⁴.

Hoy la Doctrina engloba en el Orden económico aquellas infracciones penales que tienen lugar en el ejercicio de la actividad económica relevante por medio o con aprovechamiento del ejercicio de la actividad empresarial, lo que provoca un progresivo y necesario tratamiento específico en la parte especial del Código Penal, creando figuras *ex novo* frente a formas lesivas de gestión de la sociedad (los delitos societarios), modificando o ampliando los ya existentes (apropiación indebida), agravando figuras penales como la estafa abusando de la credibilidad empresarial (art. 250.1. 6º CP) o castigando lesiones u homicidios por imprudencia por productos defectuosos o incumplimiento de la normativa de seguridad en el trabajo con resultados de peligro o lesivos para la integridad del trabajador⁵.

El art. 293 CP protege concretos derechos de los socios frente a las obstrucciones de los administradores, un tipo para el que la Jurisprudencia exige el dolo directo, de manera que solo las hipótesis más groseras de infracción de unos concretos derechos (información, participación y control de la gestión social, y suscripción preferente de acciones) estarán amparados en esta norma penal. El tipo no exige un daño patrimonial, ni la obtención de un perjuicio ilícito, lo que pugna con los requisitos de la responsabilidad del administrador en sede mercantil, que siempre ha exigido la causación de un daño patrimonial⁶. El artículo incorpora el polémico elemento normativo “sin causa legal”, que

⁴ QUINTERO OLIVARES, G. “Delitos societarios”, en *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*. nº 12, Septiembre de 2.017.

⁵ FERNÁNDEZ TERUELO, G. J. *Instituciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Ed. Lex Nova. Ed. 2013. págs .25 y 26.

⁶ PÉREZ BENÍTEZ, J. J. "Aspectos mercantiles de los delitos societarios", en *Boletín de Mercantil El Derecho*, 17 de junio de 2019, nº 75.

trataremos en la primera parte del Capítulo Cuarto dedicado al tipo objetivo (4.1.5.). Y también se cuestiona que la pena sea solo de multa, prescindiendo de otras opciones punitivas como pudiera ser la inhabilitación.

El art. 293 CP ha optado -simplemente- por sancionar conductas lesivas para los derechos de los socios, de manera que su protección supone una tutela adelantada de los intereses del ciudadano que ha invertido en el capital de una empresa. Se trata de un delito de peligro abstracto que no exige siquiera la aptitud para causar un perjuicio patrimonial, permitiendo la punición de toda realización típica sin necesidad de constatar la afectación -siquiera potencial- del bien jurídico protegido. Este artículo suscitó la reacción jurisprudencial de restringir su aplicación a través de una interpretación sujeta a la fundamentación material del precepto en el triple ámbito de la acción típica, del objeto material y del elemento normativo "*sin causa legal*"; incidiendo en la exigencia de una antijuricidad material más allá de la meramente formal, de manera que el bien jurídico protegido padezca un ataque que justifique la respuesta penal y negando la existencia de responsabilidad penal tanto en el caso del error de tipo sobre el elemento normativo "sin causa legal", como en el de prohibición, aunque ambos sean vencibles.

En la Doctrina destacamos las reacciones críticas que apuntan al contenido del injusto, que reprochan la tipificación de la simple infracción de derechos mercantiles, cuestionando la necesaria ofensividad penal de estas conductas y partidarias de exigir la acreditación de una aptitud lesiva para el patrimonio del socio. Como delito de peligro, el tipo tutela de manera anticipada el bien jurídico, lo que conlleva el riesgo de que en ocasiones se pierda la vinculación con este referente material⁷, y con la obligación de situar siempre la referencia del Derecho

⁷ FERNÁNDEZ TERUELO, G. *Instituciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. pág. 49 y ss. Ed. Lex Nova. Ed. 2013.

Penal como última *ratio*, reaccionando ante puntuales lesiones de excepcional gravedad.

El primer capítulo está dedicado al concepto auténtico de sociedad del art. 297 CP, el último de los preceptos de la rúbrica “*Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*” del Capítulo XIII, del Título XIII, referido a la sociedad como el contexto en el que se desarrollan estos delitos, por lo que en cada caso hay que identificar si realmente estamos ante una entidad en la que se puedan desarrollar las conductas impeditivas de los derechos del socio por contar tanto con administradores como con socios titulares de los derechos que el art. 293 CP protege. El contenido del art. 297 CP merece una justificada crítica por el uso de la analogía, lo que le impide cerrar con precisión la definición; veremos tanto las concretas entidades que menciona el artículo, como otras que no figuran en el mismo, razonando sobre su inclusión o no en la definición auténtica.

El segundo capítulo está dedicado al Bien jurídico, el bien considerado digno de protección por el Legislador. El art. 293 CP prohíbe vulnerar unas facultades concretas de los socios, lo que lleva a la Doctrina a entender la tutela de estos derechos concretos como el bien jurídico al que pretende dispensar protección el ordenamiento jurídico y también considera el correcto funcionamiento social como posible interés penalmente tutelado, no tanto los derechos de contenido patrimonial, pues en la protección penal priman la atención a los derechos políticos del socio⁸. Otros autores afirman que el legislador trata de velar por el correcto funcionamiento de los órganos de

⁸ MATA y MARTÍN, R. “Delitos societarios: Administración desleal y demás figuras delictivas” en *Empresa y Derecho Penal (I). Cuadernos de Derecho Judicial*. Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Págs. 381 y 382.

administración de las sociedades, protegiendo los resortes de control de la gestión social de los accionistas y socios⁹.

El tercero de los capítulos estudia el Sujeto activo. El tema central es la consideración del administrador de hecho (artículos 290, 293 y 294 del Código Penal) y su diferenciación con el administrador de derecho. Se trata sin duda de uno de los debates de más trascendencia en el Derecho Penal económico, que plasma un esfuerzo de legisladores y de jueces en la persecución de los reales responsables del delito cometido aunque carezcan de la designación formal de administrador. Desarrollaremos la regulación de las situaciones del administrador persona jurídica, con referencia concreta a los supuestos en los que existe un consejo de administración (el delito “colegial”), y a supuestos concretos que resultan polémicos en su encuadre como sujeto activo, sea administrador de derecho o de hecho.

El cuarto capítulo versa sobre el Tipo objetivo, y lo dividimos en dos subcapítulos, el primero (4.1) dedicado a la Conducta típica, donde detallamos los requisitos precisos para que la acción u omisión tenga relevancia penal, con las dificultades que entraña el ser un delito de simple actividad. “Negar” e “impedir” son los dos verbos rectores objeto de estudio. La incorporación al tipo del elemento normativo “sin causa legal” abre el debate sobre la obligación de verificar en sede judicial que no concurre ninguna habilitación que posibilite la negativa o el impedimento del administrador, lo que va a suponer otro de los requisitos jurisprudenciales de restricción de la aplicación del precepto junto con el objeto material y de la conducta típica. Estudiaremos supuestos concretos de licitud civil y penal de las obstaculizaciones a los derechos del socio, otra de las

⁹ RIVES SEVA, A. P. “Los delitos societarios. Análisis de la Jurisprudencia del TS”, en <http://www.seguridadpublica.es/2014/02/los-delitos-societarios-analisis-de-la-jurisprudencia-del-tribunal-supremo/>. Febrero 2.014.

vías de restricción de la aplicación el artículo 293 CP.

El segundo subcapítulo del Tipo objetivo (4.2) se centra en el contenido de los derechos cuya vulneración puede tener trascendencia penal en base al art. 293 CP, descritos en el tipo bajo la técnica de “ley penal en blanco”, con la referencia a los derechos “*reconocidos por las Leyes*”. La Jurisprudencia exige que la vulneración del derecho de información suponga una efectiva limitación de la condición de socio¹⁰. En el Objeto también se encuentra el derecho de suscripción preferente solo de acciones en casos de ampliación de capital, una inclusión muy cuestionada por los términos en los que está redactada.

El Quinto capítulo está dedicado al Tipo subjetivo, en el que tratamos el dolo y el error sobre los elementos del Tipo. Exponemos la exigencia del dolo directo y nos referimos a los supuestos de error vencible e invencible. Y en el reverso del elemento cognoscitivo del dolo tratamos el error de tipo, considerando el elemento normativo "sin causa legal".

El sexto de los capítulos trata de la antijuricidad y de su reverso, las causas de justificación. No hay particularidades especiales en este tema. Al ser un delito de peligro abstracto, que tipifica conductas que hasta el CP de 1.995 solo eran ilícitas civilmente, cobra trascendencia la exigencia de la antijuricidad material, de ofensa al bien jurídico, más allá de la contradicción formal entre la norma y la acción¹¹. Veremos cómo las causas de justificación del art. 20 CP son de difícil aplicación a las conductas del art. 293 CP.

¹⁰ STS de 26 de marzo de 2013. EDJ 2013/55353.

¹¹ MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte general*. 10ª Edición. Valencia. 2019, pág. 307.

La culpabilidad ocupa el séptimo de los capítulos, aspecto en el que el artículo 293 CP tampoco no presenta peculiaridades, ni en la imputabilidad como capacidad personal del autor, ni en la conciencia de la antijuricidad como conocimiento de la prohibición penal; ni tampoco en el error de prohibición del art. 14.3 CP, donde existen los problemas de la ilicitud compleja. Tampoco hay especialidad en la exigibilidad o en las causas de exculpación por inexigibilidad, su vertiente negativa.

El octavo de los capítulos versa sobre la consumación y el *iter criminis*. La Jurisprudencia considera el art. 293 CP como un delito permanente, cuyo momento consumativo se prolonga mientras el administrador no cumpla con su deber de proporcionar la información requerida.

En el noveno Capítulo tratamos la autoría y la participación. El art. 293 CP es un delito especial propio. Vemos las posturas doctrinales sobre la coautoría, y la autoría mediata, y sobre las formas de participación (inducción, cooperación necesaria y complicidad). Hemos de recordar el contenido del Capítulo tercero sobre el sujeto activo y los criterios de la Ley de Sociedades de Capital sobre la responsabilidad solidaria de los miembros de un consejo de administración, y sobre si estos criterios mercantiles son aplicables a la responsabilidad penal.

El décimo capítulo versa sobre los Concursos y el Delito continuado, un apartado en el que la primera tarea es concretar los supuestos en los que hay una

pluralidad de delitos¹². Y comenzamos con los supuestos de infracción penal única, a saber, las unidades típicas en sentido estricto, el concurso aparente de leyes penales y las unidades típicas en sentido amplio, donde se engloban la unidad natural de acción y el delito continuado. Estudiamos el delito continuado en general y en concreto respecto del art. 293 CP. Y finalmente, hacemos mención al concurso ideal, al concurso medial, y al concurso real de delitos.

El undécimo capítulo se ocupa de la Penalidad. El delito se castiga con una pena solo de multa de seis a doce meses, la inferior en este ámbito de los delitos societarios del Capítulo XIII, lo que abre el reproche al Legislador por olvidar la real gravedad de la infracción de este precepto, pues el impedimento del ejercicio del derecho de información del socio, le aboca a desconocer la real dimensión y trascendencia de los asuntos a tratar en el Orden del día de una junta general, lo que puede viciar su criterio y el sentido de su voto.

El Capítulo duodécimo está referido a las Circunstancias modificativas de la responsabilidad, con referencia a las que pueden ser de aplicación en el ámbito penal societario, a saber, las atenuantes de confesión, dilaciones indebidas y la atenuante analógica del art. 21.7^a CP, en la que hacemos mención a la *cuasiprescripción*; en las agravantes tratamos el abuso de superioridad, el precio, recompensa o promesa, el abuso de confianza y la reincidencia; y concluimos con la circunstancia mixta de parentesco, de eficacia atenuadora en los delitos patrimoniales.

¹² SANZ MORÁN, A.J. *Sobre el arte de contar delitos. Últimas aportaciones legislativas y jurisprudenciales*. Discurso ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid. 5 de julio 2019.

En el Capítulo décimo tercero tratamos la extinción de la responsabilidad penal y la prescripción del delito, donde volvemos a la trascendencia de la consideración de delito permanente que supone que el *dies a quo* para el inicio del cómputo puede no llegar nunca, algo cuestionado en la Doctrina.

En el Capítulo catorce nos referimos a la condición de perseguibilidad prevista en el art. 296 CP, que es aplicable a todo el Capítulo XIII y que convierte a los delitos de los arts. 290 á 294 CP en semipúblicos, salvo que afecten a los intereses generales o a una pluralidad de personas (nº 2 del art. 296 CP). Y hacemos referencia a dos supuestos de influencia del parentesco en la aplicación del Código Penal, relativos a la prohibición del ejercicio de la acción penal (no de la denuncia) entre parientes (art. 103 de la LECri) que abarca a los cónyuges aunque estén incurso en procedimiento de divorcio, y a la excusa absolutoria que prevé el art. 268 CP, en principio pensada para los capítulos anteriores al décimo de los del Título XIII, en los que no está nuestro capítulo XIII.

El último Capítulo trata de la prejudicialidad. En el art. 293 CP cobran relevancia los conceptos civiles y mercantiles que definen el contenido de los derechos del socio, o que delimitan las nociones de “administrador de hecho o derecho”, de “sociedad constituida o en formación”, o que nos indican cuál puede ser la “causa legal para negar o impedir el ejercicio de derechos del socio”. La privación de los derechos del socio puede tener un alcance civil o penal. Trataremos la regulación positiva -tanto en las leyes de enjuiciamiento como en la LOPJ- de las cuestiones prejudiciales y la posibilidad de que sean enjuiciadas por otro orden jurisdiccional, con mención a pronunciamientos jurisprudenciales y -brevemente- al amparo constitucional en este tipo de procedimientos.

1.- Concepto de sociedad en el ámbito de los delitos societarios. Art. 297 CP.

Introducción.

El art. 297 del Código Penal de 1995 incorpora un concepto penal del contrato de sociedad que prescinde de los ya existentes en el Código de Comercio de 1.885 y en el Código Civil de 1.889. Es una definición auténtica de sociedad solo “*a los efectos de este Capítulo*” (arts. 290 á 294 CP del Capítulo XIII del Título XIII). En la ubicación del precepto comienzan los problemas, pues la realidad es que hay delitos socioeconómicos en otros capítulos del Código Penal, por lo que hay autores que afirman que la parte general del Código hubiera sido el emplazamiento más adecuado para el precepto¹³.

El reproche doctrinal continúa con el uso de una técnica que no es la que se espera de un Código moderno, pues cierra el concepto acudiendo a la analogía,

¹³ PÉREZ BENÍTEZ, J.J. "Aspectos mercantiles de los delitos societarios", en *Boletín de Mercantil El Derecho*, 17 de junio de 2019, nº 75.

una integración rechazada por los autores penales al considerarla ya una creación judicial de normas jurídicas, ya una sustitución del monopolio legislativo¹⁴.

El art. 297 CP también es criticado en la Doctrina por el descuido y la precipitación del precepto, por su casuismo exacerbado y por el uso de la cláusula general, que pone en evidencia cómo -a pesar de ser una enumeración extremadamente amplia- no deja de tener un carácter meramente ejemplificativo, ya que se le añade una imprecisa cláusula general, lo que hace perder credibilidad al intento de perfilar el marco operativo de actuación de estos delitos. El reproche se extiende tanto a la falta de dominio de las categorías mercantiles por parte del legislador (que cita tipos sociales que son especies de otras genéricas, que también se enumeran) como a la descoordinación con los artículos a que se refiere del mismo Capítulo XIII¹⁵.

Otros autores afirman que, con la cláusula final abierta, el Legislador pretende extender el concepto de sociedad a otras entidades no recogidas en la enumeración del artículo 297 CP, exigiendo dos características a un ente colectivo para quedar incluido en el concepto penal de sociedad, a saber: ser de análoga naturaleza a las enumeradas expresamente y participar de modo permanente en el mercado¹⁶. Tras el concepto de sociedad analizaremos los términos de “*análoga naturaleza*” y “*cumplimiento de sus fines participando de manera permanente en el mercado*”, para referirnos después a las entidades que aparecen en el artículo 297 CP, y finalizar con las que no están relatadas en el tipo.

¹⁴ QUINTERO OLIVARES G., MORALES PRATS, F, «Comentario al artículo 4 CP», en (Dir.) QUINTERO OLIVARES G., “*Comentarios al Código Penal Español*”. Tomo I. Aranzadi, Pamplona, 2011, pág. 79.

¹⁵ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. *Los delitos societarios en el Código Penal español*. Ed. Dykinson. Madrid. 1998. Págs. 37 y 38.

¹⁶ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y ROCA AGAPITO, L. *Derecho Penal Español. Parte especial (II)*. Pág. 709. Ed. 2011.

1.1. Sobre la definición de sociedad del art. 297 CP en el CP 1.995.

Como hemos dicho, cuando el art. 297 CP entra en nuestro ordenamiento jurídico ya existían conceptos de sociedad en nuestra legislación, y así, el art. 116 del Código de Comercio de 1885 definía -y define- el *contrato de compañía* como aquel por el cual *dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro*, y continúa diciendo que será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de ese Código; y concluye con que una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos. El art. 112 del mismo Código establece que las sociedades mercantiles se constituirán adoptando alguna de las formas siguientes: la regular colectiva, la comanditaria -simple o por acciones-, la anónima y la de responsabilidad limitada. Solo cuatro años después, el art. 1665 del Código Civil de 1.889 definía la sociedad como un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias.

La definición del art. 297 CP dice: “*A los efectos de este Capítulo 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.*” Para el Tribunal Supremo es un concepto que se inserta en el ámbito de las entidades con ánimo de lucro, en el que se protegen los intereses económicos de los socios contra las malas prácticas de los administradores o gestores del capital¹⁷. La Audiencia Provincial de Burgos afirma que el art. 297 CP define lo que debe entenderse como sociedad a los efectos de los delitos societarios (en referencia a los delitos del Capítulo XIII)¹⁸ y por tanto no solo a fines penales genéricos¹⁹.

¹⁷ STS (Penal) 245/2007, de 16 de marzo. Recurso nº 711/2006.

¹⁸ AAP (Penal) Burgos de 6 marzo de 2017. EDJ 2017/45349.

¹⁹ AAP (Penal) Madrid de 14 marzo de 2011. EDJ 2011/63359.

Si bien en el Derecho mercantil la noción de sociedad presenta unos perfiles nítidos, en la Doctrina penal se afirma que el término “sociedad” puede ser entendido como un elemento normativo jurídico ya valorado en el ámbito del Derecho mercantil, lo que presenta el inconveniente de restringir notablemente el ámbito de aplicación de los delitos societarios, y justifica que el Legislador penal considerara necesario ofrecer una interpretación auténtica del concepto buscando extender su significado con una cláusula final alusiva a *cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de manera permanente en el mercado*²⁰.

Las primeras redacciones del proyecto de Código Penal se referían únicamente a la *sociedad mercantil*, lo que podría permitir que quedasen impunes las actuaciones de administradores de sociedades civiles que tenían un objeto social realmente mercantil. Y para evitar exclusiones se enumeraron hasta siete entidades, redactando un concepto extenso con una fórmula abierta a fin de incluir en el delito a las formas sociales que tienen por finalidad participar en el mercado, como explica la Audiencia Provincial de Sevilla²¹.

En la Doctrina penal se reprocha al art. 297 CP la incorporación de una descripción de sociedad paradójica, caracterizada tanto por destacadas omisiones como por su excesivo casuismo²²; que incurre en redundancias y deficiencias²³, y que llega a ser calificado como el más desafortunado de los artículos del Capítulo XIII del Título XIII²⁴. Ciertamente, el precepto comienza ejemplificando, con una enumeración de siete entidades con personalidad jurídica que el Legislador considera sociedad (“...*toda cooperativa, caja de ahorros, mutua, entidad*

²⁰ FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*. Ed. Tirant lo Blanch 2015. Pág. 34.

²¹ SAP (Penal) Sevilla de 27 junio de 2003. EDJ 2003/94759.

²² CASTRO MORENO, A. "El concepto penal de sociedad en los delitos societarios: El art. 297 del nuevo Código Penal", en *Jueces para la Democracia*, nº 31, marzo 1.998 págs. 46 á 57.

²³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*. 6ª Ed. 2019. Pág. 485.

²⁴ FERNÁNDEZ TERUELO, G.J. *Los delitos societarios en el Código penal español*. Ed. Dikynson. Madrid. 1998. Pág. 36.

financiera o de crédito, fundación y sociedad mercantil...”) y concluye generalizando, con una cláusula abierta que se refiere a “*cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado*”. Parte de la Doctrina considera que con semejante cláusula final el Legislador penal viene a reconocer que la enumeración de las siete entidades posee un carácter meramente ejemplificativo y que existen otras que, pese a no hallarse específicamente mencionadas en el precepto, pueden quedar englobadas en la noción penal de sociedad²⁵. Otros autores se basan en el artículo 297 CP para afirmar que han de excluirse -por no participar en el mercado- las diferentes sociedades civiles y las entidades o agrupaciones que no tienen personalidad jurídica propia²⁶, pues prima el criterio de la personalidad jurídica sobre el de la forma jurídica de sociedad, como se aprecia en que todas las entidades mencionadas son personas jurídicas. Y siempre con una exigencia común que afecta a todas las agrupaciones mencionadas, y es *que para el cumplimiento de sus fines participen de forma permanente en el mercado*, esto es, en el intercambio de bienes y servicios a través de la correspondiente contraprestación²⁷.

Otros pareceres doctrinales afirman que la indicación del art. 297 CP no es un caso de ley penal en blanco que requiera un complemento en la normativa societaria, pues 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 participe de modo permanente en el mercado*”, que es el dato básico y el verdadero elemento definidor del concepto para el Derecho Penal²⁸. La idea de ampliar -más que de restringir- nos la ofrece el comienzo de

²⁵ NÚÑEZ CASTAÑO, E. *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Tirant lo Blanch. 3ª Edición. Valencia, 2019. Pág. 217.

²⁶ QUINTERO OLIVARES, G. “Delitos societarios”, en *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*. nº 12, Septiembre de 2.017.

²⁷ FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*. Ed. Tirant lo Blanch. 2015. Pág. 35.

²⁸ QUINTERO OLIVARES, G. “Delitos societarios”, en “*Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*”. Nº 12, Septiembre de 2.017.

la definición típica “... se entiende por sociedad *toda* cooperativa, caja de ahorros... una fórmula legal difusa, inspirada en el art. 1 de la Ley de Competencia Desleal²⁹ que también se refiere a “*todos los que participan en el mercado*”, indeterminación que alcanza tanto al requisito de la permanencia como a la propia definición de mercado, e incluso sobre la diferenciación entre el fin y el objeto social de las entidades³⁰.

Respecto de la enumeración de entidades, hay opiniones en la Doctrina que critican las redundancias del precepto por mencionar a las fundaciones y a las entidades de crédito y también a las Cajas de Ahorros (que son fundaciones y entidades de crédito), así como por dar sustantividad a las cooperativas, que son sociedades mercantiles³¹, y que pueden ser de crédito, cuando sus socios cooperativistas son los que aportan el capital a la entidad, como hoy sucede con las cajas rurales³².

Las críticas también refieren que el modelo se difumina cuando se trata de las Cooperativas, Cajas de Ahorro, Mutuas y Fundaciones, en las que con frecuencia ni siquiera está presente el ejercicio de la actividad empresarial ni cuentan con estructura organizativa compatible con la mayoría de los tipos del Capítulo, concebidos sobre el esquema organizativo previsto para las sociedades de capital una junta general de socios y un órgano de administración por ella designado, de manera que solo las sociedades mercantiles y las entidades

²⁹ Artículo 1 Ley de Competencia Desleal nº 3/1991, de 10 de enero. “Esta ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad.” Modificado por el art. 1.1 de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre.

³⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*. 6ª Edición. 2.019. Pág.488.

³¹ CALDERÓN CERESO, A. *Delitos societarios: comentarios a los artículos 290 a 297 CP*. Ed. Bosch. Enero 2.017 Pg. 252.

³² NÚÑEZ CASTAÑO, E. *Manuel de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Ed. Tirant lo Blanch. Tercera Edición. Valencia, 2019. Pág. 217, y SAP (Penal) de 3 abril de 2014. EDJ 2014/58804

financieras o de crédito constituidas en forma de sociedades de capital responden a esquemas propios del Derecho mercantil³³.

Para la aplicación del precepto hay que atender a la naturaleza, organización y fines de las entidades cuyo correcto funcionamiento se protege, en las que han de existir los autores determinados por los tipos, sean administradores o socios³⁴. Su ámbito es el de las entidades en las que existan tanto socios con los derechos que protege el tipo, como administradores que puedan limitarlos tan gravemente que sea precisa la intervención de la Jurisdicción penal.

1.1.1. *Cualquier otra Entidad de análoga naturaleza.*

La Doctrina debate si la expresión “*entidad de análoga naturaleza*” debe ir referida privativamente al concepto de “sociedad mercantil” o, por el contrario, a la totalidad de las siete entidades citadas en el precepto, lo que posibilitaría que tengan cabida en el art. 297 CP las sociedades civiles y otras agrupaciones que no posean una connotación mercantil (o sea, que no tengan por objeto la obtención de beneficios a través de una actividad económica o industrial); y al respecto, unos autores defienden una mayor amplitud al ámbito de aplicación del art. 297 CP, por razones gramaticales, teleológicas y político-criminales³⁵, incluyendo a las sociedades civiles pero siempre y cuando tengan personalidad jurídica propia, que es la característica que tienen en común todas ellas³⁶. Otro sector doctrinal afirma que la expresión solo se refiere a la sociedad mercantil y afirma que el

³³ CALDERÓN CEREZO, A. *Delitos societarios: comentarios a los artículos 290 a 297 CP*. Ed. Bosch. Enero 2.017 Pg. 264.

³⁴ MATA Y MARTÍN, R. M. “Los delitos societarios en el Código Penal de 1.995”, en *Revista de Derecho de Sociedades*. Aranzadi Editorial nº 5, 1995.

³⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Parte Especial. 6ª Edición. 2.019. Pág.484.

³⁶ Ampliamos este tema en el punto 1.2.6.2. de este Capítulo 1, sobre las sociedades civiles.

artículo exige una relación contractual entre sus componentes, una finalidad común, un patrimonio diferenciado del patrimonio de los miembros y una personalidad jurídica propia³⁷.

Hay opiniones que defienden que la expresión “*análoga naturaleza*” no se refiere a la obtención de beneficios y al ánimo de lucro -como sostienen quienes entienden que la expresión debe ir referida privativamente al concepto de sociedad mercantil- y niegan relevancia al aspecto organizativo de la entidad, rechazando también que “*análoga naturaleza*” aluda a la participación estable en el mercado, puesto que esta característica se contempla de forma separada y añadida³⁸, y concluyen con que la referencia “*análoga naturaleza*” es una exigencia de personalidad jurídica, por ser éste un único dato común que tienen las entidades mencionadas específicamente en el art. 297 CP, porque el fundamento de la criminalización deriva del dato de que se desarrollan al amparo de una determinada forma jurídica societaria, que es la que confiere la genuina lesividad penal³⁹.

Otros autores proponen una interpretación según la cual «*análoga naturaleza*» no significa ostentar personalidad jurídica, sino presentar el aspecto organizativo propio de las sociedades expresamente mencionadas en el artículo 297 CP; esta opinión afirma que la exigencia de personalidad jurídica se considera una interpretación excesivamente restrictiva y que llevaría a una limitación difícil de justificar político-criminalmente⁴⁰. Lo relevante es que exista una colectividad que actúa como una unidad, como un patrimonio a defender de las actuaciones ilícitas y perjudiciales que desde dentro de la propia entidad realizan quienes

³⁷ LASCURAÍN, J.A. *Derecho Penal Económico y de la empresa. Delitos societarios*. Ed. DYKINSON 2018. Págs. 488-490.

³⁸ FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*. Ed. Tirant lo Blanch. 2015. Pág. 45.

³⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*. 6ª Edición. 2019. Pág. 487.

⁴⁰ BACIGALUPO, E. *Los delitos societarios en el nuevo Código Penal. Curso de Derecho Penal Económico*. Marcial Pons. 2ª Ed. 2005. Pág. 418.

reúnen la condición de administradores de la misma, aunque éstos no sean siempre los únicos sujetos activos de las conductas punibles⁴¹.

Finalmente, existe el criterio que afirma que el problema no es tanto a qué entidad o sociedad en concreto se refiera esa cláusula genérica, sino el hecho de que se exija una participación permanente en el mercado, y, por tanto, una actividad mercantil, personalidad jurídica propia, patrimonio común, órganos de administración y gobierno, sea cual sea la naturaleza o forma que esa entidad revista. De este modo, es preciso abogar por la exclusión de las sociedades civiles que no se dediquen a la realización de actividades mercantiles, y también la de los partidos políticos, sindicatos, etc.⁴²; excluyendo en todo caso a las formas societarias que no participan en el mercado⁴³.

La Audiencia Provincial de Tenerife afirma que es dudoso que la personalidad jurídica constituya el interés al que se orienta la protección que dispensa el precepto, y afirma que la analogía alude al aspecto organizativo, es decir, requiere la existencia de una entidad colectiva con publicidad de sus cuentas, con una representación y con decisiones patrimoniales adoptadas sobre la base del principio de la mayoría⁴⁴.

La Audiencia Provincial de Madrid destaca que estamos ante un catálogo abierto de entidades susceptibles de ser sometidas al exigente control de la legalidad penal punitiva, y lo hace de manera no taxativa o cerrada. Centra el legislador tal posibilidad de encaje penal respecto de determinadas entidades, no

⁴¹ CALDERÓN CERESO, A. *Delitos societarios: comentarios a los artículos 290 a 297 CP*. Ed. Bosch. Enero 2.017. Pg. 256.

⁴² NÚÑEZ CASTAÑO, E. *Manuel de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Tirant lo Blanch. 3ª Edición. Valencia, 2019. Pág. 217. Invocando la SAP (Penal) de La Rioja, de 23 de septiembre de 2005 (Tol 725134).

⁴³ QUINTERO OLIVARES, G. "Delitos societarios", en *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*. nº 12, septiembre de 2.017.

⁴⁴ AAP Santa Cruz de Tenerife de 12 mayo de 2008. EDJ 2008/130144.

tanto en la finalidad o no de lucro de las mismas, sino en que "para el cumplimiento de sus fines" (obviamente cualesquiera que estos sean con ánimo de lucro o no), "participe de modo permanente en el mercado"⁴⁵.

A esta cláusula final de aplicación analógica siempre le acompañará el inconveniente de que pudiera considerarse *in malam partem*, contraviniendo el art. 4.1 CP⁴⁶, que prohíbe aplicar las leyes penales a supuestos no comprendidos en ellas.

1.1.2. Que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado.

El segundo de los requisitos de la definición abierta del art. 297 CP es *la participación de modo permanente en el mercado*, que parece el núcleo central de la definición, y que implica que la entidad desarrolle una actividad mercantil. Hay autores que interpretan el requisito de permanencia de un modo flexible (permitiendo incluir a las sociedades ocasionales o a las UTE –uniones temporales de empresas-), en el sentido de que lo determinante será la creación de una estructura societaria estable y definida, con independencia de que se constituya por un plazo temporal más o menos dilatado⁴⁷ de manera que la exigencia de que la sociedad actúe de modo *permanente* en el mercado no significa que deba actuar *de por vida*⁴⁸, y no consideran relevante que la misma se constituya por un plazo temporal, más o menos dilatado⁴⁹. Otros autores

⁴⁵ AAP Madrid de 13 julio de 2010. EDJ 2010/166159.

⁴⁶ Art. 4.1 Cód. Civil. "Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas."

⁴⁷ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.; ROCA AGAPITO, L. *Derecho Penal Español. Parte especial (II)*. Pág. 709-711. Ed. 2011.

⁴⁸ FERNÁNDEZ TERUELO, G.J. *Los delitos societarios en el Código penal español*. Ed. Dikynson. Madrid. 1998. Pág. 41.

⁴⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*. 6ª Edición. 2.019. Pág.489.

entienden que el inciso se refiere a una participación estable (así debe entenderse el adjetivo “permanente”) en el mercado, lo que nos lleva a su carácter objetivamente mercantil (actividad comercial o industrial) pero no a la finalidad lucrativa de tal participación⁵⁰.

Hay opiniones que puntualizan que la participación permanente en el mercado se predica exclusivamente de las entidades que no están expresamente enumeradas, 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, por el hecho de estar expresamente citadas en el precepto⁵¹.

La Jurisprudencia exige que se acredite que la entidad concorra en el mercado, basándose en que los delitos societarios están pensados para entidades con ánimo de lucro⁵², y considera elemento sustancial o presupuesto necesario que la actividad de la entidad se desarrolle con vistas a proyectarse en el mercado⁵³, no siendo bastante con que se trate de entidades de análoga naturaleza⁵⁴, y así, excluye del ámbito del art. 297 CP a aquellas fundaciones o asociaciones que no reúnan ese requisito⁵⁵. La finalidad de la entidad es determinante y por tanto, no basta con que el objeto de una fundación se refiera formalmente a posibilidades genéricas de actuación mercantil si se acredita que en el desarrollo efectivo de la actividad societaria ha faltado la proyección en el mercado, en cuyo caso no será de aplicación el art. 297 CP, y así, la Audiencia Provincial de Burgos excluye a una fundación con base en que lo importante no es el contenido formal de su escritura constitutiva ni los poderes que en su día se

⁵⁰ LASCURAÍN, J.A. *Derecho Penal Económico y de la empresa. Delitos societarios*. Ed. DYKINSON 2018. Págs. 488-490.

⁵¹ FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*. Ed. Tirant lo Blanch. 2015. Pág. 46.

⁵² STS (Penal) Sala 2ª de 16 marzo de 2007. EDJ 2007/32789.

⁵³ STS (Penal) de 18 octubre de 2001. EDJ 2001/36725

⁵⁴ SAP (Penal) Cuenca de 9 de junio de 2010 Sección 1ª (ROJ: SAP CU 194/2010) y SAP (Penal) de Sevilla, Sección 7ª, 299/2003 de 27 de junio.

⁵⁵ STS (Penal) nº 245/2007, de 16 de marzo.

otorgaron, sino que lo relevante de su actividad es que jamás se desarrolló con vistas a proyectarse en el mercado⁵⁶; y se basa en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵⁷, que afirma que sin participación en el mercado la entidad estará excluida del artículo 297 del Código Penal⁵⁸. Incluso quedan fuera de su ámbito las sociedades que participen en el mercado solo de manera ocasional o que no conste acreditado que participen en él; en definitiva, es una exigencia el que la entidad desarrolle una actividad mercantil, realizando actos de comercio habitualmente, como también afirma la Audiencia de Provincial de Palencia⁵⁹.

Otros autores se centran en los ámbitos de dominio en los que se encuentran bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal, y prescinden del formalismo jurídico extrapenal que se corresponde con objetivos de protección de la seguridad del tráfico mercantil y de los terceros de buena fe⁶⁰, y así, afirman que los delitos societarios han de aplicarse a todos los empresarios mercantiles personas jurídicas, excluyendo a otros entes con personalidad jurídica que no participan en el mercado, y también a las comunidades de propietarios o las sociedades civiles con objeto civil⁶¹, así como a las sociedades no están previstas por el Ordenamiento jurídico (atípicas)⁶².

Otras opiniones doctrinales defienden una interpretación restrictiva respecto de las entidades que pueden incluirse en el art. 297 CP, alegando que es lo más respetuoso con los principios de legalidad penal, y su complemento de

⁵⁶ AAP (Penal) Burgos de 6 marzo de 2017. EDJ 2017/45349.

⁵⁷ STS (Penal) Sala 2ª de 18 octubre de 2001. EDJ 2001/36725.

⁵⁸ Tribunal Supremo (Penal), Auto de 6 de noviembre de 2014, nº 1967/2014, Rec. 1193/2014. EDJ 2014/240535.

⁵⁹ SAP (Penal) Palencia de 3 abril de 2014. EDJ 2014/58804.

⁶⁰ FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*. Ed. Tirant lo Blanch 2015. Pág. 35.

⁶¹ FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*. Ed. Tirant lo Blanch 2015. Pág. 47.

⁶² NÚÑEZ CASTAÑO, E. *Manuel de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Tirant lo Blanch. 3ª Edición. Valencia, 2019. Pág. 217.

tipicidad taxativa y, asimismo, de seguridad jurídica (arts. 25.1 y 9.3 de la CE), y propugnan un esfuerzo unificador en las sentencias del Tribunal Supremo, en las que solo parece que existe acuerdo en la exigencia, en todo caso, de la participación permanente en el mercado, ello a pesar de que este requisito solo está previsto para las entidades por asimilación⁶³.

1.2 Entidades referidas en el art. 297 CP.

En esta rúbrica vamos a realizar una consideración individualizada de las entidades referidas en el art. 297 CP, según su orden de enumeración.

1.2.1.- Las cooperativas.

La mención a las cooperativas es una de las evidencias de la falta de coordinación del art. 297 CP con el resto de los artículos del Capítulo XIII, pues son entidades que tienen asociados, pero no socios. Se trata de una mención superflua pues nadie discute su inclusión dentro del género sociedades mercantiles⁶⁴. El art. 1.1 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (BOE núm. 170, de 17 de julio de 1999) la define como una “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, en los términos resultantes de la presente Ley». Se trata de una organización corporativa y financiera sustancialmente distinta a una sociedad lucrativa.

⁶³ CALDERÓN CERESO, A. *Delitos societarios: comentarios a los artículos 290 a 297 CP*. Ed. Bosch. Enero 2.017 Pg. 266.

⁶⁴ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. *Los delitos societarios en el Código Penal español*. Ed. Dykinson. Madrid. 1998. Pág. 38.

La STS (Penal) de 25 de marzo de 1991 afirma que «*las sociedades cooperativas tienen una actividad económica, pero que no solamente responden a esta actividad sino también a objetivos sociales de orden humanístico y cultural. Con la actividad económica se pretende prioritariamente resolver problemas sociales, como es en la actualidad la adquisición de artículos de consumo, el acceso a una vivienda digna o la creación de puestos de trabajo en empresas comunitarias, o la comercialización de productos agrícolas que un campesino, por sí mismo, no podría llevar a cabo, o de cualquier otra actividad económica que sea fruto de la colaboración de los miembros que participan en esta tarea común*». De manera que la cooperativa no es una sociedad, en sentido estricto, o sociedad lucrativa. Es una agrupación voluntaria de personas con unos principios de organización corporativa y financiera peculiares, que han respetado al menos las leyes españolas⁶⁵.

El art. 124 del Código de Comercio establece los requisitos que deben reunir estas sociedades para ser consideradas de naturaleza mercantil⁶⁶. Las cooperativas se encuentran contempladas en el art. 297 CP de forma diferenciada de las sociedades mercantiles. Hemos de tener en cuenta que el art. 297 CP se refiere a *cualquier sociedad*, por lo que, en la medida que las mutuas o cooperativas sean sociedades, ya estarían amparadas por los distintos preceptos⁶⁷. Su ámbito es amplio y en él cabe cualquier actividad económica

⁶⁵ PEINADO GRACIA, J.I. *Tratado de Derecho de Cooperativas. Tomo I*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013. Pág. 79.

⁶⁶ Art. 124 C de Comercio. Las compañías mutuas de seguros contra incendios, de combinaciones tontinas sobre la vida para auxilios a la vejez, y de cualquiera otra clase, y las cooperativas de producción, de crédito o de consumo, solo se considerarán mercantiles, y quedarán sujetas a las disposiciones de este Código, cuando se dedicaren a actos de comercio extraños a la mutualidad o se convirtieren en sociedades a prima fija.

⁶⁷ CASTRO MORENO, A. "El concepto penal de sociedad en los delitos societarios: El art. 297 del nuevo Código Penal", en *Jueces para la Democracia*, nº 31, Marzo 1.998. Pág. 49.

lícita⁶⁸. La Audiencia Provincial de Cantabria entiende que una sociedad cooperativa ha de incluirse en el artículo 297 del Código Penal⁶⁹.

1.2.1.1. Las Sociedades Agrarias de Transformación.

Mencionamos estas entidades pues comparten características con las sociedades cooperativas por su objeto social, y con las sociedades mercantiles por su organización. Son sociedades civiles de finalidad económico-social en relación a la producción, transformación, y comercialización de productos agrícolas, ganaderos o forestales, la realización de mejoras en el medio rural, promoción y desarrollo agrarios, así como a la prestación de servicios comunes relacionados con dichos conceptos. Poseen personalidad jurídica propia y su habilitación precisa en primer lugar de su constitución y en segundo lugar de su inscripción en el Registro correspondiente, dependiente de las Comunidades Autónomas.

Se rigen por el Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto, que aprueba el Estatuto que regula las Sociedades Agrarias de Transformación (BOE núm. 194, de 14 de agosto de 1981), desarrollado por la Orden de 14 de septiembre de 1982⁷⁰, y por la Ley 20/1990, de 19 de diciembre, sobre Régimen Fiscal de las Cooperativas⁷¹.

Las Sociedades Agrarias de Transformación cuentan con personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro General de SAT del Ministerio de

⁶⁸ Art. 1.2. Ley de Cooperativas citada. Cualquier actividad económica lícita podrá ser organizada y desarrollada mediante una sociedad constituida al amparo de la presente Ley.

⁶⁹ SAP (Penal) Cantabria de 21 febrero de 2013. EDJ 2013/234861.

⁷⁰ BOE núm. 242, de 9 de octubre de 1982.

⁷¹ BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 1990.

Agricultura y Pesca, siendo su patrimonio independiente del de sus socios. De sus deudas sociales responderá, en primer lugar, el patrimonio social, y, subsidiariamente, los socios de forma mancomunada e ilimitada, salvo que estatutariamente se hubiera pactado su limitación⁷². En cuanto a los socios, debe haber al menos tres, pueden ser personas físicas o jurídicas (siempre que preponderen aquellas sobre estas otras), que tengan la condición de titular de explotación agraria o trabajador agrícola, o persigan fines agrarios⁷³. No son solamente una forma de asociación productiva y de distribución de productos agropecuarios sino un instrumento de promoción del medio rural. Su finalidad es no solamente económica, también social. Constituyen –junto con las cooperativas agrarias– uno de los pilares de asociacionismo agrario de producción y explotación. De las normas reguladoras de las SAT trasciende un cierto interés del legislador por precisar solamente unos mínimos, dejando a la autonomía de los asociados la eventual concreción de las normas que sean meramente dispositivas. La autonomía privada tiene continuas referencias en el articulado del Estatuto⁷⁴. Su administración está en manos de una junta rectora y un presidente. Se ha de englobar en el art. 297 CP, siempre que por su concreto objeto social, en el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado.

1.2.2.- Las Cajas de Ahorro.

Es otra mención superflua del art. 297 CP, pues las cajas de ahorro son fundaciones, que han evolucionado hacia entidades de crédito, ambas ya enumeradas en el precepto⁷⁵.

⁷² Art. 1.2 RD 1776/1981 de 3 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto que regula las Sociedades Agrarias de Transformación.

⁷³ Art. 5 RD 1776/1981.

⁷⁴ TENA PIAZUELO, I. *“Concepto, Constitución y Funcionamiento de la Sociedad Civil”*. Tirant lo Blanch. Tratados. Ed. 2016, Valencia. Págs. 127 y 128.

⁷⁵ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. *Los delitos societarios en el Código Penal español*. Ed. Dykinson. Madrid. 1998. Pág. 39.

Las cajas de ahorro son entidades de crédito con libertad y equiparación operativa completa al resto de los integrantes del sistema financiero español. Están constituidas bajo la forma jurídica de fundaciones de naturaleza privada, con finalidad social y actuación bajo criterios de puro mercado, aunque reinvierten gran parte de los beneficios obtenidos a través de su obra social. Su régimen jurídico se establece en la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de Cajas de Ahorro y Fundaciones Bancarias⁷⁶. La enumeración del artículo 297 CP evidencia redundancia pues las Cajas de Ahorro son fundación y son entidad de crédito⁷⁷, que ya están expresamente previstas en el tenor del tipo, de manera que se superponen reiteradamente géneros y especies⁷⁸. En ellas no está presente el ejercicio de la lucrativa mercantil ni tienen la estructura organizativa de la mayoría de los tipos del Capítulo, que están concebidos sobre el esquema organizativo previsto para las sociedades de capital⁷⁹.

En 2010 se inició un proceso de concentración del sector, pasando de cuarenta y siete cajas de ahorros en 2005 a solo treinta y cuatro. Todas ellas pasarían después a transformarse en bancos. Y en 2020 solo quedan en pie dos cajas de ahorro, Caixa Ontinyent, originaria de Valencia y Caixa Pollença, proveniente de Mallorca.

Hay opiniones doctrinales que afirman que el artículo 293 CP no es aplicable en el ámbito de las cajas de ahorros o de las fundaciones, por carecer de

⁷⁶ BOE núm. 311, de 28 de diciembre de 2013, páginas 105878 a 105915 (38 págs.).

⁷⁷ NÚÑEZ CASTAÑO, E. *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Tirant lo Blanch. 3ª Edición. Valencia, 2019. Pág. 217.

⁷⁸ SAP (Penal) Palencia de 3 abril de 2014. EDJ 2014/58804.

⁷⁹ CALDERÓN CERESO, A. *Delitos societarios: comentarios a los artículos 290 a 297 CP*. Ed. Bosch. Enero 2017 Pg. 264.

una base asociativa de personas o socios, pese a la expresa previsión legal en tal sentido vía artículo 297 CP⁸⁰.

1.2.3.- Las mutuas.

Su historia se remonta a 1.900, cuando nacieron para hacer frente a los accidentes de trabajo. Desde entonces, las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social han evolucionado e incrementado sus competencias. Las Mutuas gestionan recursos y servicios públicos, lo cual hace que la dirección y tutela de las mismas corresponda a la Administración del Estado, configurándose como una fórmula de colaboración mixta público-privada. Para funcionar como mutua, la asociación tiene que estar autorizada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Es importante hoy su actividad bajo diversas formas de mutuas que colaboran con la actividad pública de la Seguridad Social, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (M.M.A.T.E.P.), y las Mutuas de Previsión Social.

Dos ámbitos normativos regulan las mutuas en nuestro Ordenamiento jurídico, el mercantil y el de la Seguridad Social. En la normativa mercantil las mutuas son una forma de organización cooperativa en el ámbito de los seguros, y por tanto, se rigen por la legislación mercantil y de seguros. Este tipo de aseguradoras están previstas en la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras⁸¹, que ha sustituido en su práctica totalidad al Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, que regula en sus arts. 7 a 10 las “*Formas Jurídicas de las entidades aseguradoras*”, entre las que se encuentran las

⁸⁰ Faraldo Cabana, P. “Conductas contrarias al ejercicio de los derechos de los socios” en Camacho Vizcaíno, A. (Dir.) *Tratado de Derecho Penal Económico*. Tirant lo Blanch. 1ª Ed. 2019. Págs. 1.200, 1.201.

⁸¹ BOE núm. 168, de 15 de julio de 2015 Referencia: BOE-A-2015-7897.

«*Mutuas y cooperativas a prima fija*». Esta ley define las mutuas como entidades aseguradoras privadas sin ánimo de lucro, formadas por al menos cincuenta mutualistas -personas físicas o jurídicas- que han de tener la condición de tomador del seguro o asegurado, es decir quienes contratan el seguro y quienes quedan cubiertos por el riesgo, por tanto, el beneficiario puede ser otra persona.

La normativa de la Seguridad Social es el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social⁸², que considera las mutuas en el ámbito de la colaboración en la gestión de la Seguridad Social. En este contexto, las mutuas son asociaciones de empresarios sin ánimo de lucro que colaboran con el sistema de Seguridad Social en la gestión de importantes prestaciones del sistema de Seguridad Social como son las contingencias profesionales, la incapacidad temporal o el cese de actividad de los trabajadores autónomos.

La Ley de Mutuas 35/2014 de 26 de diciembre⁸³ las denomina “Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social”, y a sus competencias en las enfermedades comunes ha añadido otras relativas a los accidentes y enfermedades profesionales. En esta normativa vemos una definición actual, pues hasta ahora eran “asociaciones constituidas por empresarios” y con este Ley pasan a llamarse “asociaciones privadas de empresarios”, resaltando su carácter privado y sin ánimo de lucro. Estas mutuas se financian básicamente con las cotizaciones por accidentes de trabajo y con una fracción de las cotizaciones por contingencias comunes.

Su finalidad está centrada en la gestión de las bajas laborales, su funcionamiento se tutela por la Administración por lo que resultan entidades

⁸² BOE núm. 261, de 31/10/2015.

⁸³ BOE» núm. 314, de 29 de diciembre de 2014, páginas 105960 a 105995.

alejadas de la participación en el mercado, lo que dificulta que en su ámbito se puedan cometer delitos societarios

1.2.4.- Entidades financieras y las de crédito.

El art. 123 del Código de Comercio contemplaba⁸⁴ como sociedades mercantiles, por la índole de sus operaciones, a las Sociedades de crédito, los Bancos de emisión y descuento, las Compañías de crédito territorial y de otras especies, siempre que sus pactos sean lícitos, y su fin sea la industria o el comercio.

El art. 297 CP las prevé expresamente en el tipo empleando términos que hoy podemos considerar genéricos, a la vista de la heterogeneidad de clases de entidades financieras y de crédito que existen en la actualidad. Haremos una referencia a estas entidades, empezando por las financieras que son, en general, las que ofrecen servicios financieros que comprenden desde la intermediación pura a labores de mediación, pasando por el traslado de órdenes a los diferentes mercados, incluido el asesoramiento al mercado de los seguros o créditos bancarios. Estas entidades se encargan de intermediar en la mayoría de las gestiones de fondos procedentes de los ámbitos públicos y privados. Su regulación se encuentra en el Real Decreto-Ley nº 14/2013, de 29 de noviembre de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la unión europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras⁸⁵. Ha de considerarse también la Ley 5/2015, de 27 de abril⁸⁶, de fomento de la financiación empresarial, que regula el Régimen jurídico de los establecimientos

⁸⁴ Artículo derogado por Ley 19/1989, 25 julio («B.O.E.» 27 julio), de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de Sociedades.

⁸⁵ BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2013.

⁸⁶ BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015.

financieros de crédito. Nos referimos a continuación a los distintos tipos de entidades financieras y de crédito existentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Dentro de estas entidades financieras se encuentran las sociedades de garantía recíproca, dedicadas a financiar a medio y largo plazo a las pequeñas y medianas empresas, concediendo garantías, principalmente, a través de avales. Su régimen jurídico se establece en la Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca⁸⁷ y su normativa de desarrollo. Su objeto social consiste, de manera principal, en facilitar a los socios el acceso al crédito y a los servicios conexos al mismo.

Las Instituciones de Inversión Colectiva (IIC) tienen por objeto la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos. Su regulación básica está recogida en la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva⁸⁸, y en su Reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio⁸⁹. Esta normativa transpone la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios.

Las Empresas de Servicios de Inversión (ESI) tienen como actividad principal la de prestar servicios de inversión a terceros, con carácter profesional, sobre instrumentos financieros sujetos a la normativa del mercado de valores. Su régimen jurídico viene recogido en la Ley del Mercado de Valores y el Real

⁸⁷ BOE núm. 61, de 12 de marzo de 1994.

⁸⁸ BOE núm. 265, de 05/11/2003.

⁸⁹ BOE núm. 173, de 20/07/2012.

Decreto 217/2008⁹⁰. Estas normas incorporan en el marco jurídico español la normativa comunitaria.

Las Entidades de capital-riesgo, despliegan una actividad financiera consistente en proporcionar recursos -a medio y largo plazo- a empresas no financieras y no cotizadas, ya durante el comienzo de su trayectoria, ya posteriormente como consecuencia de un proceso de expansión o de reestructuración. Se regulan en la Ley 22/2014, de 12 de noviembre⁹¹.

Las entidades de crédito son empresas cuya actividad consiste en recibir depósitos u otros fondos reembolsables, aplicándolos a la concesión de créditos. Se consideran como tal los bancos, las cajas de ahorro, las cooperativas de crédito, los establecimientos financieros de crédito -aunque no pueden captar depósitos- y el Instituto de Crédito Oficial. Su papel relevante en el sector financiero español se debe tanto a su volumen de negocio como a su presencia en todos los segmentos de la economía. En este sentido, las entidades de crédito están facultadas para desarrollar lo que se denomina “banca universal”, no restringida a las actividades bancarias tradicionales de mera captación de fondos y de financiación a través de la concesión de préstamos y créditos, sino que su actividad alcanza la prestación de servicios parabancarios, de mercado de valores, banca privada y banca de inversión.

Nuestro Ordenamiento jurídico bancario está compuesto por dos leyes a modo de disposiciones generales de regulación bancaria, que son la Ley 2/1962, de 14 de abril, sobre bases de ordenación del crédito y de la Banca⁹² y la Ley

⁹⁰ BOE núm. 41, de 16/02/2008.

⁹¹ BOE núm. 275, de 13/11/2014.

⁹² BOE núm. 91, de 16/04/1962.

10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito⁹³, desarrollada por el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero⁹⁴.

Como entidades financieras y de crédito hemos de volver a referirnos a las cajas de ahorro, que ya hemos visto que son fundaciones de naturaleza privada, con finalidad social y actuación bajo criterios de puro mercado, aunque reinvierten gran parte de los beneficios obtenidos a través de su obra social y regidas por la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de Cajas de Ahorro y Fundaciones Bancarias⁹⁵.

Las cooperativas de crédito son entidades de crédito que juntan la forma social de cooperativa con la actividad y condición de entidad de crédito. Su singularidad e importancia radican en que funcionan como una organización sin ánimo de lucro, puesto que los miembros aúnan sus fondos para hacer préstamos entre sí, mientras que los ingresos excedentes se devuelven a los miembros en forma de dividendos. Su regulación estatal se encuentra en la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito⁹⁶, Ley 13/1989 de Cooperativas de Crédito⁹⁷, entre otras⁹⁸.

1.2.5.- Las fundaciones.

Esta entidad merece detenernos en su consideración. El concepto viene recogido en el artículo 2.1 de la Ley de Fundaciones nº 50/2002⁹⁹, cuando dispone que *"Son fundaciones las organizaciones constituidas sin fin de lucro*

⁹³ BOE núm. 156, de 27/06/2014.

⁹⁴ BOE núm. 39, de 14/02/2015.

⁹⁵ BOE núm. 311, de 28 de diciembre de 2013.

⁹⁶ BOE núm. 156, de 27/06/2014.

⁹⁷ BOE núm. 43, de 19 de febrero de 1993.

⁹⁸ Podemos referirnos también al Real Decreto 84/1993, Reglamento de Desarrollo de la Ley 13/1989, de 26 de mayo, de Cooperativas de Crédito y Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014. Ley 27/1999 de Cooperativas de aplicación supletoria. Real Decreto-ley 11/2017, de 23 de junio, de medidas urgentes en materia financiera.

⁹⁹ BOE núm. 310, de 27/12/2002.

que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general". Asimismo el apartado 2 del artículo 2 dispone que *"Las fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus Estatutos y, en todo caso, por la Ley"*. Por mandato constitucional, siempre serán de interés público o general¹⁰⁰.

El artículo 3.1 de la Ley de Fundaciones hace una enumeración abierta de los fines de la misma, tras la enumeración¹⁰¹ admite la posibilidad de otros fines, siempre que su finalidad sea el beneficio de un colectivo general de personas, nunca de atenciones particulares, prohibidas en el art.3.3. de dicha Ley¹⁰². Puede constituirse por actos inter vivos (escritura pública) o mortis causa (testamentariamente). No existen las fundaciones de interés particular pues la propia Constitución dispone que *"se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley"*, y el art. 3 de la Ley de 2002, refiere que *"Las fundaciones deberán perseguir fines de interés general..."*

¹⁰⁰ Artículo 34 de la Constitución Española y artículo 35.1 del Código Civil.

¹⁰¹ Las fundaciones deberán perseguir fines de interés general, como pueden ser, entre otros, los de defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos, asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de fortalecimiento institucional, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado, de promoción de la acción social, de defensa del medio ambiente, y de fomento de la economía social, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales, de promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos, de fomento de la tolerancia, de desarrollo de la sociedad de la información, o de investigación científica y desarrollo tecnológico.

¹⁰² En ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador o a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general.

El órgano de gobierno y representación es el Patronato¹⁰³, que adoptará sus acuerdos por mayoría en los términos establecidos en los Estatutos, mientras que el Protectorado¹⁰⁴ está encargado de velar por el correcto ejercicio del derecho de fundación.

A pesar de la mención expresa en el artículo 297 CP, en la Doctrina se plantea el debate sobre la aplicación a las asociaciones sin ánimo de lucro de las figuras tipificadas en el capítulo XIII del Título XIII del Libro II del Código Penal y sobre el que, por el momento nuestro más Alto Tribunal no se ha pronunciado más que en alguna sentencia aislada como la de 16 de marzo de 2007, que excluye a una fundación del art. 297 CP al no quedar acreditado que participara en el mercado. En las Audiencias Provinciales son varias las Sentencias que han descartado la incardinación en los delitos societarios de entidades no propiamente mercantiles¹⁰⁵.

Si ya el Legislador ha complicado la descripción de lo que ha de entenderse por “sociedad” a los efectos del art.297 CP, el Tribunal Supremo ha dictado dos sentencias rechazando que las fundaciones sean sociedades a los efectos del art. 297 CP si por su objeto o por la actividad a que se dediquen no participan de modo permanente en el mercado, lo que pugna con que las fundaciones se consideran por el Legislador penal sociedades en todo caso¹⁰⁶. En la Sentencia de 18 de

¹⁰³ Art. 14 Ley de Fundaciones: "En toda fundación deberá existir, con la denominación de Patronato, un órgano de gobierno y representación de la misma, que adoptará sus acuerdos por mayoría en los términos establecidos en los Estatutos.

¹⁰⁴ Art. 34 Ley de Fundaciones: 1. El Protectorado velará por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones. 2. Las funciones de Protectorado respecto de las fundaciones de competencia estatal serán ejercidas por la Administración General del Estado a través de un único órgano administrativo, en la forma que reglamentariamente se determine.

¹⁰⁵ SAP (Penal) Alicante de 5 febrero de 2013. EDJ 2013/146095. SSAP (Penal) Cuenca, Sección 1ª, de 9 de junio de 2010, Madrid, Sección 6ª (Penal), de 11 de mayo de 2009 EDJ 2009/130319 y Sevilla, Sección 7ª (Penal), de 27 de junio de 2003 EDJ 2003/94759.

¹⁰⁶ CALDERÓN CEREZO, A. *Delitos societarios: comentarios a los artículos 290 a 297 CP*. Ed. Bosch. Enero 2.017 Pg. 266.

octubre de 2.001¹⁰⁷ el Tribunal Supremo examina la finalidad y objetivos de una fundación y su concurrencia en el mercado, y la excluye del art. 297 CP atendiendo a la actividad efectiva y en contra del contenido formal de su escritura constitutiva, concluyendo que no se constituye ni su actividad se desarrolló con vistas a proyectarse en el mercado, por lo que el calificativo de "permanente" del precepto mentado, referido a esa participación sería superfluo, y fundamentando su no inclusión en que *“la función no era otra que vehicular las subvenciones del Gobierno de la Generalitat de Cataluña al Instituto, del que la Fundación constituía un medio para recibir más prontamente y sin mayores trámites las cantidades pertinentes.”* Otra Sentencia posterior del Tribunal Supremo¹⁰⁸, refiere que la fundación ha de acreditar que se trata de una entidad con ánimo de lucro en los que se discuten los intereses económicos de sus socios, y que ha de protegerse de las malas prácticas de los administradores o gestores del capital. Y al no haberlo probado, la Sentencia excluye a esta fundación de la aplicación del art. 297 CP.

1.2.6.- La sociedad mercantil. Código de Comercio, Código Civil y Leyes societarias.

El art. 112 del Código de Comercio dice que las sociedades mercantiles se *constituirán adoptando alguna de las formas siguientes*: 1. La regular colectiva¹⁰⁹. 2. La comanditaria¹¹⁰, simple o por acciones. 3. La anónima. y 4. La de responsabilidad limitada¹¹¹. Vamos a comentar sobre ellas en los párrafos siguientes.

¹⁰⁷ STS (Penal) de 18 de octubre de 2.001. EDJ 2001/36725. Rec. nº 4737/1999.

¹⁰⁸ STS (Penal) de 16 marzo de 2007. Rec. nº 711/2006. EDJ 2007/32789.

¹⁰⁹ Sociedad Colectiva: arts 119 y 125 á 144 del Código de Comercio y art. 209 del Reglamento del Registro Mercantil.

¹¹⁰ Sociedad Comanditaria: art. 145 y ss. del Código de Comercio y art. 210 del RRM.

¹¹¹ La Sociedad Anónima y Limitada: Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

En principio destacamos tres conceptos del Código de Comercio de 1.885:

1) El contrato de sociedad mercantil está definido en el art. 116 del Código de Comercio como *aquel por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas para ejercer una actividad comercial y obtener lucro, con ánimo de partir entre sí las ganancias.*

2) La sociedad colectiva es una sociedad personalista (arts. 125-144 CCo), donde los socios asumen una responsabilidad personal, solidaria e ilimitada de las deudas sociales, y que tiene como contrapartida el reconocimiento al socio del derecho a participar en la gestión y dirección de la compañía. Las decisiones importantes se adoptan bajo un criterio de unanimidad que otorga un derecho de veto al socio. Hay autores que engloban en el art. 297 CP a la sociedad colectiva como entidad de “análoga naturaleza”, afirmando que es una organización que implica publicidad de sus cuentas, representación y decisiones patrimoniales sobre la base del principio de la mayoría¹¹².

3) La sociedad comanditaria simple (arts. 145-150 CCo) es también una sociedad personalista, con la particularidad de que cuenta con dos tipos de socios, los colectivos y los comanditarios. Los primeros tienen un estatuto jurídico similar a los socios de la colectiva, mientras que los segundos, que se pueden considerar socios capitalistas, solo responden con lo aportado y no tienen derecho a intervenir en la gestión y administración social.

En estas sociedades de base preponderantemente personalista (sociedades colectivas y comanditarias simples) la mercantilidad viene determinada, en

¹¹² BACIGALUPO, E. *Curso de Derecho Penal Económico*. Marcial Pons. 2ª Ed. 2005. Pág. 418.

virtud del principio finalista, por la actividad que constituya su fin (actos de comercio, art. 2 CCo)¹¹³.

En el régimen legal de las sociedades incide en 1.889 la publicación del Código Civil, cuyo artículo 1670¹¹⁴ establece que las sociedades civiles *pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de Comercio*, lo cual llevó a la doctrina a establecer el objeto social, como criterio distintivo de sociedades civiles y mercantiles.

Y la posterior regulación de las sociedades de capital declara la mercantilidad de estas entidades, cualquiera que sea su objeto¹¹⁵. La sociedad anónima es el tipo básico de las sociedades capitalistas (art. 1 Ley de Sociedades de Capital). Tiene su capital dividido en acciones, integrado por las aportaciones de los socios. De este modo se facilita la transmisibilidad de la posición de socio. Los socios no responden personalmente de las deudas sociales y la gestión y dirección de la sociedad es competencia de los administradores, que incluso pueden ser terceros no socios. Es el tipo social más adecuado para la organización de las grandes empresas. Entre las peculiaridades de este modelo mencionamos las sociedades anónimas unipersonales (arts. 12-17 LSC), la Sociedad anónima cotizada (arts. 495- 541 LSC) y la Sociedad anónima europea (arts. 455-494 LSC). La sociedad de responsabilidad limitada es también un tipo capitalista, pero con algunas particularidades como que el capital social no está dividido en acciones sino en participaciones sociales.

¹¹³ Tena Piazuelo, Isaac. *“Concepto, constitución y funcionamiento de la sociedad civil”*. Tirant lo Blanch. Tratados. Ed. 2016, Valencia. Págs. 141 y 142.

¹¹⁴ Art. 1.670 Código Civil. “Las sociedades civiles, por el objeto a que se consagren, pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de Comercio. En tal caso, les serán aplicables sus disposiciones en cuanto no se opongan a las del presente Código”.

¹¹⁵ Art. 2 Ley de Sociedades de Capital. Las sociedades de capital, cualquiera que sea su objeto, tendrán carácter mercantil.

El art. 122 del CCo¹¹⁶ invita a pensar que nuestro sistema de descripción de las sociedades es abierto, y así lo parece cuando, al desarrollar el catálogo de sociedades mercantiles, habla de “*Por regla general las sociedades mercantiles se constituirán...*”; pero se trata de un *numerus clausus*, tanto por exigencias de la seguridad del tráfico (riesgo de proliferación de figuras societarias, dudas sobre el derecho aplicable, imposibilidad de desarrollar un cuerpo de doctrina de uso general, etc.), como por razones sistemáticas (sociedad general y tipos especiales), que permite subsumir en el tipo general a las sociedades que no encajan en los tipos legales. Por tanto, se puede decir que los fenómenos societarios atípicos, como es el caso frecuente de las comunidades de bienes que aparecen en el tráfico para desarrollar de manera asociada una actividad mercantil, deben ser calificados como sociedades irregulares, y se le deberá aplicar el régimen jurídico de la sociedad colectiva (sociedad general del tráfico), si su objeto es mercantil, o el de la sociedad civil en otro caso. Ahora bien, lo anterior no impide dejar cierto margen a la autonomía privada (normas dispositivas), fuera de la responsabilidad y las garantías de terceros (normas imperativas), de manera que se puede hablar de cierta atipicidad parcial siempre que se no se desvirtúe el tipo legal¹¹⁷, pero excluyendo a las sociedades atípicas (las no previstas por nuestro Derecho)¹¹⁸.

En la cuestión de si estamos ante un sistema abierto también incide el Tribunal Supremo cuya Sentencia de 24 de febrero de 2000¹¹⁹ anuló los artículos

¹¹⁶ Código de Comercio. Art. 122. Por regla general las sociedades mercantiles se constituirán adoptando alguna de las formas siguientes: 1. La regular colectiva. 2. La comanditaria, simple o por acciones. 3. La anónima. 4. La de responsabilidad limitada.

¹¹⁷ RUIZ MUÑOZ, M. “*Clasificación de las sociedades mercantiles. El problema de la atipicidad. GPS. Derecho de Sociedades*”. 3ª Edición. Valencia. 2018. Págs. 35 á 39.

¹¹⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.; ROCA AGAPITO, L. *Derecho Penal Español. Parte especial (II)*, pág. 710-711. Ed. 2011.

¹¹⁹ Sentencia de 24 de febrero de 2000, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por la que se anulan los artículos 16.2.c), 155, párrafo cuarto, y 355.2, inciso final, del Reglamento Hipotecario, modificados por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, y la disposición adicional única de éste.

81.3¹²⁰ y 269 bis¹²¹ del Reglamento del Registro Mercantil, que tenían por objeto permitir la inscripción en el Registro Mercantil de todas las sociedades civiles, preceptos introducidos mediante disposición adicional única del Real Decreto 1867/1998. Aun así, el Legislador persiste en la inclusión de las sociedades con objeto claramente civil en el Registro Mercantil, en particular mediante la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, cuya Exposición de Motivos las declara mercantiles, a los efectos del título competencial estatal, sin más explicaciones, y permite su constitución al amparo de cualquier forma societaria¹²², y así, en el caso de las sociedades civiles con forma mercantil, todas ellas tendrán acceso al Registro Mercantil, ya adopten la forma de sociedad colectiva o comanditaria, conforme al artículo 81.1 b) del Reglamento del Registro Mercantil¹²³, y 119 del Código de Comercio¹²⁴.

1.2.6.1. La sociedad civil.

Nos detenemos en esta entidad civil, por la importancia del debate sobre su inclusión en el art. 297 CP. La sociedad civil viene definida en el art.

¹²⁰ Art. 81.3. RRM (derogado) Podrán también inscribirse las sociedades civiles, cualquiera que sea su objeto, aunque no tengan forma mercantil.

¹²¹ Art. 269 Bis RRM (derogado) sobre la *Inscripción de las sociedades civiles*
1. *Las sociedades civiles con forma mercantil serán objeto de inscripción con arreglo a las reglas aplicables a la forma que hubieran adoptado.*
2. *Las sociedades civiles que no tengan forma mercantil podrán inscribirse con arreglo a las normas generales de este Reglamento en cuanto le sean aplicables.*

¹²² Art. 1.2. Ley de Sociedades Profesionales. Las sociedades profesionales podrán constituirse con arreglo a cualquiera de las formas societarias previstas en las leyes, cumplimentando los requisitos establecidos en esta Ley. BOE núm. 65 de 16 de marzo de 2007.

¹²³ Art. 81.1.B RRM. Será obligatoria la inscripción en el Registro Mercantil de los siguientes sujetos: b) Las sociedades mercantiles.

¹²⁴ Art. 119, pº 1º. Código de Comercio. *“Toda compañía de comercio, antes de dar principio a sus operaciones, deberá hacer constar su constitución, pactos y condiciones, en escritura pública que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil, conforme a lo dispuesto en el art. 17.”*

1665 del Código Civil como *un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias*. Se caracteriza este contrato por el fin perseguido (ánimo de lucro) y la creación de una organización donde los socios diseñan un sistema de toma de decisiones. La Jurisprudencia y la Doctrina de la Dirección General de los Registros consideran objetos civiles, entre otros, la explotación agraria, ganadera, forestal y pesquera, la actividad artesanal, profesional, inmobiliaria, minera, editorial y educativa, siempre que no adopten la forma de sociedad anónima o de responsabilidad limitada. La sociedad civil se caracteriza por ser un contrato bilateral o plurilateral que requiere un mínimo de dos contratantes (...*dos o más personas...*), tanto en el inicio de la sociedad, como en el curso de la misma (o, lo que es lo mismo, no se admiten situaciones de unipersonalidad, ni originaria, ni sobrevenida)¹²⁵.

El Tribunal Supremo en sentencia de 14 julio 2006 establece cuáles son los elementos del contrato de sociedad, que son, primero, el consentimiento, como declaraciones concordes de los sujetos sobre la constitución del ente social, en el que está inmersa la llamada *affectio societatis* que no es otra cosa que la voluntad de crear la sociedad, es decir, el consentimiento contractual (artículo 1261, 1.º); segundo, el objeto, actividad de colaboración de los contratantes-socios, con interés y patrimonio común, que implica la existencia de un fondo común y de un lucro común partible (art. 1666); y tercero, la forma que, habiendo libertad de forma (art. 1667), podrá optar por cualquiera, salvo que se aporten bienes inmuebles o derechos reales, en cuyo caso será necesaria la escritura pública. La sociedad, ente creado por el contrato, tiene personalidad jurídica, a no ser que se trate de sociedad irregular. En el mismo sentido la STS 19 diciembre 2007¹²⁶.

¹²⁵ TENA PIAZUELO, I. *Concepto, constitución y funcionamiento de la sociedad civil*. Tirant lo Blanch. Tratados. Ed. 2016, Valencia. Pág. 112.

¹²⁶ TENA PIAZUELO, I. *Concepto, constitución y funcionamiento de la sociedad civil*. Tirant lo Blanch. Tratados. Ed. 2016, Valencia. Pág. 119.

Es importante destacar que estamos ante un contrato (no un mero acto jurídico), como resulta claramente de la sistemática del Código civil (al incluirlo entre el Libro IV –“De las obligaciones y contratos”–, Título VIII –“De la sociedad”–); lo que no se desvirtúa cuando algunos autores añaden que se trata de un contrato preparatorio, en la medida en que con él se procuran otros actos o contratos posteriores que encarnan la verdadera finalidad de la asociación. Y el contrato tiene carácter consensual, lo que significa que se perfecciona por el intercambio del consentimiento de los contratantes o socios. En tal sentido la STS 5 mayo 1986 afirma “...aunque no se hubiesen efectuado las aportaciones por parte de un socio, la sociedad por eso no deja de existir, puesto que el propio 1665 declara que por ese contrato las personas que lo constituyen «se obligan»..., con lo que se denota el carácter de meramente consensual de este contrato y no de carácter real...”¹²⁷.

1.2.6.2. Sociedad civil y mercantil en el art. 297 CP.

La Doctrina mercantil distingue entre sociedades civiles y las que son comerciales, y en algunos casos (de modo particular cuando se trata de las denominadas sociedades ocultas o irregulares) hay que establecer igualmente la distinción con fenómenos no contractuales que pertenecen al dominio de los derechos reales (como las comunidades de bienes). La sociedad propiamente civil permite diversas clases o modalidades, algunas tradicionales (previstas en el Código Civil), otras más contemporáneas (reguladas por disposiciones extracodiciales). Desde el punto de vista jurídico constituye un fenómeno complejo, especialmente en aquellos casos previstos por el Derecho en que la sociedad adquiere una personalidad jurídica distinta de la personalidad individual de los socios que la integran, dando lugar a una cierta superposición de efectos en las variadas relaciones jurídicas que se establecen. Se haya o no personificado la sociedad, en cuanto a su actuación en el tráfico jurídico, han de

¹²⁷ TENA PIAZUELO, I. *Concepto, constitución y funcionamiento de la sociedad civil*. Tirant lo Blanch. Tratados. Ed. 2016, Valencia .Pág. 115.

estudiarse aspectos tan significativos como la administración y la representación, y las distintas modalidades de responsabilidad por deudas que afectan tanto a la sociedad como a sus socios componentes, o la extinción¹²⁸.

Ya en el ámbito penal societario, existen pronunciamientos de las Audiencias Provinciales en el sentido de que no hay que descartar a priori que la sociedad civil pueda entrar en el ámbito que establece el art 297 CP, y que será el acto del juicio el lugar adecuado para analizar si la entidad cumple o no los requisitos que exige el artículo, de manera que la 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 CP, con lo que esta cuestión debe ser objeto de análisis en la sentencia¹²⁹. Parte de la Doctrina afirma que la cuestión de las sociedades civiles debe enfocarse en función de su objeto, de manera que si éste es mercantil resultará aplicable el primer inciso del artículo 297 CP, y en otro caso, cuando no se dedique a la realización de actividad empresarial, habría que excluirla de lo dispuesto en el precepto¹³⁰. Otros autores apuntan a que se podría entender que con la mención a las sociedades mercantiles en el precepto se ha querido excluir del ámbito de protección de la norma a las sociedades civiles no dedicadas a la realización de actividades mercantiles, y se concluye con que respecto de las sociedades personalistas hay que estar al criterio material que supone analizar la mercantilidad de su objeto social¹³¹.

¹²⁸ TENA PIAZUELO, I. *Concepto, constitución y funcionamiento de la sociedad civil*. Tirant lo Blanch. Tratados. Ed. 2016, Valencia .Pág 110.

¹²⁹ AAP Cáceres de 20 abril de 2018. EDJ 2018/516480.

¹³⁰ CALDERÓN CERESO, A. *Delitos societarios: comentarios a los artículos 290 a 297 CP*. Ed. Bosch. Enero 2.017 Pg. 262.

¹³¹ FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*. Ed. Tirant lo Blanch 2015. Pág. 37.

1.2.6.3. La sociedad mercantil irregular y la sociedad en formación.

La sociedad mercantil será irregular si, después de un año del otorgamiento de la escritura constitucional, no ha solicitado la inscripción en el Registro Mercantil. En la Doctrina se afirma que los tipos de delitos societarios solo se refieren a las “sociedades constituidas o en formación”, y nada autoriza a una interpretación extensiva que incluya a las sociedades irregulares¹³².

En el ámbito de la sociedad mercantil la irregularidad es una cuestión de falta de publicidad legal, se haya o no formalizado el contrato de sociedad en escritura pública, porque sin ésta la sociedad existe¹³³ pero no es posible su acceso al registro, de manera que actúa en el tráfico desarrollando una actividad mercantil sin haber cumplido los requisitos previstos en los arts. 116 y 119 CoCo, que establecen que las sociedades mercantiles tienen la obligación de que el contrato de sociedad se otorgue en escritura pública (requisito de forma) y ésta se inscriba en el Registro Mercantil (requisito de publicidad). La interpretación tradicional sostiene que la sociedad no inscrita carece de personalidad jurídica¹³⁴ sobre la base de los mencionados arts. 119¹³⁵ y 116¹³⁶, ambos del Código de

¹³² QUINTERO OLIVARES, G. “Delitos societarios”, en *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*. nº 12, Septiembre de 2.017.

¹³³ Código de Comercio. Art. 117. El contrato de compañía mercantil celebrado con los requisitos esenciales del Derecho será válido y obligatorio entre los que lo celebren, cualesquiera que sean la forma, condiciones y combinaciones lícitas y honestas con que lo constituyan, siempre que no estén expresamente prohibidas en este Código.

¹³⁴ STS (Penal) de 2 de marzo de 1992.

¹³⁵ Código de Comercio. Art. 119. “Toda compañía de comercio, antes de dar principio a sus operaciones, deberá hacer constar su constitución, pactos y condiciones, en escritura pública que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.”

¹³⁶ Código de Comercio. Art. 116. “El contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código. Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos”.

Comercio, con la consecuencia de la nulidad de los contratos que se hayan podido celebrar con terceros¹³⁷ y la responsabilidad de los gestores con terceros¹³⁸.

Respecto de la sociedad irregular mercantil, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo¹³⁹ admite su existencia cuando se ha concertado en documento privado y aun de forma verbal, siempre que su objeto sea mercantil, remitiendo al régimen de las colectivas como legislación aplicable a tal tipo de sociedades¹⁴⁰, con aplicación a la normativa específica del Código de Comercio; también la considera respecto de un ente social válidamente constituido por la prestación del consentimiento probada por inferencia¹⁴¹ e incluso afirma que puede existir por simple acuerdo verbal entre los interesados¹⁴², siempre que concurra el elemento esencial definidor que es el "*animus societatis*", de manera que se admite la constitución prescindiendo de formalidades escritas¹⁴³. Por tanto, desde el momento que los contratantes se obligaron a poner en común determinados bienes con intención de obtener un lucro, existe una sociedad de naturaleza mercantil¹⁴⁴, aunque estemos ante modalidades elementales o primarias de sociedad incluso carentes de forma específica e irregulares¹⁴⁵.

Por el contrario, en el ámbito de la sociedad civil, no se exigen con carácter general requisitos especiales de forma y publicidad para su constitución, salvo en

¹³⁷ Código de Comercio. Art. 118. "Serán igualmente válidos y eficaces los contratos entre las compañías mercantiles y cualesquiera personas capaces de obligarse, siempre que fueren lícitos y honestos y aparecieren cumplidos los requisitos que expresa el artículo siguiente".

¹³⁸ Código de Comercio. Art. 120. "Los encargados de la gestión social que contravinieren a lo dispuesto en el artículo anterior serán solidariamente responsables para con las personas extrañas a la compañía con quienes hubieren contratado en nombre de la misma".

¹³⁹ STS (Civil) 24-11-2010, nº 740/2010, Rec. 876/2007. EDJ 2010/326682.

¹⁴⁰ STS (Civil) 20 de febrero de 1988.

¹⁴¹ STS (Civil) 1004/1992 de 13 de noviembre.

¹⁴² Sentencia TS (Civil) de 8 julio 1993.

¹⁴³ STS (Civil) 611/1996, de 17 de julio EDJ 1996/5305.

¹⁴⁴ STS (Civil) 1177/2006 de 20 de noviembre, EDJ 2006/311683; STS (Civil) de 11 octubre 2002, EDJ 2002/39402; STS (Civil) de 8 de julio de 1993, EDJ 1993/6826.

¹⁴⁵ STS (Civil) nº 743/2009 de 13 de noviembre, EDJ 2009/265693.

el supuesto de que se aporten bienes inmuebles o derechos reales en el que impone el artículo 1667 Código Civil que la sociedad se constituya en escritura pública. De manera que la falta de escritura no afecta a la existencia de la sociedad y tampoco a la eficacia interna de sus pactos, y así establece el TS que *el contrato de sociedad se determina absolutamente en el momento de su celebración con la voluntad concorde y las aportaciones de las partes*¹⁴⁶, haciendo hincapié en el carácter consensual del contrato por lo que, aun cuando no se otorgase escritura pública, hay que estar a su contenido obligacional conforme dispone el artículo 1.278 del Código Civil¹⁴⁷. Hay autores que defienden la existencia de la sociedad civil irregular, partiendo de que la sociedad civil se podrá constituir en cualquier forma, salvo que se aportaren a ella bienes inmuebles o derechos reales, en cuyo caso será necesaria la escritura pública (art. 1667 C.Civ.). La Jurisprudencia utiliza un criterio constante (aunque no siempre compartido por la doctrina científica): “...*la sociedad irregular se da cuando, precisamente y entre otros casos, se constituye sin cumplirse los requisitos de forma, tales como la escritura pública, si se aportan inmuebles (así, sentencia de 31 de mayo de 1994, 6 de octubre de 1994, 17 de julio de 1996 y 21 de marzo de 1998)*” (STS -Penal- 11 marzo 2008 –TOL1.371.333 –, F.º D.º tercero)¹⁴⁸.

Por tanto, la cuestión de la sociedad irregular es más propia de las sociedades mercantiles pues las sociedades civiles solo tienen que cumplir el requisito de la formalización en escritura pública en el supuesto de la aportación

¹⁴⁶ STS (Civil) de 21 junio de 2018. Sec. 1ª, de 21 de junio de 2018, nº 384/2018, rec. 3388/2015. EDJ 2018/505342.

¹⁴⁷ Artículo 1278 del Código Civil: “Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez”.

¹⁴⁸ TENA PIAZUELO, I. *Concepto, constitución y funcionamiento de la sociedad civil*. Ed. Tirant lo Blanch. Tratados. Ed. 2016, Valencia. Pág. 122.

de bienes inmuebles o derechos reales ¹⁴⁹, sin que precisen de inscripción en el Registro Mercantil u otro registro público, rigiéndose por el principio de libertad de forma conforme a los arts. 1278 CCiv¹⁵⁰ y 117¹⁵¹ y 119.1 del CCo¹⁵² que presuponen la existencia de la sociedad mercantil: «*Toda compañía de comercio..., deberá...*», lo que permite entender que los requisitos mencionados no tienen carácter constitutivo. Al contrario que en las sociedades de capital, que sí precisan de inscripción en el Registro Mercantil para adquirir personalidad jurídica.¹⁵³

En el periodo de tiempo sin inscripción la sociedad irregular puede haber desarrollado operaciones sociales que van a quedar fuera del régimen jurídico de las sociedades de capital. El art. 39 de la LSdC prevé que se le apliquen *las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil si la sociedad en formación hubiera iniciado o continuado sus operaciones*. Se recurre así al criterio sustancial derivado del carácter civil o mercantil del objeto o actividad social para aplicar las normas de la sociedad civil o de la colectiva, frente al tradicional criterio definidor de la condición civil o mercantil de la sociedad, basado en la forma-tipo elegida por las partes¹⁵⁴. Si estamos ante un objeto civil,

¹⁴⁹ Art. 1.667 del Código Civil: “La sociedad civil se podrá constituir en cualquier forma, salvo que se aportaren a ella bienes inmuebles o derechos reales, en cuyo caso será necesaria la escritura pública”.

¹⁵⁰ Art. 1.278 Código Civil: “Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez”.

¹⁵¹ Art. 117 del Código de Comercio. “El contrato de compañía mercantil celebrado con los requisitos esenciales del Derecho, será válido y obligatorio entre los que lo celebren, cualesquiera que sean la forma, condiciones y combinaciones lícitas y honestas con que lo constituyan, siempre que no estén expresamente prohibidas en este Código”.

¹⁵² Código de Comercio. Art. 119. “Toda compañía de comercio, antes de dar principio a sus operaciones, deberá hacer constar su constitución, pactos y condiciones, en escritura pública que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.”

¹⁵³ LSdC. Artículo 33. Efectos de la inscripción. “Con la inscripción la sociedad adquirirá la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido”.

¹⁵⁴ FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2015. Pág. 41.

la entidad no encaja en el art. 297 CP, pero sí lo hará la sociedad irregular con objeto social mercantil, lo que parece evidenciar que se trata de un ente dotado de personalidad jurídica¹⁵⁵. De este modo la no inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil a lo que da lugar es a los efectos propios de la publicidad negativa, la inoponibilidad de los pactos sociales que alteren el derecho dispositivo a los terceros de buena fe (art. 21.1 CCo)¹⁵⁶. De manera que si no es ya una sociedad mercantil será una entidad análoga, y entrará en el ámbito del art. 297 CP.

Otras opiniones doctrinales rechazan acoger a la sociedad mercantil irregular en el art. 297 CP, partiendo de que en los delitos societarios se protege especialmente a la sociedad y a sus socios, y resulta excesivo admitir que esa protección ha de extenderse a quienes no han querido cumplir con las previsiones del derecho societario, omitiendo la inscripción en el Registro mercantil (arts. 39¹⁵⁷ y 55¹⁵⁸ LSdC), y recordando también que en las sociedades irregulares rige el régimen de responsabilidad universal de todos sus miembros, lo cual aporta un argumento económico también considerable en orden a negar la posibilidad esta posibilidad¹⁵⁹. Otros autores afirman que es posible incluirla si se acepta un concepto penal autónomo y más amplio de sociedad en formación que el

¹⁵⁵ FARALDO CABANA P. *Los delitos societarios*. Ed. 2015. Pág. 42.

¹⁵⁶ RUIZ MUÑOZ, M. "Formalidades de la constitución de la sociedad. El problema de la sociedad irregular" en *GPS. Derecho de Sociedades*. 3ª Edición. Valencia. 2018. Págs. 41 y 42.

¹⁵⁷ LSdC. Artículo 39. Sociedad devenida irregular.1. Una vez verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil si la sociedad en formación hubiera iniciado o continuado sus operaciones. 2. En caso de posterior inscripción de la sociedad no será de aplicación lo establecido en el apartado segundo del artículo anterior.

¹⁵⁸ LSdC. Artículo 55. Consecuencias de la no inscripción. En todo caso, transcurrido un año desde el depósito del programa de fundación y del folleto informativo en el Registro Mercantil sin haberse procedido a inscribir la escritura de constitución, los suscriptores podrán exigir la restitución de las aportaciones realizadas con los frutos que hubieran producido.

¹⁵⁹ QUINTERO OLIVARES, G. "Delitos societarios" en *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*. nº 12, Septiembre de 2.017.

mercantil (Rodríguez Ramos) o bien se la considera una sociedad de análoga naturaleza que participa de modo permanente en el mercado (como hace la Doctrina mayoritaria)¹⁶⁰.

Al debate se suma la Dirección General de Registros y del Notariado que en Resolución de 14 de febrero de 2001¹⁶¹, sostiene que "de ciertos preceptos legales de reciente promulgación resulta que las sociedades mercantiles en formación e irregulares gozan de personalidad jurídica -o, al menos, de cierta personalidad-, suficiente para adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones, conforme al artículo 38, párrafo primero del Código Civil" y considerando que "la inscripción en el Registro Mercantil solo es necesaria para que las sociedades de capital adquieran «su» especial personalidad jurídica".

En el mismo sentido, la Resolución de la DGRN de 23 de diciembre de 2015 reconoce que, en la actualidad, para la mayoría de la doctrina y para el Tribunal Supremo no se puede mantener que una sociedad mercantil no inscrita carezca de personalidad jurídica. Así lo afirma también la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2010: desde que se otorga la escritura pública entra en juego la previsión del art. 33 de la LSC que establece que con la inscripción la sociedad adquirirá la personalidad jurídica que corresponda al tipo social correspondiente. Queda claro que la inscripción es únicamente constitutiva de la concreta personalidad jurídica como anónima o limitada, o comanditaria como acciones.

¹⁶⁰ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., ROCA AGAPITO, L. *Derecho Penal Español. Parte especial (II)*. Pág. 712. Ed. 2011.

¹⁶¹ Resolución 14 de febrero de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por "Grany Fruits, Sociedad Civil Particular" «BOE» núm. 69, de 21 de marzo de 2001, páginas 10558 a 10562 (5 págs) EDD 2001/4156.

La sociedad en formación es aquella que se encuentra en el periodo comprendido entre la constitución de la escritura pública y su inscripción en el Registro Mercantil, de manera que existe un pacto social de crear la sociedad, sin que ésta se haya inscrito todavía en el Registro mercantil, aunque los fundadores sí tienen la intención de cumplir con el requisito registral¹⁶². Es una entidad en cuya escritura los socios han formalizado un negocio jurídico, han optado por un tipo de sociedad concreto y a partir de entonces existe una organización, con socios y patrimonio, y conforme al art. 33 de la LSdC¹⁶³, con la inscripción la sociedad adquirirá la personalidad jurídica que corresponda al tipo social correspondiente.

Para estos supuestos, el artículo 36 de la LSdC¹⁶⁴ dispone la responsabilidad solidaria de quienes hubiesen celebrado los actos y contratos en nombre de la sociedad, antes de su inscripción en el Registro Mercantil. Se trata de una sociedad ya constituida, pero no inscrita, y que puede acabar siendo una sociedad irregular –ya vista- a la que se refieren los artículos 39 y 40 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio¹⁶⁵, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSdC). Y también puede ser nula si incurre en las causas que refieren el art. 56 y declarada conforme expresa el art. 57 también de la LSdC¹⁶⁶. O puede concluir con la inscripción en el Registro

¹⁶² Art. 33 LSdC Con la inscripción la sociedad adquirirá la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido. Art 37 LSdC 1. Por los actos y contratos indispensables para la inscripción de la sociedad, por los realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción y por los estipulados en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designadas por todos los socios, responderá la sociedad en formación con el patrimonio que tuviere.

¹⁶³ Art. 33 LSdC: *“Con la inscripción la sociedad adquirirá la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido.”*

¹⁶⁴Art. 36 LSdC. *“Por los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, responderán solidariamente quienes los hubiesen celebrado, a no ser que su eficacia hubiese quedado condicionada a la inscripción y, en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad.”*

¹⁶⁵. Art. 39 LSdC 1. Una vez verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil si la sociedad en formación hubiera iniciado o continuado sus operaciones.

¹⁶⁶ Art. 56 LSdC. Una vez inscrita la sociedad, la acción de nulidad solo podrá ejercitarse por las siguientes causas: a) Por no haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad efectiva de, al

Mercantil, como exige el art. 20 de la LSdC¹⁶⁷ momento en el que adquirirá la personalidad jurídica. Estas entidades están expresamente mencionadas en los artículos 290, 291, 293 y 294, todos de nuestro Título XIII, que se refieren expresamente a la “*sociedad constituida o en formación*”.

Estas sociedades en formación, desde el punto de vista material, circunscriben ámbitos objetivos de dominio en los que se protege el bien jurídico de los delitos societarios¹⁶⁸. Un sector doctrinal se ha manifestado a favor de una interpretación restrictiva de la noción de sociedad “en formación”, acorde con el significado mercantil de la misma, a saber, como comprensivo del periodo del proceso fundacional o de constitución de la sociedad, desde la constitución de la sociedad en escritura pública hasta la inscripción en el Registro mercantil. Otras opiniones doctrinales son partidarias de un concepto extensivo, argumentando que, en prácticamente todos los delitos societarios, se equiparan las sociedades constituidas y las sociedades en formación (no inscritas o registradas), lo que nos permitirá considerar que el ámbito de aplicación de los delitos societarios se extiende a las actividades que realicen estas entidades durante el proceso de constitución de las mismas, antes de su registro o inscripción¹⁶⁹.

menos, dos socios fundadores, en el caso de pluralidad de éstos o del socio fundador cuando se trate de sociedad unipersonal. b) Por la incapacidad de todos los socios fundadores. c) Por no expresarse en la escritura de constitución las aportaciones de los socios. d) Por no expresarse en los estatutos la denominación de la sociedad. e) Por no expresarse en los estatutos el objeto social o ser éste ilícito o contrario al orden público. f) Por no expresarse en los estatutos la cifra del capital social .g) Por no haberse desembolsado íntegramente el capital social, en las sociedades de responsabilidad limitada; y por no haberse realizado el desembolso mínimo exigido por la ley, en las sociedades anónima.

Artículo 57.1 LSdC 1. La sentencia que declare la nulidad de la sociedad abre su liquidación, que se seguirá por el procedimiento previsto en la presente ley para los casos de disolución.

¹⁶⁷ Art. 20 de la LSC: “La constitución de las sociedades de capital exigirá escritura pública, que deberá inscribirse en el Registro Mercantil”.

¹⁶⁸ FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*. Editorial Tirant lo Blanch. Ed. 2015. Pág. 39.

¹⁶⁹ NÚÑEZ CASTAÑO, E. *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Tirant lo Blanch. 3ª Edición. Valencia, 2019. Pág. 217.

En la Doctrina se afirma que el Código penal se refiere a sociedades constituidas o en formación, y por tanto éstas están incluidas, siempre y cuando no se transformen en irregulares. Entre la constitución y la inscripción, los socios, los administradores o los representantes pueden comenzar a actuar en el mercado¹⁷⁰.

1.2.6.4. La Sociedad de hecho. La sociedad de hecho es aquella constituida pero que posee un vicio de nulidad sobre un elemento esencial, de los previstos en el art. 56 LSdC¹⁷¹. Son las sociedades en las que -a diferencia de las irregulares- han cumplido los requisitos de constitución de la misma, sin embargo adolecen de un defecto sobre un elemento esencial del contrato de sociedad que deviene en nulidad radical del mismo. Sobre esta base, se trata de sociedades que nunca han existido por lo cual no podrían incluirse dentro del concepto penal de sociedad sostenido por el art. 297 CP¹⁷². El contrato de sociedad -como todos- puede ser declarado nulo. El régimen jurídico de esta

¹⁷⁰ QUINTERO OLIVARES, G. "Delitos societarios" en *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*. nº 12, Septiembre de 2.017.

¹⁷¹ LSdC. Artículo 56. Causas de nulidad.

1. Una vez inscrita la sociedad, la acción de nulidad solo podrá ejercitarse por las siguientes causas: a) Por no haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad efectiva de, al menos, dos socios fundadores, en el caso de pluralidad de éstos o del socio fundador cuando se trate de sociedad unipersonal. b) Por la incapacidad de todos los socios fundadores. c) Por no expresarse en la escritura de constitución las aportaciones de los socios. d) Por no expresarse en los estatutos la denominación de la sociedad. e) Por no expresarse en los estatutos el objeto social o ser éste ilícito o contrario al orden público. f) Por no expresarse en los estatutos la cifra del capital social. g) Por no haberse desembolsado íntegramente el capital social, en las sociedades de responsabilidad limitada; y por no haberse realizado el desembolso mínimo exigido por la ley, en las sociedades anónimas.

2. Fuera de los casos enunciados en el apartado anterior no podrá declararse la inexistencia ni la nulidad de la sociedad ni tampoco declararse su anulación.

¹⁷² NÚÑEZ CASTAÑO, ELENA. *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Ed. Tirant lo Blanch. 3ª Edición. Valencia, 2019. Pág. 217.

nulidad especial tiene una plasmación normativa específica para las sociedades de capital¹⁷³ siguiendo los dictados del Derecho europeo (el art. 56 LSC ya visto y el art 57 LSC), pero cabe plantearse la aplicación de los aspectos básicos de la doctrina de las sociedades de hecho también a todo tipo de sociedades externas con relaciones con terceros, como afirma la Jurisprudencia¹⁷⁴. El régimen jurídico derivado de la doctrina de la sociedad de hecho se concreta en que la nulidad solo puede ser declarada por el juez, por algunas de las causas graves tasadas; y, finalmente, declarada la nulidad, se aplicarán las normas sobre disolución y liquidación de sociedades (art. 57 LSC y Primera Directiva comunitaria) con la finalidad de satisfacer a los acreedores y, en su caso, repartir el remanente entre los socios¹⁷⁵. Estamos pues ante un régimen restrictivo de causas tasadas y control notarial y registral que hacen difícil esta declaración de nulidad.

En principio, y hasta el momento en el que se declare la nulidad estaremos ante una sociedad constituida, que es el caso previsto en los artículos 290, 292, 293 y 294 del CP.

1.2.6.5. La Sociedad disuelta.

Nos referimos al supuesto de concurrencia ya de una resolución judicial, ya de una causa legal o estatutaria constatada por la Junta general que disuelve la sociedad de capital (art. 362 LSdC), o ya de un mero acuerdo de la Junta general

¹⁷³ LSdC. Artículo 57. Efectos de la declaración de nulidad. 1. La sentencia que declare la nulidad de la sociedad abre su liquidación, que se seguirá por el procedimiento previsto en la presente ley para los casos de disolución. 2. La nulidad no 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. 3. En las sociedades de responsabilidad limitada, cuando la sociedad sea declarada nula por no haberse desembolsado íntegramente el capital social, los socios estarán obligados a desembolsar la parte que hubiera quedado pendiente. En las sociedades anónimas, cuando el pago a terceros de las obligaciones contraídas por la sociedad declarada nula así lo exija, los socios estarán obligados a desembolsar la parte que hubiera quedado pendiente.

¹⁷⁴ SSTS (Civil) de 12 de febrero de 1980, 18 de julio de 1989 y 25 de noviembre de 1996.

¹⁷⁵ RUIZ MUÑOZ, M. "Teoría general de las Sociedades Mercantiles. La nulidad de la sociedad. La sociedad de hecho. En *GPS. Derecho de Sociedades*. 3ª Edición. Valencia. 2018. Págs. 43 y 44.

(art. 368 LSdC). Los efectos inmediatos de la disolución están previstos en el art. 371 LSdC, en sus puntos 1 y 2, a saber, se abre el período de liquidación y la entidad conserva su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza.

La disolución no supone la desaparición inmediata de la personalidad jurídica, sino que abre el periodo de liquidación. Solo la cancelación registral supone la desaparición inmediata de la personalidad jurídica, por tanto, sigue siendo posible que antes de esta cancelación se cometan delitos societarios¹⁷⁶.

1.2.6.6. La Sociedad interna u oculta.

Es una sociedad que no se manifiesta como tal en el exterior. El Código Civil, niega personalidad jurídica a estas entidades y les atribuye el régimen jurídico de la comunidad de bienes¹⁷⁷. Hay autores que excluyen que en su ámbito se puedan cometer delitos societarios, y quienes argumentan a favor de incluirlas en el ámbito del art. 297 CP, afirmando que aunque no se encuentran expresamente mencionadas, sin embargo sí responden a los requisitos exigidos pues las sociedades ocultas (aquellas que intervienen y actúan en el tráfico jurídico sin dejar traslucir su verdadera naturaleza, aparentando que se trata de personas físicas), las entidades ficticias (que son aquellas sociedades que reuniendo todos los requisitos formales y estando correctamente constituidas, sin embargo carecen de patrimonio que las respalde), y las sociedades de fachada (a la inversa de las sociedades ocultas, tratan de disimular que quien realmente está

¹⁷⁶ FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*. Ed. Tirant lo Blanch. 2015. Pág. 43.

¹⁷⁷ Art. 1.669 Código Civil. No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros. Esta clase de sociedades se registrará por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes.

actuando en el tráfico jurídico es una persona física, mediante la apariencia de una entidad societaria)¹⁷⁸.

1.2.6.7. Las Agrupaciones de interés económico.

Las agrupaciones de interés económico son sociedades mercantiles especiales. Se utilizan principalmente para el fomento y facilitación del desarrollo y de los resultados de las actividades económicas de sus socios, en la finalidad es semejante a las sociedades de garantía recíproca, sin embargo, en la forma son muy diferentes. Se rigen por la Ley 12/1.991, de 29 de abril, por imperativo del Reglamento del Consejo de la C.E.E, número 2137/85.

Las agrupaciones de interés económico solo 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.

Están pues en el ámbito del art. 297 CP.

1.2.6.8. La Sociedad Laboral.

Son sociedades anónimas o de responsabilidad limitada en la que la mayoría del capital social es propiedad de los trabajadores que presten en ellas servicios retribuidos en forma personal y directa, cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido. Están reguladas en la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales¹⁷⁹. Las sociedades laborales son sociedades mercantiles, y

¹⁷⁸ NÚÑEZ CASTAÑO, E. *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Ed. Tirant lo Blanch. 3ª Edición. Valencia, 2019. Pág. 217.

¹⁷⁹ B.O.E. número 72, de 25 de marzo de 1997.

se rigen en lo no regulado por su ley especial por lo establecido en la Ley de Sociedades de Capital para las Sociedades Limitadas o Anónimas, según el supuesto de que se trate. En su denominación social de la sociedad deberá figurar la expresión “Sociedad Anónima Laboral”, “Sociedad de Responsabilidad Limitada Laboral” o sus abreviaturas S.A.L. o S.L.L.

Son incardinables en el concepto de sociedad del art. 297 CP.

1.2.6.9. Las Sociedades anónimas deportivas (SAD).

Su régimen jurídico se encuentra en el Real Decreto 1251/1999, de 16 de julio, sobre sociedades anónimas deportivas¹⁸⁰, que ha dado nueva redacción a determinados preceptos de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, buscando la finalidad de aproximar el régimen jurídico de las sociedades anónimas deportivas al del resto de entidades que adoptan esta forma societaria, permitiendo una futura cotización de sus acciones en las Bolsas de Valores y, simultáneamente, establecer un sistema de control administrativo sobre el accionariado y la contabilidad de estas sociedades, con el fin de velar por la pureza de la competición y proteger los intereses públicos y de los potenciales inversores.

Por lo tanto, entran en el concepto de sociedad del art. 297 CP.

1.3. Otros supuestos concretos.

Se discute si en el art. 297 CP se integran (entre otras) las sociedades civiles, comunidades de propietarios, asociaciones, comunidades de bienes, patrimonios separados, uniones temporales de empresas, cuentas en participación, sociedad de gananciales, etc. En la doctrina se ha considerado que lo relevante, cuando se trata de una entidad no mencionada específicamente en

¹⁸⁰ B.O.E. núm. 170 de 17 de Julio de 1999.

el art. 297 CP, no es tanto la obtención de beneficios como la dedicación a una actividad mercantil¹⁸¹.

Para subsumirlas en el art. 297 del CP la Jurisprudencia de nuestras Audiencias Provinciales exige que la entidad:

- 1) Tenga una naturaleza privada.
- 2) Esté dotada de una personalidad jurídica propia.
- 3) Tenga una estructura societaria definida y estable.
- 4) Y que participe de modo permanente en el mercado, es decir que realice cualquier actividad mercantil o actos de comercio de forma habitual con dicha finalidad de participación¹⁸², aunque sea sin ánimo de lucro¹⁸³.

Vemos a continuación once supuestos de entidades concretas, sobre los que se debate si han de considerarse incluidos en el art. 297 CP.

1.3.1. La Comunidad de Regantes.

Afirma la Audiencia Provincial de Burgos, que no tiene la condición de sociedad mercantil al carecer de la finalidad comercial del artículo 297 del Código Penal, pues se constituye como una entidad de derecho público dependiente de la Confederación Hidrográfica, y así lo estableció la sentencia del Tribunal Constitucional nº 227/88 que declara en su Fundamento de Derecho 24º que "las comunidades de usuarios que regula la Ley son, como se indica expresamente en el artículo 74.1 de la misma (Ley de Aguas nº29/85, de 2 de Agosto), corporaciones de derecho público, adscritas al organismo de cuenca (o a la administración hidráulica autonómica correspondiente), cuya finalidad no es otra que la gestión autónoma de los bienes hidráulicos necesarios para los

¹⁸¹ FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*. Ed. Tirant lo Blanch. 2015. Pág. 38.

¹⁸² SAP (Penal) de La Rioja de 23 de septiembre de 2.005. SAP de Valladolid (Penal) de 27 de septiembre de 2.012.

¹⁸³ AAP (Penal) Burgos de 6 marzo de 2017. EDJ 2017/45349.

aprovechamientos colectivos de los mismos, en régimen de participación por los interesados"¹⁸⁴. Este Auto de la Audiencia Provincial de Burgos razona que la Comunidad de Regantes se encuentra sometida a las disposiciones del derecho administrativo y no del Código de Comercio o su legislación especial, y también fundamenta la exclusión en el principio de intervención mínima que tiene el Derecho Penal en nuestro ordenamiento jurídico.

1.3.2. La Junta de Compensación. Es una entidad urbanística colaboradora con competencias de gestión y ejecución para llevar a cabo la ejecución del planeamiento urbanístico, formada por los propietarios de suelo en el sistema de compensación, con la finalidad de cumplir solidariamente sus deberes de 'justa distribución de beneficios' (aprovechamiento urbanístico) y cargas (gastos de urbanización), de cesión (de terrenos afectos a dotaciones públicas, así como, de un porcentaje del aprovechamiento urbanístico a favor de la Administración actuante), y de urbanización de los terrenos, urbanización que una vez ejecutada se cederá igualmente a favor de la Administración. Deberes legales cuya consecución permite posteriormente ejercitar de manera individual el derecho a edificar¹⁸⁵. Así se desprende de los arts. 67.2¹⁸⁶ y 81.2¹⁸⁷ de la Ley de Urbanismo de Castilla y León.

¹⁸⁴ AAP (Penal) Burgos de 6 marzo de 2017. EDJ 2017/45349.

¹⁸⁵ DE SANTOS SÁNCHEZ, MARTA. *Los propietarios de suelo. Interempresas.net*.

¹⁸⁶ Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León. Art.67 sobre las entidades para la gestión urbanística. 2. Los propietarios afectados por actuaciones urbanísticas podrán participar en su gestión mediante entidades urbanísticas colaboradoras, como las juntas de compensación, las asociaciones de propietarios en los sistemas de cooperación, concurrencia y expropiación y las destinadas a la conservación y mantenimiento de la urbanización, las cuales: a) Tendrán carácter administrativo y dependerán en este orden del Ayuntamiento; asimismo, se regirán por el Derecho público en lo relativo a organización, formación de voluntad de sus órganos y relaciones con el Ayuntamiento.

¹⁸⁷ Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León. Art. 81. Sobre la Junta de Compensación. 2. La Junta de Compensación tendrá naturaleza administrativa, personalidad jurídica y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. Contra sus acuerdos podrá interponerse recurso ordinario ante el Ayuntamiento.

La Junta tiene naturaleza administrativa, personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. No obstante, debe precisarse que su naturaleza jurídica es mixta, dado que la misma no solo realiza funciones públicas, sino también funciones de gestión de intereses privados, destacando la contratación de la ejecución de las obras de urbanización, concierto de préstamos o la venta de solares, actuaciones sujetas al Derecho privado.

La Audiencia Provincial de Barcelona afirma que la Junta de Compensación ni tiene naturaleza análoga a las entidades que menciona el art. 297 CP, ni participa en el mercado, y mucho menos de forma permanente¹⁸⁸.

1.3.3. La Comunidad de Bienes.

El art. 392.1 del Código Civil establece que hay comunidad de bienes cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece proindiviso a varias personas. De ahí, deben abstraerse dos características claras. El objeto de la comunidad es único y su titularidad recae sobre una pluralidad de personas. El Tribunal Supremo, ya manifestó en su sentencia de 7 de febrero de 1944, “*que hay comunidad [...] cuando hay unidad de objeto y pluralidad de sujetos*” y en su sentencia de 29 de febrero de 2016 reitera que “*hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece proindiviso a varias personas*”¹⁸⁹.

En la Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales hay sentencias que consideran que una comunidad de bienes del artículo 392 y siguientes del Código

¹⁸⁸ AAP Barcelona de 13 abril de 2018. EDJ 2018/97398.

¹⁸⁹ COSIALLS UBACH, A. M. *El nacimiento de la Comunidad de Bienes: concepto y constitución*. Ed. Tirant lo Blanch. Tratados. Ed. 2016, Valencia. Pág 11.

Civil, carece de personalidad jurídica y que por ello no tiene análoga naturaleza con ninguna de las mencionadas en artículo 297 del Código Penal. Tampoco para el cumplimiento de sus fines participa de modo permanente en el mercado¹⁹⁰. Sin embargo, otros pronunciamientos admiten que la comunidad de bienes pueda ser entidad incluida en el art. 297 CP ya que lo esencial es que para el cumplimiento de sus fines, la entidad de análoga naturaleza a la cooperativa, mutua, fundación, sociedad etc... participe de modo permanente en el mercado, y se fundamenta en resoluciones del Tribunal Supremo como el ATS núm. 1925/2014, de 13 de noviembre de 2014, que implícitamente admiten la posibilidad de la comisión por el administrador de una comunidad de bienes del delito tipificado en el artículo 290 del Código Penal (falseamiento de cuentas)¹⁹¹. Otras sentencias tampoco encuentran obstáculo alguno para considerar a la comunidad de bienes encuadrable dentro de las entidades recogidas en el artículo 297 del Código Penal si de la prueba practicada en el procedimiento se acreditó que su fin fue el de participar de modo permanente en el mercado, realizando actos de comercio de modo habitual¹⁹².

1.3.4. La Comunidad en Propiedad Horizontal.

La propiedad horizontal simple se regula por la Ley 49/1960, de Propiedad Horizontal, que completa la regulación del artículo 396 del Código Civil. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 3 de marzo de 2016, analiza que “para que exista régimen de propiedad horizontal no es precisa la existencia de título constitutivo formal y su inscripción en el Registro de la Propiedad, pudiendo ser su existencia de facto”. La Doctrina considera que “la circunstancia de no haberse otorgado aún por los interesados el título constitutivo a que se refiere este artículo, no significa que deban someter a las reglas de la comunidad de bienes en general, ya que el sistema de la propiedad por pisos o propiedad horizontal a

¹⁹⁰ SAP (Penal) Madrid de 12 mayo de 2014. EDJ 2014/97942.

¹⁹¹ AAP Madrid de 13 junio de 2019, Sec. 29ª, nº 467/2019, rec. 633/2019. EDJ 2019/670298

¹⁹² SAP (Penal) Alicante de 27 marzo de 2014. EDJ 2014/193680.

que hace referencia el art. 396 del Código Civil se establece legalmente desde el momento mismo de la división de un inmueble mediante la adquisición de un piso del edificio del que forma parte.” En el mismo sentido, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 1 de febrero de 2007, afirma que la “propiedad horizontal surgirá automática y necesariamente siempre que se dé esa pluralidad de propietarios, bien por adquisición por cualquiera de los modos establecidos en la legislación civil de alguno de los pisos o locales del inmueble (STS -Penal- de 28 de junio de 1986), bien por adjudicación de pisos o locales en la división de un edificio entre comuneros (artículo 401, párrafo segundo, del Código Civil), y ello con independencia de que previamente se haya formalizado o no el título constitutivo, cuyo documento constituye la necesaria investidura jurídica formal a aquél presupuesto fáctico”¹⁹³.

El Tribunal Supremo sigue el criterio de que las comunidades de propietarios no son sociedades ni mercantiles ni civiles, ni el administrador de las mismas, puede ser estimado como administrador de una sociedad, entendiendo que ninguna comunidad de propietarios tiene por misión participar de modo permanente en el mercado, como se dice expresamente en el art. 297 CP¹⁹⁴. Están, por tanto, excluidas del art. 297 CP.

1.3.5. Los Grupos de Sociedades.

Son los supuestos en los que una sociedad ostente o puede ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras (art. 18 LSdC y el art. 42 del Código de Comercio), y será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. Se plantea el problema de si se entiende que el grupo puede considerarse una sociedad en el sentido del

¹⁹³ COSIALLS UBACH, A. M. *El nacimiento de la Comunidad de Bienes: concepto y constitución*. Tirant lo Blanch. Tratados. Ed. 2016, Valencia. Pág. 30.

¹⁹⁴ STS (Penal) de 15 octubre de 2014. EDJ 2014/182558.

artículo 297 CP. En estos casos podría tener lugar una colisión de deberes entre la mayoría que lo es del grupo, y de la mayoría de la filial, en ambas, el administrador tiene el deber legal de lealtad.

Partimos de si puede afirmarse que el grupo es una sociedad. Según la mayoría de los autores, ello no es posible porque consideran que la cláusula *cualquier otra entidad de análoga naturaleza* del artículo 297 CP debe entenderse como una exigencia de que la entidad en cuestión reúna la condición de ser persona jurídica, por lo que los grupos de sociedades, que carecen de personalidad jurídica, quedarían fuera del ámbito de aplicación de los delitos societarios. Sin embargo, ya hemos visto que hay autores para los que el aspecto organizativo pesa más que la personalidad jurídica¹⁹⁵ y para los cuales el requisito de «análoga naturaleza» (artículo 297 CP) no significa ostentar personalidad jurídica, sino presentar el aspecto organizativo propio de las sociedades expresamente mencionadas en el artículo 297 CP, por lo que según esta propuesta, una entidad colectiva con una organización que implique publicidad de sus cuentas, representación y decisiones patrimoniales según el principio de la mayoría quedaría incluida en el mencionado precepto. Por tanto, esta solución sí permitiría incluir los grupos de sociedades en el concepto de «sociedad» a efectos de los delitos societarios¹⁹⁶. El hecho de que el Derecho tributario o, incluso, la legislación mercantil, reconozcan la existencia de los grupos es, ciertamente, una razón para entender que el grupo no solamente es una realidad económica, sino también una realidad jurídica¹⁹⁷.

¹⁹⁵ BACIGALUPO, E. *Los delitos societarios en el nuevo Código Penal. Curso de Derecho Penal Económico*. Ed. Marcial Pons. 2ª Ed. 2005. Pág. 418.

¹⁹⁶ BACIGALUPO ZAPATER. *Curso de Derecho penal económico*. p. 415 y ss., p. 418. Ed. Marcial Pons. 2005.

¹⁹⁷ PASTOR MUÑOZ, N. “La relevancia penal de los acuerdos de las mayorías de las sociedades (artículo 291 CP).” en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 1, 2008.

1.3.6. La Unión Temporal de Empresas (UTE).

El artículo 7.1 de la Ley 18/1982, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de empresas y de las sociedades de desarrollo industrial regional (“Ley 18/1982”), define las uniones temporales de empresas como “el sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro”. En su artículo 7.2, la citada Ley establece que las UTE no tienen personalidad jurídica propia.

La Audiencia Provincial de Madrid no admite a las Uniones Temporales de Empresas en el art. 297 CP, con el doble fundamento de que no se trata de una entidad de análoga naturaleza a las expresadas en el precepto (cooperativa, caja de ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil) y de que para el cumplimiento de sus fines no participa de modo permanente en el mercado, y así, excluye a la UTE por falta de personalidad y de permanencia en el tiempo¹⁹⁸. En el mismo sentido la Audiencia Provincial de Valladolid dejó a la UTE fuera del art. 297 CP, basándose en la carencia de personalidad jurídica, por lo que no puede considerarse “entidad de análoga naturaleza”¹⁹⁹.

En la Doctrina existe la opinión contraria, centrandó la cuestión en si pueden cometerse delitos en el seno de sociedades constituidas por un *tiempo determinado*, y la respuesta es afirmativa, basándose en que la exigencia de la sociedad actúe de modo *permanente* en el mercado no significa que debe actuar *de por vida* y por tanto, mientras existe la Unión Temporal de Empresas está participando de modo permanente en el mercado, considerando que lo que la cláusula exige al hablar de permanencia, es que la sociedad esté dotada de una

¹⁹⁸ AAP Madrid de 19 junio de 2017. EDJ 2017/158774.

¹⁹⁹ SAP Valladolid, Sec. 4ª (Penal), de 27 de septiembre de 2012, nº 407/2012; Rec 2/2012. EDJ 2012/271298.

estructura sólida que haga posible la comisión en su seno de algunas de las conductas tipificadas en el capítulo XIII²⁰⁰.

1.3.7. Los clubes deportivos.

La Audiencia Provincial de Granada²⁰¹ excluyó al Granada C.F. del ámbito del art. 297 CP, cuando era un club de fútbol no convertido aún en sociedad anónima. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 297 CP únicamente si se hubiese demostrado que para el cumplimiento de sus fines participaba de forma permanente en el mercado -extremo que no cabe presumir, máxime cuando se trata de una sociedad con finalidad deportiva- cabría plantearse seriamente si sus administradores podían haber cometido un delito societario con la venta del estadio de Los Cármenes. En tal sentido el Tribunal Supremo²⁰², indica que la actuación en el mercado de la sociedad es un requisito del tipo, al estar pensados los delitos societarios para entidades con ánimo de lucro en los que se discuten los intereses económicos de sus socios.

1.3.8. Contrato de cuentas en participación.

Las cuentas en participación se fundamentan en una fórmula asociativa y de colaboración, mediante la cual uno o varios individuos aportan capital o bienes a otro con la finalidad de participar en los beneficios y provechos. En este sentido, fue de gran utilidad entre comerciantes, que buscaban la necesidad de colaborar en una actividad determinada y sin necesidad de exteriorizar la colaboración, por ejemplo, para especular en Bolsa, o para mantener en secreto la participación por

²⁰⁰ FERNÁNDEZ TERUELO, G.J. *Los delitos societarios en el Código penal español*. Ed. Dikynson. Madrid. 1998. Pág. 41.

²⁰¹ SAP (Penal) Granada de 23 septiembre de 2008. EDJ 2008/274086.

²⁰² STS (Penal) de 16 de marzo de 2007. Recurso nº 245/07. EDJ 2007/32789.

algún individuo en el comercio o la industria, entre otros supuestos²⁰³. Se regulan en los arts. 239 á 243 del Código de Comercio, y se engloban en el art 1.669 del Código Civil, con el efecto de no tener personalidad jurídica²⁰⁴.

Podría parecer, atendiendo a la regulación del Código de Comercio que no existe verdadera sociedad en el contrato de cuentas en participación (Código de Comercio, arts. 239 á 243) por su limitado alcance, reducido a la inversión que hace el partícipe en las operaciones negociales que lleva a cabo el gestor, que es el verdadero dueño del negocio. Así se desprende del art. 239 CCo²⁰⁵. De manera que en estos casos no se crea un patrimonio que se atribuya a una colectividad, sino que la inversión (participación) se entrega al dueño del negocio, que es el único que contrata con los terceros, quienes no tendrán acción contra los demás interesados en el negocio, ni éstos la tendrán contra los terceros que contraten con el gestor a no ser que éste les hubiera hecho cesión de sus derechos, como prevé el art. 242 CCo ²⁰⁶.

El Tribunal Supremo²⁰⁷ consideró que el contrato de cuentas en participación es incardinable en el art. 297 CP en un supuesto en el que el acusado, como administrador de los bienes destinados al objeto del contrato, había dispuesto de las cantidades invertidas por el querellante de forma fraudulenta, en provecho propio y causando un perjuicio económico evaluable al

²⁰³ CANDELARIO MACÍAS, M.I. “Cuentas de participación”, en *GPS. Derecho de Sociedades*. Tercera Edición. Valencia. 2018. Pág. 72.

²⁰⁴ RUIZ MUÑOZ, M. “*La personalidad jurídica de la sociedad: sociedad de personas y sociedad de capitales. El beneficio de la sociedad limitada*”. *GPS. Derecho de Sociedades*”. 3ª Edición. Valencia. 2018. Pág. 45.

²⁰⁵ Art. 239 CCo. “Podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte del capital que convinieren, y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen.”

²⁰⁶ Artículo 242 CCo: “Los que contraten con el comerciante que lleve el nombre de la negociación, solo tendrán acción contra él, y no contra los demás interesados, quienes tampoco la tendrán contra el tercero que contrató con el gestor, a no ser que éste les haga cesión formal de sus derechos2.

²⁰⁷ STS (Penal) de 4 noviembre de 2014. EDJ 2014/205081.

cuentapartícipe, y concluye señalando que en este caso no cabe duda de que el acusado ha actuado en beneficio propio con abuso de las funciones encomendadas por el contrato de cuentas en participación, con perjuicio del patrimonio del socio partícipe, y se basa en las STSS (Penal), de 10 de marzo de 2005²⁰⁸ y, de 19 de abril de 2005²⁰⁹.

Atiende pues el Tribunal Supremo, a que concurre el requisito de “cualquier sociedad constituida o en formación”, y considera que el resultado es un perjuicio económicamente evaluable no solo a los socios, sino también a los “depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren”, y se basa en que el tipo penal no se refiere directamente a la sociedad, lo que constituye un defecto legal en la redacción de la norma, pero no cabe duda que el perjuicio societario comprende la proyección de tal perjuicio hacia los socios.

1.3.9. La empresa pública.

Estarían incluidas en el ámbito del art.297 CP las sociedades o empresas públicas, siempre que adopten la forma de una sociedad mercantil²¹⁰.

1.3.10. Centro Gallego.

La Audiencia Provincial de Madrid consideró que el Centro Gallego de Madrid es una asociación sin ánimo de lucro, considerada de interés o utilidad pública, y que claramente no participa de modo permanente en el mercado para la consecución de sus fines, de manera que las conductas descritas en los artículos 290 al 296 CP, de haberse producido, carecerían de relevancia penal. Se basa en

²⁰⁸ STS (Penal) nº 402/2005. EDJ 2005/37482.

²⁰⁹ STS (Penal) nº 499/2005. EDJ 2005/62578.

²¹⁰ NÚÑEZ CASTAÑO, E. *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Ed. Tirant lo Blanch. 3ª Edición. Valencia, 2019. Pág. 217.

la STS (Penal) de 18 de octubre de 2001²¹¹, que afirma: "Como acertadamente estimó la Sala de instancia, el artículo 297 CP exige, como llave de cierre de los tipos penales previos, que las diferentes personas jurídicas o entidades que enumera como incluidas en el concepto de "sociedad", participen, para el cumplimiento de sus fines, de modo permanente en el mercado, y ello lleva, por lo tanto, a excluir de su ámbito -como así lo refleja la sentencia de esta Sala 245/2007, de 16 de marzo- aquellas fundaciones o asociaciones, que no reúnan ese requisito"²¹².

1.4. Conclusión.

Ratificamos lo expuesto al comenzar el capítulo. Cuando se publicó el Código Penal de 1.995 nuestro Ordenamiento jurídico disponía de dos definiciones de sociedad que podían haber servido a un legislador penal que va a tipificar ilícitos que ya existían en el ámbito extrapenal. Son conceptos con desarrollo doctrinal y jurisprudencial, lo que hubiera aportado seguridad jurídica, un principio constitucional ubicado en el art. 9.3 de la Constitución Española, en su Título Preliminar. Definir estas entidades es el primer presupuesto necesario para que pueda cometerse cualquier delito societario.

El art. 297 CP multiplica los problemas para entender la definición de sociedad, pues el Legislador principia la enumeración por el pronombre adjetivo "toda" y a continuación "cooperativa, caja de ahorros..." y parece que quiere englobar cualquier entidad posible, pero debería mejorar el rigor expositivo y evitar la redundancia de incluir a las fundaciones y a las entidades de crédito y también a las cajas de ahorro (que ya son fundaciones y entidades de crédito); o por referirse a la sociedad mercantil y a la cooperativa (que es una sociedad mercantil), y que también puede ser "de crédito" si sus socios cooperativistas aportan el capital a la entidad, como hoy sucede con las cajas rurales. La

²¹¹ ROS: STS (Penal) 8026/2001, ECLI:ES:TS:2001:8026.

²¹² SAP (Penal) Madrid de 20 septiembre de 2019. Sec. 23. Nº 569/2019, Rec. 487/2019. EDJ 2019/709190.

complicación se acrecienta cuando el Legislador acude a la analogía para cerrar la enumeración -dejándola como ejemplificativa-, lo que deja el precepto abierto, de manera que entidades no reflejadas puedan quedar incluidas en el art. 297 CP.

Las dificultades que plantea este artículo 297 CP han llevado al Tribunal Supremo a excluir a la fundación de su ámbito, a pesar de estar expresamente prevista, basándose en que no participa de modo permanente en el mercado.

Para excluir a quienes no participen de modo permanente en el mercado o que no realicen actos de comercio de modo habitual, habría bastado que los tipos se refirieran a las sociedades mercantiles, en las que se encuentra el esquema organizativo de junta general y administradores, que es en el que se desarrollan los delitos societarios del Capítulo XIII, del Título XIII, y en cuyo objeto está la participación permanente en el mercado. Ha de suprimirse, o al menos, mejorarse este artículo alejando la confusión y aportando concreción, y siempre partiendo de los conceptos técnicos civiles y mercantiles.

La sociedad civil estará incluida en el art. 297 CP en función de si tiene un objeto mercantil, pues el art. 1.670 Código Civil dispone que las sociedades civiles pueden revestir todas las formas reconocidas en el Código de Comercio. El art. 297 incluye expresamente a las sociedades mercantiles y la analogía impone incluir a las sociedades civiles dedicadas a la realización de actividades mercantiles, por lo que habrá de estarse no solo a la mercantilidad de su objeto social, sino también a la realidad de su actividad.

La sociedad irregular es la que deja transcurrir más de un año del otorgamiento de la escritura constitucional sin solicitar la inscripción en el Registro Mercantil. A los efectos de incluirla en el art. 297 CP será relevante el que su objeto social sea mercantil, y así se incluirá, ya por sociedad mercantil, ya por entidad análoga. El Tribunal Supremo y la Dirección General de Registros y

del Notariado atribuyen personalidad jurídica a las sociedades irregulares o en formación, restando importancia a la inscripción en el Registro Mercantil, limitando su relevancia a la adquisición de la especial personalidad jurídica de las sociedades de capital. Lo que abunda en su inclusión en el art. 297 CP.

Las sociedades en formación están en el ámbito penal societario pues a ellas se refieren expresamente los artículos 290, 291, 293 y 294, todos del Código Penal.

Las sociedades de hecho son sociedades constituidas que adolecen de un defecto sobre un elemento esencial del contrato de sociedad que puede abocar a la nulidad radical de su constitución, que en tanto no se declare seguirán en el régimen de las sociedades constituidas. Otro tanto sucederá con la sociedad disuelta, que será sociedad constituida hasta que culmine la liquidación.

Las Agrupaciones de interés económico y las sociedades laborales sí se incluyen en el art. 297 CP, en tanto que son sociedades mercantiles. Las sociedades anónimas deportivas y los clubes deportivos no participan en el mercado, por lo que quedarán excluidos.

No están incluidas en el art. 297 CP las Comunidades de Regantes por ser una entidad de derecho público que no participa en el mercado, ni la Junta de Compensación por ser una entidad con la finalidad única de intervenir en la gestión urbanística. En las Comunidades de bienes no hay un único criterio, entendemos que estarán incluidas si el objeto social es la participación en el mercado.

No se comprenderán en el precepto las Comunidades de propietarios pues operan únicamente en el ámbito de la Propiedad horizontal, ni los Grupos de sociedades, pues carecen de base asociativa y de participación en el mercado.

La entidad constituida por las Cuentas en participación sí se incluye en el precepto, y también la Empresa pública en el caso en el que adopte forma de sociedad mercantil.

Concluyendo el capítulo, vemos cómo la inclusión en el art. 297 CP requiere en principio que se trate de una entidad enumerada en el mismo, salvo en el caso de las fundaciones, excluidas en tanto su objeto no sea la participación en el mercado. Y respecto de las entidades no enumeradas que tengan base asociativa el criterio más importante es el de la participación en el mercado, lo que permitirá la inclusión de entes en principio excluidos como la Comunidad de bienes.

2.- El Bien Jurídico protegido en el art. 293 del Código Penal.

Introducción.

En el Derecho Penal el legislador tiene que actuar bajo el principio de intervención mínima de los instrumentos punitivos, que forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, y cuya exigencia descansa en su doble carácter: a) ser un derecho fragmentario en cuanto no se protege todos los bienes jurídicos, sino solo aquellos que son más importantes para la convivencia social, y además la tutela opera frente a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes, y b) ser un derecho subsidiario que, como última ratio, ha de operar únicamente cuando el orden jurídico no puede ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la

sanción penal²¹³, por cuya razón debe ceder ante las normas que disciplinan prioritariamente el comportamiento antijurídico, y solo despliega sus efectos cuando la protección de los aludidos bienes jurídicos sea imposible o inadecuada a través de otros medios menos lesivos²¹⁴.

En el ámbito del Derecho Penal societario se produce la intervención en un territorio dominado por el Derecho mercantil²¹⁵, mediante artículos presididos por la rúbrica del Título XIII “Delitos contra el patrimonio y contra *el orden socioeconómico*”. La Doctrina afirma que, si bien el Título contiene una serie de figuras delictivas con una indudable incidencia socioeconómica, su rúbrica no indica el bien jurídico protegido, pues contiene preceptos heterogéneos²¹⁶, sin embargo, el requisito de perseguibilidad de la previa denuncia del art. 296.1 CP nos conduce a una dimensión individual del bien jurídico tutelado.

2.1. El Bien Jurídico en el Derecho Penal societario.

La individualización del bien jurídico que se pretende proteger resulta esencial para conocer la voluntad que presidió la creación del tipo delictivo²¹⁷, y conduce a descubrir el valor o conjunto de valores que se tuvieron en cuenta a la hora de perfilar la respuesta penal para su protección, dentro del principio de mínima intervención propio del derecho punitivo²¹⁸. En la Doctrina se apunta a la dificultad de la identificación de un bien jurídico común pues se trata de un

²¹³ STS (Penal) de 3 de junio de 2.014, nº 434/ 2014, Rec. núm 2.165/2013.

²¹⁴ STS (Penal) de 4 de abril y 18 de diciembre de 1990. STS (Penal) de 2 de octubre, 10 y 17 de diciembre de 1991. STS (Penal) de 14 de noviembre de 1992, 16 de julio y 28 de septiembre de 1993.

²¹⁵ QUINTERO OLIVARES, G. “Delitos societarios”, en *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*. nº 12. Septiembre de 2.017.

²¹⁶ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. *Los delitos societarios en el Código Penal español*. Ed. Dykinson. Madrid. 1998. Pág. 104 y 106.

²¹⁷ GALÁN MUÑOZ A., NÚÑEZ CASTAÑO E. *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Tirant lo Blanch. 3ª Edición. Valencia, 2019. Págs. 232.

²¹⁸ CALDERÓN CEREZO, A. *Delitos societarios: comentarios a los artículos 290 a 297 CP*. Ed. Bosch. Enero 2.017 Pg. 252.

listado de tipos delictivos criticado por haber sido elaborado de manera precipitada para hacer frente a fenómenos antisociales novedosos, apreciándose una inversión del que debiera haber sido el proceso natural dirigido a incorporar al derecho positivo nuevos tipos penales, que ha de partir de la previa localización de un interés necesitado de protección penal para después proceder a la tipificación de uno o varios tipos construido en aras a su defensa; que es lo que no ha sucedido en el Derecho Penal económico, en el que las intervenciones legislativas penales han estado presididas por enormes dosis de anarquía, apartándose de un modo claro del proceso natural expuesto²¹⁹.

El resultado dañoso también puede consistir en la puesta en peligro del bien jurídico mediante la creación de un riesgo extraordinario, el cual debe ser evaluable económicamente cuando el tipo delictivo tome en consideración el resultado material o bien en los casos en que la pena a imponer dependa del quebranto patrimonial ocasionado o del beneficio obtenido por los culpables²²⁰.

En su momento se creyó, ciertamente, que la tutela de la veracidad de la información social, la salvaguarda del capital social, la del patrimonio de los accionistas, de sus derechos de participación y control, etcétera, produciría un efecto protector de los mecanismos de participación de los ciudadanos en nuestro sistema económico, y se llegó a afirmar que los delitos que en 1995 se creaban tenían componentes de tutela de intereses supraindividuales, dejando la tutela de los intereses intrasocietarios al Derecho Mercantil²²¹.

²¹⁹ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. *Instituciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Ed. 2013. Editorial Lex Nova. Págs. 58 y 59.

²²⁰ CALDERÓN CEREZO, A. *Delitos societarios: Comentarios a los artículos 290 a 297 CP*. Ed. Bosch. Enero 2.017 Pg. 253.

²²¹ QUINTERO OLIVARES, G. "Delitos societarios" en *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*. nº 12, Septiembre de 2.017.

En la Doctrina se alega que los intereses tutelados por los delitos societarios son de naturaleza patrimonial individual, perteneciendo fundamentalmente a la propia sociedad mercantil y a los socios, y ocasionalmente a terceros. Puede afirmarse, en general, que los tipos que se crean no son, en manera alguna, una protección “frente” a las sociedades mercantiles, sino una tutela de éstas o de sus miembros, socios o accionistas, frente a lo que puedan hacer algunos de ellos, como refería la Exposición de Motivos del Proyecto de CP de 1.992²²². Otros autores afirman que el bien jurídico por antonomasia es únicamente el inmediato, que es el que se incorpora al tipo de injusto de la infracción delictiva de que se trate, cuya vulneración (su lesión o puesta en peligro) habrá de ser abarcada por el dolo del agente²²³. En la Doctrina también se defiende que el objetivo último de los delitos societarios es la tutela del patrimonio de la sociedad, de los socios y de los terceros²²⁴. Otras opiniones doctrinales distinguen tres planos distintos para los bienes objeto de protección, a saber: el supraindividual, en tanto que son los delitos contra el orden socioeconómico; el individual, al tratarse de delitos patrimoniales, y finalmente, el objeto sobre el que recae la conducta típica, que en el art. 293 CP protege derechos inherentes a la condición de socio²²⁵. Otros pareceres afirman que el interés protegido en los delitos del Capítulo XIII, obliga a distinguir que -con carácter inmediato- se protege el patrimonio de las sociedades, el de sus socios y el de los terceros acreedores de aquella (excepción hecha del art. 294 CP, impedimento de las actividades inspectoras), y con carácter mediato el orden socioeconómico²²⁶. Y así, en los delitos societarios diferenciamos un bien jurídico directamente protegido, el patrimonio, que ha de ser lesionado o puesto en peligro por la realización del delito, y un bien jurídico mediato, el orden socioeconómico, que no aparece incorporado al tipo del injusto de la infracción correspondiente, pero que puede servir como criterio auxiliar en la interpretación teleológica del bien jurídico directamente protegido. La búsqueda del bien

²²² FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*. Ed. Tirant lo Blanch. 2ª Ed. 2.015. Pág. 24.

²²³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal y Económico de la Empresa. Parte General*. 5ª Ed. 2016. Pág. 160.

²²⁴ FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*. 2ª Ed. 2.015. Pág. 263.

²²⁵ FERNÁNDEZ TERUELO, G.J. *Instituciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Lex Nova. Ed. 2013. Págs. 60-61.

²²⁶ CALDERÓN CERESO, A. *Delitos societarios: comentarios a los artículos 290 a 297 CP*. Ed. Bosch. Enero 2.017 Pg. 255

jurídico obliga a tener en cuenta el contexto en el que está ubicado un precepto, el título y la rúbrica bajo los cuales se cobija, que facilitarán la labor interpretativa a la hora de determinar su verdadero sentido²²⁷.

En los tipos del Capítulo XIII del Título XIII se castigan acciones falsarias sobre los documentos sociales (art. 290 CP), la imposición de acuerdos abusivos (art. 291 CP), la adopción de acuerdos irregulares (art. 292 CP), la privación del ejercicio de derechos del socio (art. 293 CP) y la administración desleal societaria (en el derogado art. 295 CP). Sin entrar en el art. 294 CP (obstrucción labores inspectoras), estas conductas tipificadas pueden llegar a afectar el orden socioeconómico, pero en sentido amplio, que parte de que las sociedades son elemento esencial del orden económico, y a la vez un importante instrumento de ahorro nacional²²⁸. En la Doctrina se reprocha que no se haya identificado primero el bien jurídico para después tipificar las infracciones, lo que trae como consecuencia más relevante que se enumeren intereses protegidos de todo tipo, algunos de ellos de escasa solidez teórica y difícil comprensión, lo que perjudica la legitimación del Derecho Penal económico, y ha contribuido a frenar (aún más) la aplicación de los tipos penales²²⁹.

La derogación²³⁰ del art. 295 CP (administración desleal) ha influido en que haya autores que defienden que el patrimonio social como principal bien jurídico haya retrocedido en favor del orden socioeconómico, representado por el correcto funcionamiento de las sociedades dentro del sistema de economía de mercado²³¹.

²²⁷ FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*. Tirant lo Blanch. 2ª Ed. 2.015. Pág. 22.

²²⁸ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. *Los delitos societarios en el Código Penal español*. Ed. Dykinson. Madrid. 1998. Págs. 115 y 116.

²²⁹ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. *"Instituciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa"*. Lex Nova. Ed. 2013. Pág. 62.

²³⁰ LO 1/2015 de 30 de marzo, de modificación del Código Penal.

²³¹ CALDERÓN CEREZO, A. *Delitos societarios: Comentarios a los artículos 290 a 297 CP*. Ed. Bosch. Enero 2.017 Pg. 262.

El Tribunal Supremo se basa en la Doctrina para señalar como bienes jurídicos a tutelar tanto *el tráfico mercantil como los intereses económicos de las sociedades, de sus socios y de las personas que se relacionan con ellos*²³² y afirma que el Derecho Penal societario protege el debido desarrollo interno de la vida societaria, atendiendo a sus reglas de funcionamiento que emanan del juego de las mayorías y minorías, y todo ello en el contexto y con sujeción a las normas de buena fe societarias²³³.

En la Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales se afirma que en el Derecho Penal societario nos encontramos con delitos que castigan comportamientos de los administradores en perjuicio de la sociedad, de sus socios o de terceros, de manera que la concreción del bien jurídico va a ser útil en la necesaria delimitación de cuáles son las conductas de relevancia penal, dentro de las que puedan considerarse genéricamente ilícitas en el desarrollo de la vida societaria. La tutela de este bien jurídico se lleva a cabo mediante la coordinación de las medidas tanto mercantiles como penales, en una relación de complementariedad, ocupando cada uno de los aludidos ámbitos su lugar específico, siempre reservando el Derecho Penal para las infracciones más graves²³⁴.

2.2. El Bien jurídico protegido por el art. 293 CP.

El art. 293 CP es un delito de mera actividad que no contiene resultado típico, ni exigencia de un peligro o lesión del patrimonio de los sujetos pasivos, es

²³² STS (Penal) 194/2013, de 7 de marzo.

²³³ SsTS (Penal) de 4 de abril EDJ 1990/3743 y 18 de diciembre de 1990 EDJ 1990/11615, 2 de octubre EDJ 1991/9250, 10 EDJ 1991/11653 y 17 de diciembre de 1991, 14 de noviembre de 1992 EDJ 1992/11209, 16 de julio EDJ 1993/7236 y 28 de septiembre de 1993.

²³⁴ Sentencia de la Sec. 3ª (Penal) A. P. de Madrid de 22 de septiembre de 2.003 (nº 444/2003, Rec. 47/2002).

decir, no incorpora la presencia de ningún interés o valor específico a proteger, describiendo una infracción puramente formal carente de todo contenido material del injusto. El precepto simplemente convierte en delito la mera infracción de un deber extrapenal (respeto de los derechos de los socios). De este modo, en la Doctrina se afirma que el bien jurídico protegido por este delito lo conforman los derechos legales del accionista o del socio. La tipificación de estos comportamientos tendría más sentido desde la consideración de los mismos como delitos de peligro abstracto respecto del patrimonio de los socios, interpretación que en opinión de algunos autores no viene en absoluto avalada por la descripción típica realizada en el art. 293 CP²³⁵.

Es un precepto que tipifica conductas en las que se presume un peligro situando la protección penal en la frontera del peligro abstracto, lo que facilita el uso del Derecho Penal, pues al prescindir del perjuicio se prescinde también de la necesidad de demostrar la causalidad²³⁶.

Como desarrollaremos en el Capítulo relativo a la consumación, en los delitos de peligro abstracto no se admite prueba respecto de la ausencia de peligro limitándose el tipo a describir acciones generalmente peligrosas -según un juicio de experiencia- para los bienes jurídicos que, sin embargo, no precisan ser peligrosas específicamente en la situación concreta. No estaremos ante un ataque efectivo al bien jurídico, pero sí se exige una acción apta para producir un peligro del bien jurídico como elemento material integrante del tipo de delito. Son delitos de peligro posible. Como afirma el profesor Torío, en estos delitos está presente la situación fundamental característica del tipo penal, considerando que el tipo no es una mera descripción de la acción, sino un medio para neutralizar acciones

²³⁵ GALÁN MUÑOZ A. NÚÑEZ CASTAÑO, E. *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Tirant lo Blanch. 3ª Edición. Valencia, 2019. Págs. 232, 233.

²³⁶ MATELLANES RODRÍGUEZ, N. "Derecho Penal Económico y Derecho Administrativo Sancionador", en (Dir.) CAMACHO VIZCAÍNO A. *Tratado de Derecho Penal Económico*. Ed. Tirant lo Blanch. 1ª Ed. 2019. Pág. 128.

peligrosas desvalorizadas por el Derecho Penal, considerado una realidad tridimensional, en el que se distinguen tres aspectos:

a) Un momento lógico, pues en el tipo se describe formalmente la acción relevante para el Derecho Penal, en el sentido del principio *nullum crimen sine lege*.

b) Una dimensión teleológica, que exige que la acción sea apta para producir un peligro del objeto de protección. Los delitos de peligro abstracto no requieren que la acción determine un peligro efectivo, pero sí reclaman que pueda originar un estado caracterizable como probabilidad de un daño o lesión, por ello serán atípicas las acciones que, desde la perspectiva del juicio de peligrosidad, aparecen como accidentales o irrelevantes, pese a hallarse formalmente comprendidas en la descripción típica, de manera que no exista posibilidad de peligro en la situación concreta. La tipicidad presupone el juicio *ex ante* de que el comportamiento puede originar un riesgo grave para el objeto de protección, estudiando la peligrosidad en abstracto de la conducta en cuestión, en base a la experiencia general. El profesor Torío²³⁷ menciona a Binding para afirmar que los delitos de peligro presuponen la posibilidad del contacto entre acción y objeto de protección. En la hipótesis de que el objeto de protección no pueda entrar en el radio de efectividad del acto, estará excluida la tipicidad.

c) Y finalmente, los delitos de peligro hipotético contienen una dimensión normativa o valorativa. Está presente un elemento axiológico, en tanto que está en contradicción, o desvalorizada, por la norma base del tipo penal²³⁸.

Parte de la Doctrina duda que exista aquí la tutela de un objeto jurídico de índole material que dote de la necesaria lesividad a la infracción, advirtiendo que

²³⁷ TORÍO LÓPEZ, A. "Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma" en *Estudios penales y criminológicos*, Nº. 10. 1985-1986. Pág. 397.

²³⁸ TORÍO LÓPEZ, A. "Los delitos del peligro hipotético". ("Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto"), en *ADPCP*. Madrid 1.981. Págs. 839-840.

el Legislador del CP de 1.995 se ha limitado a elevar al rango de delito un simple ilícito civil²³⁹. Para otros autores, este tipo tutela derechos económicos y políticos mínimos del accionista, sean de naturaleza económico-patrimonial, como el derecho de suscripción preferente, o sean derechos políticos como los de información, concluyendo que el legislador trata de velar por el correcto funcionamiento de los órganos de administración de las sociedades, protegiendo los resortes de control de la gestión social de los accionistas y socios²⁴⁰.

El art. 293 CP establece la prohibición de conculcar unas facultades concretas de los socios, lo que lleva a la Doctrina a entender la tutela de estos derechos como el bien jurídico al que pretende dispensar protección el ordenamiento jurídico, y también a considerar el correcto funcionamiento social como posible interés penalmente tutelado, y no tanto los derechos de contenido patrimonial, pues en la protección penal del art. 293 CP prima la atención a los derechos políticos del socio²⁴¹. Considerar como bien jurídico protegido a los derechos propios de la condición de socio predeterminados por el tipo es compatible con considerar como objeto de protección el patrimonio de los socios a quienes se impide el libre ejercicio de sus derechos, unos derechos que tienen un significado patrimonial²⁴².

Otros autores afirman que esta figura es un refuerzo a las exigencias de transparencia en la gestión societaria, lo que se consigue mediante la tutela de los *derechos legales fundamentales del accionista o socio*, que es el bien jurídico protegido en tal precepto. Pero a la par distingue una protección mediata de “los intereses patrimoniales de los accionistas, pues en la medida que el ejercicio de

²³⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*. 6ª Edición. 2.019. Pág.553.

²⁴⁰ RIVES SEVA, A. P. “Los delitos societarios. Análisis de la Jurisprudencia del TS”, en <http://www.seguridadpublica.es>. Febrero 2.014.

²⁴¹ MATA Y MARTÍN, R.M. “Delitos societarios: Administración desleal y demás figuras delictivas” en *Empresa y Derecho Penal (I). Cuadernos de Derecho Judicial*. Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Pág. 381 y 382.

²⁴² FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. *Los delitos societarios en el Código Penal español*. Ed. Dykinson. Madrid. 1998. Pág. 257.

sus derechos esté garantizado lo estará también la posibilidad de adoptar las decisiones que más convengan a la buena gestión de sus patrimonios respectivos”, al tiempo que rechaza que el patrimonio sea, también, un bien jurídico protegido cuya puesta en peligro sea requisito de tipicidad. Se defiende que “el delito se configura, con respecto a los derechos de los accionistas, como un delito de lesión”²⁴³. Otras opiniones afirman que el bien jurídico protegido son los derechos legales del accionista²⁴⁴, o los derechos de los socios ajenos al grupo de control de la sociedad²⁴⁵, y para otros, es la fidelidad y lealtad de los órganos de administración para con los socios²⁴⁶. En este sentido, desde la perspectiva técnica de los bienes jurídicos individuales dignos de protección penal en el art. 293CP, no pasa de concurrir un mero peligro abstracto para el patrimonio de los socios²⁴⁷.

En la Doctrina se afirma que parecen rechazables aquellas posturas que individualizan el bien jurídico 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, siendo preferible entender que el objetivo último de este delito es la tutela avanzada del patrimonio de la sociedad, de los socios y de terceros. El precepto castiga toda realización típica sin necesidad de constatar la afectación siquiera potencial del bien jurídico patrimonio, de manera que formalmente estamos ante delitos de lesión de los derechos de los socios mencionados por el tipo. Esta conclusión, aunque inevitable, es indeseable desde el punto de vista del contenido de injusto,

²⁴³ DEL ROSAL BLASCO, B. “*Los Nuevos Delitos Societarios en el CP de 1.995*”. I Congreso hispano-italiano de derecho penal económico. Pág. 126.

²⁴⁴ COBO DEL ROSAL, MANUEL. “*Art. 293. Comentarios al Código Penal*”. Tomo IX págs. 517 y ss. Ed. Reus. 2005.

²⁴⁵ RÍOS CORBACHO, J. M. “Algunos aspectos de la infidelidad de los órganos sociales en el Código Penal” en *Estudios penales y criminológicos*. Vol. XXVI ed. 2006 pp 243-294.

²⁴⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Delitos contra los derechos de los socios y delitos de obstrucción*. Ed. 1998 págs. 229-248.

²⁴⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*. 6ª Edición. 2.019. Pág.553.

puesto que se está elevando a la categoría de delito conductas que pueden carecer de la necesaria ofensividad penal²⁴⁸.

La Jurisprudencia se preocupa por la delimitación del bien jurídico como la necesidad de acotar el círculo de punibilidad dentro del polígono más extenso de la ilicitud²⁴⁹, y refiere que el bien jurídico que se protege con el art. 293 CP son los derechos básicos de los accionistas que no pertenecen al grupo de control de la sociedad²⁵⁰, entendiéndose que el precepto brinda protección penal a derechos del socio reconocidos por la Cuarta Directiva comunitaria de 25 de julio de 1978 y por nuestra legislación mercantil²⁵¹.

Las primeras Sentencias del Tribunal Supremo²⁵² sobre el art. 293 CP se hacen eco de las posturas doctrinales que critican el precepto por estimar que el bien jurídico protegido ya se encuentra tutelado por la legislación mercantil²⁵³ pero, no obstante, defienden la existencia de este delito aludiendo a la relevancia de los derechos básicos de los accionistas que no pertenecen al grupo de control de la sociedad y a la gravedad de los ataques de que pueden ser objeto, lo que impone una tutela contundente frente a estas agresiones, que solo puede ser proporcionada por la intervención penal²⁵⁴. Insiste el Tribunal Supremo en que es necesaria esta protección de los derechos básicos de los accionistas

²⁴⁸ FARALDO CABANA, P. "Delitos societarios". Capítulo 25. En (Dir.) Camacho Vizcaíno, Antonio *Tratado de Derecho Penal Económico*. Tirant lo Blanch. 1ª Ed. 2019. Pág.1.195.

²⁴⁹ STS (Penal) de 17 de julio de 2006, núm. 841/2006 EDJ 2006/282123.

²⁵⁰ STS (Penal) de 9 de Mayo de 2.003, mencionada por la SAP (Penal) Burgos de 20 febrero de 2017, EDJ 2017/272016.

²⁵¹ LAUNA ORIOL, C. Curso "Delitos societarios. El delito de la administración desleal". Jornadas 11 y 12 de mayo de 2.017.

²⁵² STS (Penal) de 9 de mayo de 2003. EDJ 2003/263057.

²⁵³ Artículos 93, 196 y 197 de la Ley de Sociedades de Capital RDLeg. 1/2010 de 2 julio 2010.

²⁵⁴ STS (Penal) 4-7-2006, nº 796/2006, Rec. 1985/2005.

minoritarios²⁵⁵, y señala que con la tipificación de este delito se trata de fortalecer los deberes de veracidad y transparencia que en una libre economía de mercado incumben a los agentes económicos y financieros²⁵⁶, tutelando así la transparencia externa de la administración social²⁵⁷. Se tutelan así los derechos económicos y políticos propios de la condición de socio, de acuerdo con la normativa extrapenal reguladora de los derechos inherentes a dicha condición²⁵⁸. El Tribunal Supremo nos habla de un bien jurídico individual pero ratificando también que tutela los derechos mínimos de la condición de socio, pues vela por el correcto funcionamiento de los órganos de administración de las sociedades, protegiendo los resortes de control de la gestión social de los accionistas y socios²⁵⁹. Otras sentencias de las Audiencias Provinciales añaden que el tipo protege la ortodoxa formación de la voluntad del ente colectivo conforme a su capital social²⁶⁰.

Refiriéndose en concreto al derecho de información del socio el Tribunal Supremo refiere que este derecho no tiene otro objeto que permitir al socio conocer el estado de salud de sus intereses²⁶¹. Con su definición entre los deberes que delimitan el *status socii* se persigue asegurar los principios de fidelidad y buena fe como presupuestos para el logro del interés común que, por definición, anima toda forma societaria. Precisamente por ello, el Derecho Mercantil regula de forma precisa los términos de ejercicio de ese derecho cuya importancia radica en la necesidad de la existencia de instrumentos que le permitan conocer la real situación de la sociedad en la que tiene capital invertido, lo que va a permitir que pueda adoptar las pertinentes posiciones en la Junta²⁶². En el Capítulo del Tipo

²⁵⁵ STS (Penal) de 14 de julio de 2.006 (nº 796/2.006).

²⁵⁶ SSTS (Penal) 1458/2003, de 7 de noviembre y 696/2012, de 26 de septiembre.

²⁵⁷ STS (Penal) de 16 de julio de 2.009. nº 863/2009.

²⁵⁸ RIVES SEVA, A. P. “Los delitos societarios. Análisis de la Jurisprudencia del TS.” en <http://www.seguridadpublica.es/2014/02/Feb.2014>.

²⁵⁹ STS (Penal) de 26 de junio de 2.012 (nº 532/2012),

²⁶⁰ AP (Penal) Baleares, Sec. 1ª, A 9-9-2010, nº 432/2010, rec. 728/2008.

²⁶¹ STS (Penal) Sala 2ª de 1 febrero 2013. EDJ 2013/11098.

²⁶² STS (Penal) de 16 de marzo de 2.007 y STS (Penal) de 27-1-2006, núm. 42/2006 EDJ 2006/6367.

objetivo (4.1.2.) relativo a la acción típica veremos cómo la Jurisprudencia limita la extensión del precepto, declarando que no toda infracción del deber de información a los socios debe quedar alojado en la órbita penal, antes bien, tal respuesta solo debe quedar reservada para las más graves infracciones y no será típica la conducta de quien en una segunda junta sí entrega la documentación solicitada²⁶³.

En la Doctrina se afirma que el perjuicio patrimonial únicamente surge con claridad en la negación del derecho de suscripción preferente de acciones, pero no en la privación de los derechos de información y de participación de los socios en las funciones de gestión o de control de la actividad social. No puede decirse que estemos ante un delito contra el patrimonio, pues el ilícito se perfecciona con la conducta de obstrucción que impida el ejercicio de aquellos “derechos reconocidos en las leyes”, sin que el quebranto patrimonial se tenga en cuenta en la descripción del tipo²⁶⁴.

Por último, es importante en la delimitación del Bien Jurídico el hecho de que únicamente el titular del mismo o su representante legal pueden denunciar, al ser la denuncia requisito de perseguibilidad²⁶⁵, lo que acentúa la dimensión individual de esta figura penal. Solo al titular del bien jurídico protegido, solo a la persona agraviada compete -como inexcusable requisito de procedibilidad- formular la denuncia, como una verdadera "*legitimatío ad processum*" que le faculta para la iniciación y substanciación del procedimiento, a salvo las iniciativas que puede adoptar el Ministerio Fiscal²⁶⁶, en defensa de los menores, incapacitados o personas desvalidas, y con la excepción de las situaciones que afecten a los intereses generales o a una pluralidad de personas, supuestos éstos

²⁶³ STS (Penal) de 26 de marzo de 2013, nº 330/2013, rec. 739/2012.

²⁶⁴ CALDERÓN CEREZO, A. *Delitos societarios: comentarios a los artículos 290 a 297 CP*. Ed. Bosch. Enero 2.017 Pg. 254

²⁶⁵ Art. 296.1. CP. “Los hechos descritos en el presente Capítulo, solo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.”

²⁶⁶ Estatuto Ministerio Fiscal. Art. 3.7. Ley 30/81.

que no precisarán de previa denuncia, conforme expresa el Código Penal en su art. 296.1 y 2. Estas consideraciones resaltan que la protección es de los intereses de los accionistas, bajo cuya disponibilidad queda la persecución penal, en función de sus conveniencias en su gestión patrimonial²⁶⁷.

Como vemos, late en todas las respuestas jurisprudenciales el carácter fragmentario y subsidiario del Derecho Penal, que obliga a intentar aplicar en primer lugar las normas jurídicas de naturaleza extrapenal en el caso del art. 293 CP y solo cuando ello no bastara, podrá recurrirse al Derecho Penal²⁶⁸, siempre teniendo en cuenta la advertencia jurisprudencial relativa a que la superposición de acciones civiles y penales resulta inevitable, pues la obstrucción del ejercicio de los derechos de los socios legitima la impugnación del acuerdo así viciado y, a la vez, formalmente cumple los requisitos típicos de la figura que nos ocupa²⁶⁹. Lo que no significa que sea necesario un agotamiento previo de los recursos del Derecho civil cuando la Ley no lo ha exigido²⁷⁰.

Finalmente, hay autores que opinan que el bien jurídico protegido en el art. 293 CP guarda alguna similitud con el que ampara el art. 290 CP que castiga las conductas falsarias y busca que la documentación mercantil refleje la imagen fiel de las actividades societarias, pues ambos tipos protegen que la información

²⁶⁷ SAP Sección 3ª (Penal) Málaga, nº 337/15, de 29 de Junio de 2.015.

²⁶⁸ FERNÁNDEZ TERUELO, G. *Instituciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Pág. 45. Lex Nova. Ed. 2013.

²⁶⁹ STS (Penal) 1351/2009, de 22 de diciembre.

²⁷⁰ AAP (Penal) Madrid, Sec. 5ª, 11 de mayo de 2007, nº 2022/2007, Rec. 180/2007. EDJ 2007/122336.

societaria tenga la máxima transparencia, garantizando el derecho a una correcta información de los socios, acreedores y terceros²⁷¹.

2.3 Conclusión.

La legitimación de la intervención penal en el ámbito penal societario abrió el debate sobre la necesidad de criminalizar unos comportamientos que ya constituían ilícitos mercantiles, y que solo su gravedad justifica la intervención penal. La concreción del bien jurídico es la determinación de los contornos del *ius puniendi*, que se complica en el delito del art. 293 CP al ser un tipo que no exige peligro o lesión del patrimonio, pero en todo caso, cualquier versión del bien jurídico ha de partir de los principios de intervención mínima y de última *ratio*.

El Título XIII bajo la rúbrica de los Delitos contra el Patrimonio y contra el Orden Socioeconómico, tutela el patrimonio individual (propiedad, posesión...), y también intereses supraindividuales (relativos a la economía, al sistema financiero...), protegiendo a la sociedad mercantil, a los socios y a terceros, en una salvaguarda en la que también subyace la protección del patrimonio individual. Sin duda, su configuración como un delito de peligro abstracto respecto del patrimonio de los socios complica la concreción del bien jurídico, pues el adelanto de las barreras de protección penal puede alcanzar a acciones u omisiones que no supongan peligro alguno para el bien jurídico.

El art. 293 CP es un delito de peligro abstracto, de mera actividad que describe infracciones de derechos extrapenales que son legales o del socio y que ya se protegían en el Derecho civil y mercantil, prohibiendo conculcar unas facultades concretas de los socios, que son tuteladas por el artículo como el bien jurídico al que pretende dispensar protección, junto con el correcto

²⁷¹ LAUNA ORIOL, C. "Delitos societarios. El delito de la administración desleal". 11 y 12 de mayo de 2.017 mencionando la Consulta 15/1997 de 16 de diciembre de la Fiscalía General del Estado.

funcionamiento social como posible interés penalmente tutelado, y no tanto los derechos de contenido patrimonial, pues en la protección penal del art. 293 CP prima la atención a los derechos políticos del socio. No obstante, también hay que considerar el patrimonio individual, en todos los casos en los que rige la condición de perseguibilidad prevista en el art. 296 CP (salvo cuando afecte a intereses generales o a una pluralidad de personas). Y la protección al derecho de suscripción preferente supone una referencia al perjuicio patrimonial.

La heterogeneidad de las conductas relacionadas en este Título lleva a la Doctrina a distinguir tres dimensiones del bien jurídico, la supraindividual (el orden socioeconómico), la individual (el patrimonio) y el objeto concreto de cada figura delictiva (los derechos inherentes a la condición de socio mencionados en el art. 293 CP).

La Jurisprudencia establece que el artículo 293 CP vela por el correcto funcionamiento de los órganos de administración de las sociedades, y concreta como bien jurídico los derechos básicos (también dice *derechos legales fundamentales*) de los accionistas que no pertenecen al grupo de control de la sociedad, protegidos frente a los ataques de los administradores nombrados por la mayoría, velando por los resortes de control de la gestión social.

3.- El Sujeto Activo en el art. 293 CP. Ampliación legislativa y restricción doctrinal y jurisprudencial.

Introducción.

Una de las principales novedades en la regulación penal societaria²⁷² ha sido considerar como sujeto activo al administrador de hecho, un esfuerzo legislativo contra los espacios de impunidad que favorecían a quienes -sin designación formal- imponían sus decisiones en el actuar de la empresa.

En este Capítulo sobre el sujeto activo desarrollamos los conceptos de administrador de derecho y de hecho, así como la compatibilidad entre el castigo penal a ambos. Dedicamos otro apartado al administrador persona jurídica, en el que desarrollamos cómo opera el principio de culpabilidad cuando la administración de la mercantil se ejerce mediante un consejo de administración.

Finalmente consideramos varios supuestos en los que resulta dudoso si se trata de administradores de derecho o de hecho.

3.1. El sujeto activo. Administrador de derecho y administrador de hecho.

La Doctrina afirma que la nueva tipificación de los conceptos “administrador de hecho y de derecho” ha irrumpido en el ordenamiento penal con una fuerza inusitada, pero no se trata de un patrimonio exclusivo de los delitos societarios (arts. 290 a 297 CP) pues también se aprecia en la cláusula general de actuaciones en nombre de otro, sea persona física o jurídica, del artículo 31 CP²⁷³. Sin embargo, es preciso señalar que se trata de artículos de

²⁷² Artículos 290, 293 y 294 del Código Penal.

²⁷³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Parte Especial. 6ª Edición. 2019. Pg. 471.

ámbitos distintos, pues mediante el art. 31 CP se produce una atribución de la responsabilidad en los casos de actuación en lugar de otro en los supuestos de delitos especiales propios, cuando quien realiza ese comportamiento típico, es el representante (administrador de hecho o de derecho) que no reúne las características de autoría; y por el contrario, en los delitos societarios, no concurre un supuesto de atribución de responsabilidad, sino que, de inicio, los administradores de hecho o de derecho ya son considerados autores idóneos para la realización de las conductas típicas²⁷⁴, y el hecho se les imputará directamente como representante. Como veremos más adelante (3.2) sí será necesario –en algunos casos- acudir al art. 31 CP en los delitos societarios para resolver problemas de autoría, como sucede en el supuesto en que es administrador una persona jurídica²⁷⁵.

El administrador de derecho es un concepto legal, de manera que hemos de estar a la Ley de Sociedades de Capital y al Reglamento del Registro Mercantil, pues su elección y nombramiento ha de ajustarse a los mismos, y también a los Estatutos sociales.

Respecto del administrador de hecho veremos que en la Doctrina se define ya como el sujeto que desenvuelve funciones de administración sin estar, ni haber estado, legitimado para ello, o ya como quien, habiendo sido administrador de derecho, pierde con posterioridad tal condición y continúa desempeñando funciones propias de administración²⁷⁶. También haremos mención al concepto

²⁷⁴ NÚÑEZ CASTAÑO, E. *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Ed. Tirant lo Blanch. 3ª Edición. Valencia, 2019. Pág. 214.

²⁷⁵ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. “Administradores de Hecho y de Derecho en el nuevo CP”. En *El nuevo Código penal. Delitos societarios e insolvencias punibles*. Ed. Banco Central-Hispano, Madrid 1996, p. 144.

²⁷⁶ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. *Los delitos societarios en el Código Penal español*. Ed. Dykinson. Madrid. 1998. Pág. 72.

de administrador de hecho incorporado a la Ley de Sociedades de Capital desde diciembre de 2.014.

El Tribunal Supremo refiere que cuando Legislador habla de "los administradores de hecho o de derecho pone de relieve que, a los efectos punitivos, lo especialmente relevante no es la denominación del cargo que se ostente, sino la función que realmente se desempeñe en el funcionamiento de la sociedad"²⁷⁷. Desarrollamos a continuación ambas categorías.

3.1.1. El administrador de derecho.

La Doctrina afirma que la expresión "administrador de derecho" encierra un término normativo jurídico ya valorado, que debe ser interpretado a la luz de la legislación mercantil²⁷⁸, o sea, la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio), y el Reglamento del Registro Mercantil, (Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio). Respecto del régimen de la administración de la empresa, ambos textos legales nos remiten a la escritura pública de constitución y a los estatutos de las sociedades mercantiles, de manera que la identidad de la persona o personas que se encarguen inicialmente de la administración y de la representación de la sociedad han de constar en esta escritura²⁷⁹ y si la sociedad es de responsabilidad limitada, también ha de constar en la misma el modo concreto de organización²⁸⁰; los estatutos sociales deben concretar el modo de organizar la administración de la sociedad, el número de administradores, plazo del cargo y sistema de retribución²⁸¹.

²⁷⁷ STS (Penal) Sala 2ª de 23 febrero de 2009. EDJ 2009/22887.

²⁷⁸ FARALDO CABANA P. *Los Delitos Societarios*. Pág. 53 y ss. 2ª Ed. 2015. Tirant lo Blanch.

²⁷⁹ Ley de Sociedades de Capital. Art. 22.1,e).

²⁸⁰ Ley de Sociedades de Capital. Art. 22.2.

²⁸¹ Ley de Sociedades de Capital. Art. 23.

Los autores consideran mayoritariamente que administrador de derecho es quien posee facultades y competencias de gestión y representación de la sociedad siempre que su elección y nombramiento se haya ajustado al procedimiento, a los requisitos y a las formalidades previstas tanto por la legislación mercantil como por los propios estatutos sociales. En definitiva, se trata de aquellos casos en los que el nombramiento sea válido y tenga plenos efectos, con la correspondiente formalización e inscripción en el Registro Mercantil²⁸².

La Jurisprudencia afirma que la legislación extrapenal es la que determina los requisitos y formalidades exigidas en su nombramiento para las distintas clases de sociedades y conforme a ello, es administrador de derecho quien ha sido nombrado como tal de acuerdo a las normas legales que rigen la respectiva modalidad societaria y la administra en virtud de un título jurídicamente válido (en la sociedad anónima los nombrados por la junta general de accionistas, LSC art. 21) o, en general, quien pertenezca al órgano de administración de las distintas clases de sociedades, formalizando su nombramiento e inscribiéndolo en el Registro Mercantil²⁸³. Por el contrario, otras opiniones doctrinales rechazan la remisión a las normas mercantiles y defienden un concepto de administrador propio del Derecho Penal, alegando que, aunque el concepto de administrador de derecho o de hecho tiene una significación determinada en el Derecho Mercantil, es impensable una extensión del concepto al ámbito del Derecho Penal, en concreto, de los delitos societarios²⁸⁴.

²⁸² NÚÑEZ CASTAÑO, E. *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Ed. Tirant lo Blanch. 3ª Edición. Valencia, 2019. Pág 214.

²⁸³ STS (Penal) Sala 2ª de 26 septiembre de 2018. EDJ 2018/586527, con cita de STS (Penal) 59/2007 de 26 de enero.

²⁸⁴ BACIGALUPO, E. *"Los delitos societarios en el Código Penal"* 2ª Ed. Marcial Pons. 2005. p. 415 y ss.

En cuanto al nombramiento de los administradores de derecho, el art. 94.1 del Reglamento del Registro Mercantil obliga a que en la Hoja de cada Sociedad se inscriban los nombramientos y cese de los administradores²⁸⁵. Incluso en esta Hoja han de constar quiénes son los apoderados y en quiénes se han delegado facultades. En el Título II del Reglamento del Registro Mercantil (*De la Inscripción de los Empresarios y sus Actos*), en su Capítulo III (*De la Inscripción de las Sociedades en General*) encontramos la Sección Quinta que regula el *Nombramiento y Cese de los Administradores*.

La estructura del órgano de administración en las sociedades de capital tiene un esquema muy similar se trate de sociedades anónimas²⁸⁶ o limitadas²⁸⁷, con cuatro modalidades: a) Administrador único, b) Varios administradores que actúen solidariamente, c) Varios administradores que actúen conjuntamente y d) un Consejo de Administración.

El Reglamento del Registro Mercantil regula la inscripción de los administradores. Así, el art. 138 obliga a hacer constar la identidad de los nombrados, la fecha del nombramiento, así como el plazo y el cargo para el que,

²⁸⁵ Reglamento del Registro Mercantil “Artº 94.1.4º. El nombramiento y cese de administradores, liquidadores y auditores. Asimismo, habrá de inscribirse el nombramiento y cese de los secretarios y vicesecretarios de los órganos colegiados de administración, aunque no fueren miembros del mismo. La inscripción comprenderá tanto los miembros titulares como, en su caso, los suplentes.”

²⁸⁶ Art. 124 del Reglamento del RM, para las Anónimas. 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.

²⁸⁷ Art. 185 RRM para las Limitadas. 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 varios administradores que actúen conjuntamente. d) A un Consejo de Administración integrado por un mínimo de tres y un máximo de doce miembros.

en su caso, hubiese sido nombrado el miembro del Consejo de Administración; nombramiento que se inscribirá a medida en que se vaya produciendo la aceptación de cada uno de los designados (art. 141). En caso de que el administrador sea una persona jurídica, no procederá la inscripción del nombramiento en tanto no conste la identidad de la persona física que aquélla haya designado como representante suyo para el ejercicio de las funciones propias del cargo (art. 143.1), indicando el plazo para el que hubieren sido designados (art. 144). También han de inscribirse la inscripción y el cese (art. 147), así como la separación (art. 148).

La Jurisprudencia establece que si se pretende exigir responsabilidad penal al director o administrador de la persona jurídica, no basta con que el mismo ostente un cargo, sino que además, se exige que haya desarrollado una acción u omisión contributiva a la realización del tipo por el que sea acusado, o dicho de otro modo, deberá realizar algún acto de ejecución material que contribuya al resultado típico²⁸⁸, adoptando decisiones con trascendencia penal. Con este marco jurídico el Tribunal Supremo dicta sentencia condenatoria afirmando que la condición de sujeto activo debe vincularse a la disponibilidad de los poderes o facultades que permiten la ofensa del bien jurídico protegido, desde el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico²⁸⁹. Es importante el razonamiento de esta Sentencia que basa la condena del administrador de derecho en el concepto de la llamada "autoría social-funcional", invocando la doctrina contenida en sucesivas sentencias²⁹⁰ que recuerdan cómo los delitos producidos en el ámbito organizativo y empresarial no suelen responder -por regla general- a comportamientos criminales aislados de una sola persona, sino que más bien son el resultado de la conjunción de numerosas acciones, así como de diversas personas entre las que se reparten decisiones y omisiones; y junto a

²⁸⁸ STS (Penal) 297/2005, de 7 de marzo. EDJ 2005/33601.

²⁸⁹ STS (Penal) Sala 2ª, Sec. 1ª, de 15 de octubre de 2018, nº 467/2018, rec. 2952/2017. EDJ 2018/649910.

²⁹⁰ STS (Penal) 607/2010, de 30 de junio (EDJ 2010/133424), 398/2012, de 5 de julio, 86/2017, de 16 de febrero (EDJ 2017/9047).

ello, el Derecho Penal se encuentra frente a la realidad con mayores dificultades immanentes al sistema ya que, a menudo, deberá responder a la cuestión de quién, como sujeto individual, debe ser, en el ámbito de una empresa, el responsable de las infracciones externas de determinados deberes. En un contexto de organización empresarial la aplicación de la autoría "social-funcional" y del "concepto social de autor" llevan a considerar autor a aquél que realmente domina la organización -sea empresarial o de otro tipo- en la que se produce un resultado penalmente responsable, de manera que el dominio del hecho se sustituye por la responsabilidad social y se basa en los criterios social- funcionales referidos; por ello –dice el Tribunal Supremo- *las actividades y formas de actuar de la empresa se imputan penalmente, en primer lugar, a los directivos de la empresa como acciones propias, siguiendo el orden interno de atribución de responsabilidad, y en segundo lugar, o en segunda línea la imputación a los subordinados en atención a las propias circunstancias del caso concreto*²⁹¹.

La Audiencia Provincial de Las Palmas afirma 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 que el Derecho Penal, a través de semejantes tipos, protege"²⁹².

La Audiencia Provincial de Burgos afirma que "*por administradores de derecho se entiende en cada sociedad, los que administren en virtud de título jurídicamente válido, y en la sociedad anónima los nombrados por la Junta General... o en general, los que pertenezcan al órgano de administración de la sociedad inscrita en el Registro Mercantil*"²⁹³. Dentro de las sociedades

²⁹¹ STS (Penal), Sec. 1ª, de 15 de octubre de 2018, nº 467/2018, rec. 2952/2017. EDJ 2018/649910.

²⁹² SAP Las Palmas, sec. 1ª, 27 de febrero de 2015, nº 44/2015, Rec. 944/2014.

²⁹³ SAP (Penal) Burgos, 14 de diciembre de 2.000.

mercantiles se distingue fundamentalmente entre los administradores de las sociedades personalistas y los de las sociedades capitalistas²⁹⁴, de manera que en las sociedades colectivas hemos de ir al régimen jurídico del Código de Comercio²⁹⁵, y también en las comanditarias²⁹⁶ (aquéllas en las que coexisten dos tipos de socios: los colectivos, con responsabilidad ilimitada, y los comanditarios, con responsabilidad limitada). En las limitadas y anónimas hay que estar a la Ley de Sociedades de Capital.

Si bien el concepto de administrador de derecho está definido en la Ley de Sociedades de Capital y en el Reglamento del Registro Mercantil, en cambio, la figura del administrador de hecho presentaba una mayor confusión, lo que abrió un amplio debate doctrinal y jurisprudencial²⁹⁷ del que ha resultado un concepto legal en la Ley de Sociedades de Capital (su reforma de diciembre de 2.014) que veremos en el apartado siguiente y que considera administrador de hecho tanto a quien realmente desempeñe la administración (sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título) como a la persona bajo cuyas instrucciones actúen los administradores²⁹⁸.

²⁹⁴ FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*. 2ª Ed. 2015. Tirant lo Blanch. Pág. 54.

²⁹⁵ Código de Comercio, art. 125 en la escritura social de la compañía colectiva deberá expresar, tras la identificación de los socios y la razón social, El nombre y apellido de los socios a quienes se encomiende la gestión de la compañía y el uso de la firma social.

²⁹⁶ Código de Comercio, art. 145. En la escritura social de la compañía en comandita constarán las mismas circunstancias que en la colectiva.

²⁹⁷ RODRÍGUEZ MOURULLO, G. "*Estudios de Derecho Penal Económico*". 2.009 Ed. Civitas. Págs. 63 y ss.

²⁹⁸ Art. 236.3 LSdC. La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad.

3.1.2. El administrador de hecho.

La Doctrina considera que, en la noción clásica, es aquel sujeto que ejercita de hecho los poderes inherentes al puesto de administrador, sin estar regularmente investido para tal fin y comprende en él dos supuestos diferenciados: el del sujeto que desenvuelve funciones de administración sin estar, ni haber estado, legitimado para ello, y el del sujeto que habiendo sido administrador de derecho, pierde con posterioridad tal condición y continúa desempeñando funciones propias de administración²⁹⁹. En la Jurisprudencia se afirma que se pretende así 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 y que 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 penales³⁰⁰.

Disponemos de un concepto reciente de administrador de hecho en el art. 236.3 de la Ley de Sociedades de Capital, que introdujo una figura bien perfilada, al disponer: “... *tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad*”. Es un concepto que recoge tanto al administrador en cuyo nombramiento existe una irregularidad formal, como a la persona que domina el actuar de los administradores.

Antes de esta reforma la noción jurídico mercantil del administrador de hecho se refería únicamente al administrador cuyo nombramiento adolecía de alguna irregularidad formal, desde la falta de inscripción hasta los supuestos de

²⁹⁹ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. *Los delitos societarios en el Código Penal español*. Ed. Dykinson. Madrid. 1998. Pág. 72.

³⁰⁰ STS (Penal) Sala 2ª de 26 septiembre de 2018. EDJ 2018/586527.

mandato caducado. Una concepción que fue objeto de numerosas críticas sobre todo porque dejaba al margen del Derecho Penal un elevado número de situaciones en las cuales quien realmente administra o gestiona es un sujeto respecto del que no existe nombramiento alguno, ni regular ni irregular, como puede ser el caso de la actuación mediante testaferros. Y así, consideraba que el concepto de administrador de hecho a efectos penales tenía que ser más amplio que el mercantil, atendiendo a la relación material y fáctica del sujeto en cuestión con el bien jurídico que se protege. En esta línea, el Tribunal Supremo afirma que quien ostenta fácticamente el dominio sobre la estructura social (dominio funcional social) será considerado administrador de la misma, aunque no pertenezca formalmente a la sociedad o no aparezca en el organigrama³⁰¹.

La Doctrina afirma que la categoría del administrador de hecho debe abordarse desde una perspectiva sustancial, no sometida automáticamente al criterio del Derecho mercantil o civil. Las razones son al menos dos. Formalmente el Derecho privado no requiere de una Ley Orgánica (con lo que no pueden vincular sus conceptos al intérprete penal, salvo que concurran los requisitos de una Ley penal en blanco). Y materialmente no son coincidentes los fines perseguidos por aquellos sectores del Derecho privado y por el Derecho Penal. Y abordando el concepto de administrador de hecho desde el punto de vista sustancial, puede partirse de la idea de que administrar es gobernar o dirigir y, por consiguiente, administrador de hecho será el que gobierna o dirige, sin necesidad de que tales competencias sean globales, siendo suficiente con que lo sean simplemente sectoriales, considerando como tal a cualquier persona que, vinculada a la sociedad de alguna manera, tuviese capacidad real de tomar decisiones socialmente relevantes, globales o parciales, sobre las cuestiones atinentes al giro de la empresa, ejerciendo el efectivo dominio social, aunque sea en áreas concretas, lo que incluiría, por ejemplo, al administrador de derecho cuyo nombramiento hubiera caducado, o en el que concurran causas insalvables de prohibición, incapacidad o inhabilitación, y aquellos cuyos nombramientos o

³⁰¹ STS (Penal) de 19 de abril de 2012, nº 286/2012, Rec. 731/2011 (Tol 2540535). EJD 2012/90328.

ceses no hayan sido aún inscritos en el Registro mercantil³⁰². Vemos cómo predomina la teoría del dominio social, que valora la relación entre el sujeto activo y el bien jurídico de tal manera que será administrador de hecho quien accede al ejercicio del dominio sobre la estructura social en la que se protege el bien jurídico, con el reconocimiento -por lo menos tácito- de la sociedad³⁰³.

Otros autores afirman que se entiende por administrador de hecho a cualquier persona que manda en la sociedad, por ejemplo, el accionista mayoritario que -desde atrás- impone las decisiones a los administradores de derecho, o también aquella persona que de algún modo, actúa en nombre de la sociedad -como los apoderados- y comprendería a todos aquellos sujetos que de hecho ejerzan las funciones propias del cargo de administrador, en cuanto que órgano de gestión y representación de la sociedad; se trataría de un concepto jurídico pendiente de valoración³⁰⁴. Y otras opiniones definen que administrador de hecho es quien tiene atribuidas -de hecho- las mismas funciones de gobierno y representación que la Ley y los estatutos atribuyen a los administradores de derecho, si bien no poseen formalmente esa condición; es el caso del defecto formal de la designación, de los administradores designados que actúan antes de aceptar formalmente el cargo, o que actúan con mandato vencido, o el supuesto de los administradores que han sido nombrados sin advertir que concurrían causas insalvables, insubsanables de prohibición, de incapacidad o de inhabilitación; y es necesario que el ejercicio de funciones de administración ha de llevarse a cabo con la aceptación al menos tácita de la sociedad y frente a terceros³⁰⁵. De manera que la importancia está en la relación externa del agente con el bien jurídico, es decir, en la posición de un sujeto que ha entrado en una

³⁰² GÓMEZ TOMILLO, M. *Instrumentos jurídicos de tutela y ejecución de las potestades de inspección y supervisión administrativa de sociedades que operan en los mercados. Art. 294 CP Entrada y registro domiciliario con ocasión de investigación de infracciones administrativas*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 1ª Ed. 2.019. Págs. 34-35.

³⁰³ RÍOS CORBACHO, J. M. "Los delitos societarios: Una aproximación al sujeto activo", en *Revista Jurídica Región de Murcia*, nº 26 (1999), p. 23.

³⁰⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*. 6ª Edición. 2.019. Pág.473.

³⁰⁵ FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*. 2ª Ed. Editorial Tirant lo Blanch. 2015. Pág. 56.

esfera de dominio respecto de los bienes jurídicos protegidos en dicha esfera³⁰⁶. La actuación del administrador de hecho ha de ser fáctica y materialmente idéntica a la del administrador de derecho, y ello determina que sea preciso que en el sujeto concurren, al menos, una mínima apariencia jurídica y el consentimiento tácito de los socios, y que realice las funciones propias del cargo de administrador, en cuanto órgano de gestión y representación de la sociedad, lo que permitirá incluir en el ámbito típico de las figuras delictivas desde las que abarcan a aquellos que ejercen el dominio social en la sombra (levantamiento del velo), hasta los que actúan en base a una situación jurídica no formalizada o limítrofe. En definitiva, serían administradores de hecho los promotores, fundadores, apoderados, consejeros delegados, directores gerentes, etc.; del mismo modo, serían supuestos de administración de derecho la de los liquidadores o administradores judiciales, entre otros³⁰⁷.

Hemos mencionado la novedad en la noción mercantil de administrador de hecho del art. 236 n° 3 de la LSdC (ref. 2014), un concepto amplio que puede servir a efectos penales pues también engloba tanto *a quien desempeña las funciones de administrador* (sin título, con título nulo o extinguido o con otro título), como a la persona *bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad*; se trata de una definición que se acomoda mejor a las exigencias de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo³⁰⁸, partidaria de una interpretación amplia del concepto que integre 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 punibilidad de quienes se valen de las formalidades previstas en el ordenamiento para la administración de la sociedad. Así, desde esta perspectiva será administrador de hecho quien, sin ostentar formalmente la condición de

³⁰⁶ FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*. 2ª Ed. Editorial Tirant lo Blanch. 2015. Pág. 57.

³⁰⁷ NÚÑEZ CASTAÑO, E. *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Ed. Tirant lo Blanch. 3ª Edición. Valencia, 2019. Págs. 214-215.

³⁰⁸ STS (Penal) Sala 2ª de 26 enero de 2007. EDJ 2007/5399.

administrador de la sociedad, ejerza los poderes de decisión de la sociedad de un administrador de derecho, con un poder de decisión de forma permanente y no sujeto a esferas superiores de aprobación o decisión, y todas estas situaciones han de quedar acreditadas en el proceso penal correspondiente para que un acusado pueda ser considerado administrador de hecho.

El Tribunal Supremo establece que administrador de hecho es la “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, ejerciendo los actos de administración que constituyen las conductas que se definen en los distintos tipos penales”³⁰⁹; y exige la acreditación de una función de dirección real, con independencia de la formalidad del nombramiento, a fin de que, por ejemplo, se trate del destinatario real de la obligación de veracidad, en el caso concreto de la presentación de las cuentas anuales³¹⁰.

La Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales llega a considerar administrador de hecho a quien controla finalmente la mayoría del capital social de una empresa a través de otras sociedades valorando las facultades del acusado para imponer su decisión, afirmando que por administrador de hecho hay que entender quien tácticamente domina la sociedad, aunque jurídicamente no figure en el organigrama ni ostente ningún cargo en la sociedad; considera importante pues, la capacidad de decisión para poder atribuir la autoría. Tiene en cuenta el protagonismo en la gestión social (*“Todos los que declararon en el juicio manifestaron que él fue quien tomó todas las decisiones respecto a los movimientos de dinero”*), y la participación en el capital social, (*“...controlaba a través de otras sociedades el 46 % más el 20 % del capital social, a lo que más adelante añadiría otro 12 %”*)³¹¹. Atiende a la disponibilidad del sujeto para

³⁰⁹ STS (Penal) 816/2006, de 26 de julio. EDJ 2006/109825. STS (Penal) de 26 septiembre de 2018. EDJ 2018/586527.

³¹⁰ STS (Penal) de 26 de enero de 2007, nº 59/2007, Rec. 1064/2006

³¹¹ SAP de Baleares (Penal) de 25 de mayo de 2.015, nº 82/2015, Rec. 45/2.014.

causar la ofensa al bien jurídico, a través de su control sobre la estructura social, razonando que la condición del sujeto activo debe vincularse a la disponibilidad de los poderes o facultades que permiten la ofensa al bien jurídico protegido, con el dominio sobre la vulnerabilidad jurídico-penalmente relevante del bien jurídico. Al tratarse 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 que el Derecho Penal, a través de semejantes tipos, protege*". Y así, consideran situaciones relevantes:

-que el administrador de la sociedad obedezca a las directrices y órdenes que marca el administrador de hecho de la sociedad.

-o que el administrador de hecho realice actos relevantes en la gestión, como puede ser, por ejemplo, el que la Memoria abreviada del ejercicio y el Informe de gestión vayan firmados por el administrador de hecho³¹².

3.1.2.1. El dominio social de las funciones de administración. Acceso al bien jurídico protegido.

La Doctrina afirma que el art. 293 CP es un delito de dominio que permite extender el concepto de administrador de hecho a todas aquellas personas que tengan el dominio social de las funciones de administración y será aplicable a todos aquellos sujetos que de hecho ejerzan las funciones propias del cargo de administrador, en cuanto que órgano de gestión y representación de la sociedad³¹³. El criterio de imputación es el dominio del hecho, de manera que el sujeto activo tiene un poder de disposición sobre la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, y habiendo accedido al bien jurídico, queda obligado por la norma penal a actuar de una determinada forma, o a abstenerse de actuar³¹⁴. En estos delitos, el concepto de administrador de hecho debe ser dotado de contenido caso

³¹² SAP Las Palmas, Sección 1ª, (Penal), de 27 de febrero de 2015, nº 44/2015, Rec. 944/2014.

³¹³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Parte Especial. 6ª Edición. 2.019. Pág.473.

³¹⁴ FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*. 2ª Ed. Editorial Tirant lo Blanch. 2015. Pág. 58.

por caso, con el fin de determinar quién, en ausencia de nombramiento, tiene acceso al dominio social sobre el bien jurídico. El administrador de hecho tiene una especial posición de dominio del ámbito de protección de la norma, denominada en la Doctrina como “dominio social”³¹⁵, que alude a la relación existente entre los sujetos que desarrollan determinadas funciones sociales y los bienes jurídicos implicados en el ejercicio de dichas funciones que se concreta en dos criterios normativos: el dominio social como accesibilidad al bien jurídico y la implicación del bien jurídico en el ejercicio de una función social derivada de un *status* personal³¹⁶.

Otras opiniones doctrinales afirman que el criterio del dominio social sirve para averiguar las posibilidades que tiene un sujeto de realizar la acción típica, pues quien ostenta el dominio social tiene un mayor acceso al bien jurídico, y le resulta más fácil lesionarlo o ponerlo en peligro. Los sujetos que ejercen el dominio social asumen una posición de garante del bien jurídico protegido, porque tienen el deber de garantizar su protección, un deber de acción consistente en asegurar la consecución de una situación ideal en que debe encontrarse el bien jurídico³¹⁷.

La Jurisprudencia considera que “administrador de hecho” es la persona que por sí sola o juntamente con otras, adopta o impone sus decisiones en la gestión, es quien gobierna desde la sombra, siendo el administrador de derecho un hombre de paja o simple testafierro³¹⁸. Es un concepto que integra en su comprensión las situaciones de ejercicio real de las funciones de administración dando preferencia a la realidad económica y comercial frente a la realidad

³¹⁵ GRACIA MARTÍN, L. *El actuar en nombre de otro en Derecho penal, I. Teoría General*. 1985, pg. 370.

³¹⁶ GÓMEZ MARTÍN, V. *Los Delitos Especiales*. Ed. B de f. 2.006. Montevideo, Buenos Aires. Pág. 209.

³¹⁷ RUEDA MARTÍN, M.A. RDPC 2001 “Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración pública”, en *REDPC 2001 (8)* pp. 146.

³¹⁸ SsTS (Penal) 59/2.007, de 26 de enero (RJ 2007; 1.586) y 816/2.006, de 26 de julio (RJ 2006; 7317).

registrar³¹⁹. De manera que sobre la formalización o no de un nombramiento, va a primar la consideración de la realización efectiva de funciones de administración, del poder de decisión de la sociedad, y de la realización material de funciones de dirección de forma permanente, no sujeta a esferas superiores de aprobación o decisión.

El Tribunal Supremo establece que “si se constata que en la empresa se ha cometido un delito no puede concluirse, sin más, que el responsable sea el administrador”³²⁰.

3.1.2.2. El administrador oculto. El responsable en la sombra (“shadow director”).

Los autores excluyen al administrador oculto del concepto de administrador de hecho pues falta la exteriorización de sus funciones. Su conducta se encuadra en la participación (inducción, cooperación necesaria o complicidad) en el delito societario cometido por el administrador³²¹.

Por el contrario, otros autores -partidarios de exigir únicamente el poder de decisión en la empresa- incluyen al administrador oculto como administrador de hecho, entendiendo que son personas que permanecen absolutamente en la sombra, pero que poseen realmente el poder de decisión en la empresa y que dictan a los administradores de derecho qué es lo que tienen que hacer. Aluden a razones de justicia material para incluirlo, ya que entiende que “su peligro potencial para los bienes jurídicos es mucho mayor para la situación de

³¹⁹ STS (Penal) Sala 2ª de 26 enero de 2007. EDJ 2007/5399.

³²⁰ STS (Penal) de 30 junio de 2010, nº 607/2010.

³²¹ FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*. 2ª Ed. Tirant lo Blanch. 2015. Pág. 59.

impunidad en la que se quiere colocar, intentando eludir de forma directa sus responsabilidades”³²².

3.1.3. Compatibilidad entre el administrador de derecho y el de hecho.

En una misma sociedad, la compatibilidad entre un administrador de hecho y otro de derecho, se admite en ocasiones por la Jurisprudencia³²³, en función de las circunstancias del caso concreto, aceptando la responsabilidad concurrente entre ambos conforme expresa la STS (Penal) de 16 de julio de 1999 (RJ 1999, 6184): “la inclusión del artículo 31 CP del administrador de hecho no excluye la del que administre de derecho la entidad jurídica en cuestión”. Si ambos tuvieran dominio funcional del hecho, responderían entonces como coautores (STS -Penal- de 14 de julio de 2003, RJ 2003, 6033). En otros casos, podrían bajarse diversas fórmulas de autoría y participación³²⁴.

En otras sentencias se afirma rotundamente la imposibilidad de sancionar como autor al administrador de hecho cuando a su lado actúa uno de derecho, de manera que, si éste actúa siguiendo órdenes de una persona ajena a la administración, debe ser considerado autor del delito societario de que se trate, mientras que “el hombre de atrás” puede ser castigado como inductor³²⁵. En la Doctrina se afirma que quien manda desde atrás, sin formar parte de hecho o de derecho del órgano de administración, no podrá ser autor de estos delitos, ni siquiera autor mediato, porque la autoría mediata es una forma de autoría, y por

³²² FERRÉ OLIVÉ, J.C. “Sujetos responsables en los delitos societarios”, en RP nº 1, 1.997, p. 24. Citado por Faraldo Cabana, obra citada.

³²³ Las Ss TS (Penal) 696/2.012 de 26 de septiembre y 59/2.007, de 26 de enero admiten esta compatibilidad.

³²⁴ BENITO SÁNCHEZ, D., “Problemas específicos de autoría y participación”, en CAMACHO VIZCAÍNO, ANTONIO (Dir). *Tratado de Derecho Penal Económico*, Tirant lo Blanch. 1ª Ed. 2019. Pág. 87.

³²⁵ FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*, p. 61. 2ª Ed. Editorial Tirant lo Blanch. 2015.

consiguiente, quien no posee la especial cualidad requerida para ser autor inmediato o directo, tampoco lo puede ser mediato, de manera que el que manda desde atrás podrá ser partícipe (inductor, cooperador necesario o cómplice) pero no autor. Lo mismo cabe decir de quien sin ser miembro de hecho o de derecho del órgano de administración, actúa en nombre de la sociedad, como sucede con el apoderado³²⁶. Y se afirma la condena al administrador de hecho, cuando el administrador de derecho no actúa y se limita a figurar como testafarro, considerando que quien realiza la conducta típica es otra persona que asume de hecho funciones de administración frente a terceros, con el consentimiento de la sociedad, que es quien debe responder como administrador de hecho del delito societario, y el testafarro como cómplice o cooperador necesario³²⁷.

En una situación de coexistencia en una empresa de un administrador de derecho y otro de hecho, la Audiencia Provincial de Burgos considera que no es posible la comisión simultánea del delito por un administrador de hecho y por uno de derecho, porque existe un administrador legalmente nombrado y en el ejercicio de sus funciones, y se basa en que el tipo incorpora una conjunción disyuntiva "administrador de hecho o de derecho", lo que indica que autor directo en el delito solo puede ser la persona que tenga la condición de administrador; de tal manera, que si existe una situación societaria regular con la sociedad constituida y con designación de los órganos de gestión, administración y representación, el autor directo solo podrá ser, a los efectos del art. 28 CP, el administrador de derecho de la sociedad en el ejercicio de sus funciones. Esta Sentencia burgalesa concluye que solo en el caso de que la sociedad no esté constituida o no se hayan designado los órganos de gestión y representación de la sociedad, el delito lo cometerá, como autor directo, el administrador de hecho, es decir quien actúa frente a terceros con capacidad para representar y para obligar a la sociedad³²⁸.

³²⁶ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. "Administradores de Hecho y de Derecho en el nuevo CP". En *"El nuevo Código penal. Delitos societarios e insolvencias punibles"*. Ed. Banco Central-Hispano, Madrid 1996, p. 144.

³²⁷ FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*. 2ª Ed. Editorial Tirant lo Blanch. 2015 pág. 61.

³²⁸ SAP (Penal) Burgos de 7 febrero de 2003. EDJ 2003/10650.

3.2. El Administrador es una Persona Jurídica.

La Ley de Sociedades de Capital permite que los administradores de estas mercantiles sean personas físicas o jurídicas³²⁹ lo que plantea el problema de la responsabilidad penal de los integrantes del órgano de administración, lo que va a exigir individualizar la actuación de cada uno en este ámbito y así establecer a quiénes va a alcanzar la responsabilidad penal. Se habla de delito colegial para una situación que se consolida en las sociedades de capital como es que su administración y gestión se confíe a un órgano colegiado³³⁰.

En el caso del administrador sea persona jurídica, ésta debe designar a una sola persona natural para el ejercicio permanente de sus funciones³³¹, lo que es preceptivo para que el Registrador mercantil inscriba el nombramiento³³². Legalmente no se exigen requisitos para ser administrador, pero sí se regulan las prohibiciones en el art. 213 de la LSdC³³³. También existen preceptos similares

³²⁹ LSdC. Art. 212.1. Los administradores de la sociedad de capital podrán ser personas físicas o jurídicas.

³³⁰ RÍOS CORBACHO, J. M. "Los delitos societarios: Una aproximación al sujeto activo". En *Revista Jurídica Región de Murcia* nº 26 (1999). Pág. 14.

³³¹ LSdC. Art. 212. Bis. 1. En caso de ser nombrado administrador una persona jurídica, será necesario que ésta designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo.

³³² Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. Art. 143.1. En caso de administrador persona jurídica, no procederá la inscripción del nombramiento en tanto no conste la identidad de la persona física que aquélla haya designado como representante suyo para el ejercicio de las funciones propias del cargo.

³³³ LSdC. Art 213. nº 1. No pueden ser administradores los menores de edad no emancipados, los judicialmente incapacitados, las personas inhabilitadas conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso y los condenados por delitos contra la libertad, contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por cualquier clase de falsedad, así como aquéllos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio. Nº 2. Tampoco podrán ser administradores los funcionarios al servicio de la Administración pública con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias

existen en otras normas especiales: cfr. art. 47.1 del Reglamento de la Sociedad Europea; art. 34.1.3 de la Ley de Cooperativas; art. 12.2 de la Ley 12/1991, de Agrupaciones Europeas de Interés Económico; art. 19.2 del Reglamento de Agrupaciones Europeas de Interés Económico. La Ley 25/2011 de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas³³⁴, se limita a incorporar en una norma con rango de ley formal lo que dice el art. 143 del Reglamento del Registro Mercantil³³⁵ en la interpretación dada a esa norma por la doctrina de este Centro Directivo³³⁶.

El nombramiento de la persona natural como representante de la sociedad administradora es competencia de su órgano de administración, como responsabilidad incluida dentro del ámbito competencial de éste, conforme establecen los arts. 225 y ss. y 233 y ss. de la Ley de Sociedades de Capital. La DGRyN establece que queda, obviamente, siempre a salvo la posibilidad de que los estatutos de la sociedad nombrada administradora reserven la facultad de designación a la junta general, sin perjuicio, claro es, que esa limitación será ineficaz frente a terceros en aplicación de lo que establece en art. 234.1.2 de la Ley de Sociedades de Capital³³⁷.

de las sociedades de que se trate, los jueces o magistrados y las demás personas afectadas por una incompatibilidad legal.

³³⁴ BOE el 2 de agosto de 2011.

³³⁵ RRM. Art. 143. Sobre el nombramiento de administrador persona jurídica. 1. En caso de administrador persona jurídica, no procederá la inscripción del nombramiento en tanto no conste la identidad de la persona física que aquélla haya designado como representante suyo para el ejercicio de las funciones propias del cargo. 2. En caso de reelección del administrador persona jurídica, el representante anteriormente designado continuará en el ejercicio de las funciones propias del cargo, en tanto no se proceda expresamente a su sustitución.

³³⁶ Res. DGRN de 10 julio de 2013. Registro Mercantil. EL DERECHO. EDD 2013/147341.

³³⁷ Res. DGRN de 10 julio de 2013. Registro Mercantil. EL DERECHO. EDD 2013/147341.

En consecuencia, siempre tendremos a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador, y solo así, el nombramiento del administrador persona jurídica será eficaz.

3.3. La responsabilidad penal individualizada cuando el órgano de administración es colegiado.

En el ámbito mercantil, la Ley societaria establece un régimen de responsabilidad solidaria de los administradores por sus acciones u omisiones del que no puede exonerarse “en ningún caso”, incluso aunque el acto lesivo haya sido autorizado o acordado por la junta, como precisa el art. 237 de la Ley de Sociedades de Capital³³⁸. La aplicación de dicha norma da lugar a valorar si una decisión constitutiva de delito del órgano colegiado puede dar lugar también a la responsabilidad penal de todos sus miembros³³⁹.

En el supuesto de atribución de responsabilidades personales cuando la decisión infractora se haya tomado por órganos colegiados, la unidad formal de los acuerdos de los órganos colegiados pugna con el principio básico de que la responsabilidad penal es únicamente de carácter personal, por lo que en la Doctrina se afirma que será preciso deslindar la aportación material de cada uno de los miembros a la conducta constitutiva del injusto penal, para ponderar así el

³³⁸ Art. 237 LSdC. “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”

³³⁹ LAUNA ORIOL, C. “*Delitos societarios. El delito de la administración desleal*”. Jornadas Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada 11 y 12 de mayo de 2.017.

grado de responsabilidad particularizadamente³⁴⁰, pues el Derecho Penal no puede admitir una atribución en bloque de responsabilidades penales³⁴¹.

La referencia del art. 293 CP al administrador de hecho o de derecho, no significa que el tipo sea aplicable –sin más– a todos los miembros de un órgano de administración. Para poder imputar responsabilidad penal a un cargo social es necesario que concurren dos circunstancias: que haya realizado personalmente la conducta típica u omitido la conducta debida en la situación típica, y que asuma efectivamente la gestión de la empresa, de manera que la mera condición de representante de la empresa no puede llevar automáticamente a un pronunciamiento condenatorio, si antes no se demuestra que tenía aquél el dominio del hecho que desde la perspectiva del principio de culpabilidad es exigible. En consecuencia, el Tribunal Supremo absuelve al consejero que no tenía capacidad para tomar decisiones, si se acredita que la dirección efectiva de la mercantil era desempeñada por otro consejero y afirma sobre la posible atribución de responsabilidad penal por omisión: *“para la existencia de una omisión delictiva, se hace imprescindible que el autor haya tenido capacidad de realización de la conducta omitida. No es suficiente para la integración del delito de omisión que el autor haya tenido formalmente la obligación de actuar si de hecho no ha podido hacerlo*³⁴². La absolución se basa en el carácter puramente formal de su nombramiento, y en que el administrador no tuviese capacidad alguna para tomar decisiones en el ámbito de la dirección efectiva de la empresa. La Jurisprudencia exige la concurrencia de *“una posición de dominio en relación concreta con el hecho delictivo de que se trate, de tal forma que podrán ser condenados quienes realizaren la actuación delictiva, y quienes, siendo dirigentes de la empresa, conociendo lo que estaba ocurriendo y teniendo poderes para impedirlo, no lo hicieron, consintiendo así en una actividad*

³⁴⁰ MATA Y MARTÍN, R.M. “Los delitos societarios en el Código Penal de 1.995”. En *Revista de Derecho de Sociedades. Aranzadi Editorial* nº 5, 1995.

³⁴¹ FERNÁNDEZ TERUELO J.G. Los Delitos Societarios en el Código penal español. Dykinson. Madrid. 1998. Pág. 80.

³⁴² STS (Penal) de 26 de diciembre de 2.001, nº 2476/2001.

*delictiva realizada en el seno de la sociedad que dirigían y que, por ello, tenían la facultad y el deber de impedir*³⁴³. El Tribunal Supremo afirma que cada uno de los consejeros se encuentra obligado a hacer lo que le sea posible y exigible según las circunstancias del caso, y respecto del consejero disidente ante un acuerdo delictivo, declara que no le basta el voto en contra para excluir su responsabilidad penal, sino que viene obligado a impedir el resultado derivado del mismo, pues no solo dispone de la opción de impugnar judicialmente el acuerdo, solución no especialmente gravosa, sino que, además, debe hacerlo, al venir legalmente obligado a defender el interés social, que innegablemente se verá perjudicado por la decisión delictiva, así como el los socios o partícipes, sin perjuicio además de evitar daños a terceros³⁴⁴. Hay que estar a la conducta desplegada con posterioridad a la adopción del acuerdo delictivo y, especialmente, a si se hizo todo lo necesario para evitar la comisión del delito.

En el mismo sentido, otra Sentencia del Tribunal Supremo de 2010 afirma que la sola condición de miembros del Consejo de Administración no les hace penalmente responsables de todos los actos delictivos cometidos por los demás miembros que de alguna forma se relacionen con la actividad de la sociedad, pues no existe una obligación especial de vigilancia respecto de todas y cada una de las actividades de aquellos que fueran más allá de lo autorizado, en relación con la actividad propia de la sociedad y con las normas que la regulan. Es una Sentencia que obliga a examinar qué posición ocupan los consejeros respecto del autor activo, e impone valorar si existe o no una posición de superioridad que les confiriera alguna autoridad sobre él, atendiendo a las funciones concretas de cada miembro del Consejo, cuyo deber va a ser el desempeñar sus propias conductas de forma correcta e informarse de la marcha de la sociedad, pero exigiéndole una especial obligación de vigilancia de las actuaciones de los demás miembros del Consejo que alcance a todos los aspectos de su conducta y que incluya los delitos

³⁴³ STS (Penal) de 22 de mayo de 2.000, nº 846/2000.

³⁴⁴ STS (Penal) de 25 de Octubre de 2002 (con cita de la STS de 23/04/1992, caso del “aceite de colza”).

cometidos aprovechando sus actividades legales. Si en la información ordinariamente disponible sobre la marcha de la sociedad, que los miembros del Consejo deben conocer diligentemente, no aparece nada que indique la existencia de una acción delictiva, la sola condición de consejero no tendrá relevancia penal³⁴⁵.

El principio de culpabilidad que rige el Derecho Penal impide que la decisión del órgano de administración colectivo implique la automática imputación penal para todos sus miembros en el mismo grado de responsabilidad. La Doctrina es unánime considerando que rigen las reglas generales que prevén la responsabilidad en los supuestos de delitos cometidos por varias personas, y con base a tales reglas habrá que averiguar cuál fue la contribución real de cada sujeto a la ejecución de un hecho delictivo³⁴⁶. De manera que los autores penales se oponen al “delito colegial”, pues ello supondría no solo conculcar la naturaleza individual y estrictamente personal de la responsabilidad penal, sino hacer responder de igual modo a los que han obrado de forma dolosa y a los que han obrado con simple negligencia; en consecuencia, afirman que los casos de responsabilidad penal por la toma de decisiones del órgano colegiado de administración habrán de resolverse mediante la normal aplicación de las reglas de participación³⁴⁷.

3.4. Supuestos dudosos.

Vemos en este apartado casos concretos sobre posibles sujetos activos de este delito. Hay una pléyade de sujetos, con distintas denominaciones, que también ejercen dichas funciones en distintos momentos de la vida social

³⁴⁵ STS (Penal) de 11 de marzo de 2.010, nº 234/2010, rec. 1768/2009. EDJ 2010/21708.

³⁴⁶ LAUNA ORIOL, C. "*Delitos societarios. El delito de la administración desleal*". Jornadas Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada. 11 y 12 de mayo de 2.017.

³⁴⁷ FERNÁNDEZ TERUELO J.G. *Los Delitos Societarios en el Código penal español*. Ed. Dykinson. Madrid. 1998. Pág. 80.

(fundadores, promotores, administradores concursales, presidente y secretario de la Junta general).

Analizamos a continuación los “supuestos dudosos” desarrollados en la Doctrina³⁴⁸, comenzando por los defectos en el nombramiento: falta de aceptación expresa del nombramiento (aceptación tácita o implícita); falta de publicidad del nombramiento; y nulidad inicial del nombramiento por existir una causa originaria o sobrevenida de inelegibilidad. Veremos también la renuncia válida sobrevenida, revocación expresa o cese en el cargo por cumplimiento del término.

3.4.1.- Falta de aceptación expresa del nombramiento (aceptación tácita o implícita).

En este caso no existe propiamente administrador de hecho, sino de derecho, aunque el art. 214.3 de la LSdC establece que “*el nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de la aceptación*”, que podrá producirse incluso de forma verbal, pues no tiene un requisito formal especial.

3.4.2.- Falta de publicidad del nombramiento. Art. 215 LSdC. Art. 138 RRMerc.

Al respecto, hemos de tener en cuenta los siguientes preceptos legales: el artículo 215 de la LSdC, respecto de la Inscripción del nombramiento de los administradores, que exige que, aceptado el cargo, debe ser presentado a inscripción en el Registro Mercantil³⁴⁹; y el art. 138 del Reglamento del Registro

³⁴⁸ FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*. 2ª Ed. 2015. Pág 66 y ss.

³⁴⁹ LSdC. Art. 215. Sobre la Inscripción del nombramiento de los administradores. 1. El nombramiento de los administradores, una vez aceptado, deberá ser presentado a inscripción en el Registro Mercantil haciendo constar la identidad de los nombrados y, en relación a los administradores que tengan atribuida la representación de la sociedad, si pueden actuar por sí

Mercantil que exige la constancia en la inscripción de la identidad de los administradores, y demás circunstancias de su nombramiento³⁵⁰.

Estos preceptos obligan a que el nombramiento de los administradores sea presentado para su inscripción en el Registro Mercantil dentro de los diez días siguientes a la fecha de su aceptación. No obstante, la eficacia del nombramiento depende únicamente de la aceptación del interesado, no teniendo la inscripción carácter constitutivo en nuestro Derecho, sino meramente declarativo o “documentante”, por lo que producirá los efectos positivos y negativos de la publicidad material consignados en el art. 21 del Código de Comercio³⁵¹, siendo oponibles a terceros desde la publicación en el BORM, y reproducidos literalmente en el art. 9 del Reglamento del Registro Mercantil³⁵². De acuerdo con dichas normas, el principio de oponibilidad subordina los efectos frente a terceros de los actos sujetos a inscripción, no solo a ésta sino asimismo a su publicación en el BORM.

Y si bien, en cuanto a los efectos registrales de la falta de inscripción del nombramiento de los administradores, de acuerdo con el art. 11.1 del Reglamento del Registro Mercantil, no se podrán inscribir los actos o contratos otorgados por los mismos, en ningún caso ello supone la invalidez o ineficacia de tales actos o

solos o necesitan hacerlo conjuntamente. 2. La presentación a la inscripción deberá realizarse dentro de los diez días siguientes a la fecha de la aceptación.

³⁵⁰ Reglamento del Registro Mercantil. Art. 138. En la inscripción del nombramiento de los administradores se hará constar la identidad de los nombrados, la fecha del nombramiento así como el plazo y el cargo para el que, en su caso, hubiese sido nombrado el miembro del Consejo de Administración.

³⁵¹ Código de Comercio. Art. 21.1. Los actos sujetos a inscripción solo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil». Quedan a salvo los efectos propios de la inscripción.

³⁵² Reglamento del Registro Mercantil. Art. 9.1. Los actos sujetos a inscripción solo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME). Quedan a salvo los efectos propios de la inscripción.

contratos. De manera que el administrador con nombramiento no inscrito debe ser considerado, en fin, como administrador de derecho³⁵³ .

3.4.3.- Nulidad inicial del nombramiento, por concurrir una causa de inelegibilidad originaria o sobrevenida.

El art. 224 de la Ley de Sociedades de Capital³⁵⁴ recoge la obligación de destitución o de cese en los casos del administrador incurso en prohibición legal o en quien concurren intereses opuestos a los de la sociedad. Con este artículo, la LSdC, al imponer la obligación de destituir al administrador indebidamente nombrado, afirma paralelamente la eficacia de su nombramiento en tanto no se produzca la destitución. Existe, por tanto, un administrador de derecho.

3.4.4.- La renuncia válida sobrevenida; la revocación expresa o cese en el cargo por cumplimiento del término.

La renuncia consiste en una declaración unilateral, que está destinada a producir un efecto, desde que llega a conocimiento de la sociedad. Es la renuncia o dimisión del administrador que, no obstante, continúa en el ejercicio de sus funciones. Ahora bien, el art. 245.2 LSdC³⁵⁵, señala que cuando los Estatutos de

³⁵³ NEILA NEILA, J. M. *Manual de responsabilidad penal de los administradores de las sociedades de capital*. Ed. Dykinson 2002. Pág. 53.

³⁵⁴ LSdC. Art. 224.1. Los administradores que estuviesen incursos en cualquiera de las prohibiciones legales deberán ser inmediatamente destituidos, a solicitud de cualquier accionista, sin perjuicio de la responsabilidad en que puedan incurrir por su conducta desleal. 2. Los administradores y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad cesarán en su cargo a solicitud de cualquier socio por acuerdo de la junta general.

³⁵⁵ LSdC. Art.245. 1. En la sociedad de responsabilidad limitada los estatutos establecerán el régimen de organización y funcionamiento del consejo de administración, que deberá comprender, en todo caso, las reglas de convocatoria y constitución del órgano, así como el modo de deliberar y adoptar acuerdos por mayoría.

la sociedad no dispusieren otra cosa, el Consejo de Administración podrá aceptar la dimisión de los consejeros. El art. 245.2 citado concede una facultad al Consejo que conlleva la posibilidad de que la renuncia no sea aceptada, continuando los administradores dimisionarios en el cargo hasta su sustitución, lo cual resulta coherente desde el momento en que la organización puede estar configurada de modo tal que sea preciso no dejar un puesto vacante de modo indefinido.

El art. 223.1 de la LSdC³⁵⁶ consagra el principio de libre revocabilidad “*ad nutum*” de los administradores, sin necesidad de justa causa, que solo encuentra limitaciones en el caso de los administradores designados por el Estado, el Ministerio de Economía y Hacienda, el Banco de España u otros organismos públicos, y los nombrados por la autoridad judicial, sobre los que la Junta no tiene la libre facultad revocatoria, o los elegidos por sistema de cociente, a los que la Junta no puede destituir sin una justa causa, so pena de vaciar de contenido la representación proporcional.

Adoptado y fehacientemente notificado el acuerdo de separación del administrador, plenamente eficaz desde entonces en su relación con la sociedad, su eficacia respecto de terceros quedará subordinada a su inscripción en el Registro Mercantil, de la misma manera que sucede en la aceptación del

2. En la sociedad anónima cuando los estatutos no dispusieran otra cosa, el consejo de administración podrá designar a su presidente, regular su propio funcionamiento y aceptar la dimisión de los consejeros.

3. El consejo de administración deberá reunirse, al menos, una vez al trimestre.

³⁵⁶ LSdC. Art. 223: 1. Los administradores podrán ser separados de su cargo en cualquier momento por la junta general aun cuando la separación no conste en el orden del día. 2. En la sociedad limitada los estatutos podrán exigir para el acuerdo de separación una mayoría reforzada que no podrá ser superior a los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social.

nombramiento, que otorga eficacia al nombramiento, como prevé el art. 214.3 de la LSdC³⁵⁷.

Los arts. 221³⁵⁸ y 222³⁵⁹ de la LSdC establecen expresamente la temporalidad del cargo de administrador planteando, entre otras, las cuestiones del momento y eficacia del cese por caducidad y del funcionamiento de la sociedad con administradores decaídos. Y respecto del cese por cumplimiento del término, hemos de referirnos a que el administrador cesado que desconoce dicho cese se ha considerado en algunas sentencias como administrador de hecho³⁶⁰. La Doctrina lo considera administrador de derecho³⁶¹.

Sobre la temporalidad del cargo, el art. 145 del Reglamento del Registro Mercantil³⁶² niega la eficacia automática del cese de los administradores, por el mero transcurso del plazo de nombramiento, debiendo efectuarse el cómputo del tiempo a los mencionados efectos, no de fecha de nombramiento a fecha de expiración, sino de junta a junta, de tal modo que, no obstante el vencimiento del

³⁵⁷ LSdC. Art. 214.3 El nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación.

³⁵⁸ LSdC. Art. 221. 1. Los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada ejercerán su cargo por tiempo indefinido, salvo que los estatutos establezcan un plazo determinado, en cuyo caso podrán ser reelegidos una o más veces por períodos de igual duración. 2. Los administradores de la sociedad anónima ejercerán el cargo durante el plazo que señalen los estatutos sociales, que no podrá exceder de seis años y deberá ser igual para todos ellos.

³⁵⁹ LSdC. Art. 222. El nombramiento de los administradores caducará cuando, vencido el plazo, 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.

³⁶⁰ SAP (Penal) Cantabria nº 102/2.000 de 31 de julio. JUR 2000/288741.

³⁶¹ FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*. Pág. 69. 2ª Ed. Editorial Tirant lo Blanch. 2015.

³⁶² Reglamento del Registro Mercantil. Art. 145.1. "El nombramiento de los administradores caducará cuando, vencido el plazo, se haya celebrado la Junta General siguiente o hubiese transcurrido el término legal para la celebración de la Junta que deba resolver sobre la aprobación de cuentas del ejercicio anterior".

plazo fijado para la vigencia del cargo, los administradores continúen en sus funciones hasta que se reúna la próxima junta general.

Resta el problema de la operatividad y eficacia del cese en el caso de que los administradores no efectúen la correspondiente convocatoria de la junta a la que les corresponde cesar, o no incluyan en el orden del día el tema de la reelección o que la Junta, o por la razón que fuere, no llegue efectivamente a tratar el asunto. La duda planteada por la falta de convocatoria y celebración de la junta se resuelve en el art. 145,2º del RRM³⁶³ -ya visto- que establece que el nombramiento caducará, en todo caso, cuando haya transcurrido el tiempo legal para la celebración de la Junta general ordinaria, momento a partir del cual, el administrador deberá cesar en el ejercicio de su cargo.

La Jurisprudencia³⁶⁴ sostiene que son válidos los actos realizados por los administradores con el mandato caducado, porque al no existir administrador legalmente vigente, se está ante una prórroga tácita del mandato del administrador, siempre que concurren circunstancias tales que permitan atestiguar que la sociedad ha prorrogado el mandato de los administradores. Se estima pues, que existe una continuidad en el ejercicio de sus funciones por los referidos administradores, sin haber mediado reelección, lo cual evita que la sociedad se quede sin representación legal. Se trata de un administrador de derecho³⁶⁵.

³⁶³ RRM. Art. 145.2 2. La inscripción del nombramiento de administradores por el Consejo de Administración mediante cooptación de entre los accionistas, caducará cuando haya concluido la celebración de la Junta General, inmediatamente siguiente al nombramiento, sin que conste en el Registro la aprobación por dicha Junta del nombramiento del administrador cooptado.

³⁶⁴ STS (Penal) de 22 de octubre de 1.974. RJ 1974/3970.

³⁶⁵ FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*, p. 69. 2ª Ed. Editorial Tirant lo Blanch. 2015.

3.4.5. El Presidente y el Secretario de la Junta General.

Parte de la Doctrina considera al presidente y al secretario de la Junta como administradores de hecho, cuando no reúna la condición de administrador de derecho³⁶⁶, pues ambos están en condiciones de realizar la conducta típica, y pueden ser sujetos activos idóneos del art. 293 CP -cuando no sean administradores de derecho³⁶⁷- pues su actuación puede lesionar o poner en peligro el bien jurídico de forma materialmente idéntica al del administrador de derecho. Existen supuestos de ejercicio legal del derecho de información que dependen de la actuación del presidente de la Junta. Así:

- 1) El art. 93 de la Ley de Sociedades de Capital, establece como los derechos del socio en la junta: c) El de asistir y votar en las juntas generales y el de impugnar los acuerdos sociales. d) El de información.
- 2) El art. 196 de dicho Texto legal³⁶⁸ respecto de la sociedad limitada concreta el derecho de información durante la Junta.
- 3) Y lo mismo el art. 197.2 de la misma Ley³⁶⁹ respecto de las anónimas.

Puede entenderse que el presidente de la Junta General no desempeña funciones de administración, ni asume la condición de administrador frente a terceros, ya que los cargos de presidente y administrador están perfectamente separados, por lo que no podrá ser considerado sujeto activo de los delitos societarios. En todo caso, el principio de tipicidad dificultará sobremanera el

³⁶⁶ FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*, p. 72. 2ª Ed. Editorial Tirant lo Blanch. 2015.

³⁶⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Parte Especial. 6ª Edición. 2.019. Pág. 560.

³⁶⁸ LSdC. Art 196. Los socios de la sociedad de responsabilidad limitada podrán solicitar por escrito, con anterioridad a la reunión de la junta general o verbalmente durante la misma, los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día.

³⁶⁹ LSdC art. 197.2. Durante la celebración de la junta general, los accionistas de la sociedad podrán solicitar verbalmente las informaciones o aclaraciones que consideren convenientes acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día. Si el derecho del accionista no se pudiera satisfacer en ese momento, los administradores estarán obligados a facilitar la información solicitada por escrito, dentro de los siete días siguientes al de la terminación de la junta.

dirigir el procedimiento contra un presidente o el secretario de la junta general, porque sus funciones en la Junta (computar votos, redactar actas, levantar o culminar la sesión...) están alejadas de la literalidad de los verbos rectores que los tipos describen³⁷⁰.

Es sencillo impedir la participación del socio en las sesiones en las que pretende ejercitar en la Junta el derecho a la información previsto en los arts. 196 y 197 de la LSdC, ya vistos, pero si el presidente de la Junta de socios no es administrador, no podrá ser sujeto activo.

Al secretario le corresponde la facultad de certificar los actos y los acuerdos de los órganos colegiados de las sociedades mercantiles³⁷¹, por lo que difícilmente, el Secretario de la Junta podrá protagonizar las conductas típicas desde su posición de fedatario.

3.4.6.- Los liquidadores.

Actúan tras el acuerdo de disolución de la sociedad y su función es realizar el activo, liberar el pasivo y repartir entre los socios el capital resultante, tarea que puede ser realizada por los mismos administradores o por personas ajenas a la sociedad³⁷². Durante la liquidación de la sociedad constituyen el órgano de representación y gestión de la sociedad, con las mismas facultades de gobierno, gestión y administración de la sociedad que los administradores propiamente dichos³⁷³. Los liquidadores tienen un deber de información pues la Ley de

³⁷⁰ LSdC. Arts. 191 y ss.

³⁷¹ Reglamento del Registro Mercantil. Art. 109, a) 1. La facultad de certificar las actas y los acuerdos de los órganos colegiados de las sociedades mercantiles corresponde: a) Al secretario y, en su caso, al vicesecretario del órgano colegiado de administración, sea o no administrador.

³⁷² FERNÁNDEZ TERUELO J.G. *Los Delitos Societarios en el Código penal español*. Dykinson. Madrid. 1998. Pág. 78.

³⁷³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*. 6ª Edición. 2.019. Pág.475.

Sociedades de Capital³⁷⁴ les obliga a informar a socios y a acreedores del estado de la liquidación. Ocupan pues, una posición jurídica semejante a la de los administradores.

A los efectos de los delitos societarios son administradores de derecho, aunque sus facultades de gestión sean más limitadas, puesto que no pueden realizar nuevos contratos, ni asumir nuevas obligaciones³⁷⁵.

3.4.7. Los fundadores o promotores de la sociedad.

Son los dos los tipos de fundación de una sociedad mercantil, la simultánea (en la que actúan los fundadores) y la sucesiva (en la que intervienen los promotores) que anuncian el propósito de constituir la sociedad tras el cual se produce la suscripción de acciones de forma continuada.

Fundadores y Promotores desempeñan formalmente las funciones de administración durante las primeras etapas de la vida social, por lo que pueden ser considerados administradores de hecho, dada la peculiar posición que ocupan de garantes *ex lege* de la corrección y exactitud en los comienzos de la entidad³⁷⁶, y al desempeño de funciones de administración y gestión.

Los Fundadores responden legalmente 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

³⁷⁴ LSdC. Art. 388. Los liquidadores harán llegar periódicamente a conocimiento de los socios y de los acreedores el estado de la liquidación por los medios que en cada caso se reputen más eficaces.

³⁷⁵ FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*, p. 75. 2ª Ed. Editorial Tirant lo Blanch. 2015.

³⁷⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. "*Derecho Penal Económico y de la Empresa Parte Especial*". 6ª Edición. 2.019. Pág.475.

destinados al pago de los gastos de constitución³⁷⁷. En la Doctrina hay autores que entienden que los fundadores han de ser considerados administradores de derecho puesto que la Ley les otorga facultades de administración aun a pesar de que pueda haber ya administradores nombrados³⁷⁸. Tienen una responsabilidad solidaria en el periodo de la sociedad en formación³⁷⁹.

Los Promotores son quienes por mandato legal están encargados de gestionar y representar a la nueva entidad³⁸⁰ ³⁸¹, hasta que se nombren administradores en la Junta constituyente. Deben elaborar en la fase inicial del proceso de fundación, no solo un programa de fundación, sino también un Informe técnico sobre la viabilidad de la sociedad proyectada y los documentos que recojan las características de las acciones y los derechos que se reconocen a sus suscriptores³⁸². Han de ser considerados administradores de derecho, pues no solo pueden afectar el bien jurídico de forma similar a los administradores nombrados, sino que la Ley les otorga capacidad para ejercer funciones de

³⁷⁷ LSdC. Art. 30.1. Sobre la responsabilidad de los fundadores:1. Los fundadores 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.

³⁷⁸ FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*, 2ª Ed. Editorial Tirant lo Blanch. 2015. Citando a Martell Pérez Alcalde. Pág. 77.

³⁷⁹ LSdC Art. 36. Por los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, responderán solidariamente quienes los hubiesen celebrado, a no ser que su eficacia hubiese quedado condicionada a la inscripción y, en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad.

³⁸⁰ LSdC. art. 53.1. Los promotores responderán solidariamente de las obligaciones asumidas frente a terceros con la finalidad de constituir la sociedad.

³⁸¹ LSdC. Arts. 41 y ss. de la LSdC.

³⁸² LSdC. Art. 54 Los promotores responderán solidariamente frente a la sociedad y frente a terceros de la realidad y exactitud de las listas de suscripción que han de presentar a la junta constituyente; de los desembolsos iniciales exigidos en el programa de fundación y de su adecuada inversión; de la veracidad de las declaraciones contenidas en dicho programa y en el folleto informativo, y de la realidad y la efectiva entrega a la sociedad de las aportaciones no dinerarias.

administración, aun a pesar de que haya administradores nombrados³⁸³. Se trata pues de una solución análoga a los liquidadores, en tanto que son sujetos que se hallan en condiciones de ejecutar conductas definidas como delitos societarios con la única salvedad de que se verifican en la fase fundacional³⁸⁴.

3.4.8. La administración concursal: el administrador concursal. Auxiliares delegados.

En la Doctrina se considera que el administrador concursal ejerce funciones de administración de la sociedad, por lo que es administrador, y es de derecho³⁸⁵ pues es nombrado en el Auto de declaración del concurso, resolución que también contendrá sus facultades³⁸⁶.

El auxiliar delegado está previsto³⁸⁷ como un nombramiento facultativo (caso de complejidad) u obligatorio en (concursos de gran tamaño³⁸⁸), cuando se solicite prórroga para la emisión del informe o en concursos conexos en los que se haya nombrado una administración concursal única, o facultativamente, a

³⁸³ FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*. Pág. 77. 2ª Ed. Editorial Tirant lo Blanch. 2015. Citando a Martell Pérez Alcalde.

³⁸⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Parte Especial. 6ª Edición. 2.019. Pág.475.

³⁸⁵ FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*. Pág. 77. 2ª Ed. Editorial Tirant lo Blanch. 2015.

³⁸⁶ Art. 28.1. Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. En todo caso, el auto de declaración de concurso contendrá los siguientes pronunciamientos: 4.º El nombramiento de la administración concursal, con expresión de las facultades del administrador o de los administradores concursales nombrados.

³⁸⁷ Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo Artículo 75. 1. Cuando la complejidad del concurso así lo exija, la administración concursal podrá solicitar del juez el nombramiento de uno o varios auxiliares delegados, con especificación de las funciones a delegar, que pueden incluir las relativas a la continuación de la totalidad o parte de la actividad del deudor.

³⁸⁸ Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo Artículo 76. El nombramiento de, al menos, un auxiliar delegado será obligatorio cuando el concurso sea de gran tamaño, cuando en la masa activa existan establecimientos dispersos por el territorio español, cuando el administrador concursal solicite prórroga para la emisión del informe y, en los concursos conexos, cuando se hubiera nombrado una administración concursal única.

solicitud de la administración concursal, previa autorización del Juez. Tiene el mismo régimen de responsabilidad que el administrador de derecho³⁸⁹.

3.4.9.- Administrador judicial.

El administrador judicial opera en el supuesto previsto del embargo de empresas del art. 592.3 de la LECi³⁹⁰. Tras el embargo de la empresa el acreedor tiene la facultad de instar la constitución de una administración judicial³⁹¹. Las empresas embargadas pueden quedar sometidas al régimen de administración judicial, en virtud del cual, el Juez podrá decretar que continúe la administración existente o que ésta sea sustituida, nombrando en este caso a persona o personas que se encarguen de la misma. La LEC dispone que el administrador judicial tiene las mismas responsabilidades que las que correspondan a los administradores sustituidos³⁹², por lo que ha de considerarse administrador de derecho.

³⁸⁹ Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo Artículo 77. 1. La resolución judicial en la que se nombren auxiliar o auxiliares delegados especificará las funciones delegadas y establecerá la retribución de cada uno de ellos. 2. Será de aplicación a los auxiliares delegados el régimen de inhabilitaciones, prohibiciones, recusación y responsabilidad establecido para los administradores concursales y sus representantes.

³⁹⁰ LECi. Art 592.3 También podrá decretarse el embargo de empresas cuando, atendidas todas las circunstancias, resulte preferible al embargo de sus distintos elementos patrimoniales”.

³⁹¹ LEC. Art. 630.1. El embargo permite constituir una administración judicial “...cuando se embargue alguna empresa o grupo de empresas o cuando se embargaren 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”.

³⁹² LEC. Art. 632.1. Cuando sustituya a los administradores preexistentes y no se disponga otra cosa, los derechos, obligaciones, facultades y responsabilidades del administrador judicial serán los que correspondan con carácter ordinario a los sustituidos...”.

3.4.10. Los auditores de cuentas.

Los auditores estudian la fiabilidad de las Cuentas anuales y su correspondencia con la imagen fiel de la empresa, de manera que por Ley deben verificar con arreglo a criterios contables y con exactitud y veracidad las cuentas de la sociedad ³⁹³. Han de comprobar si las cuentas anuales ofrecen o no la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, así como la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales del ejercicio, a cuyo efecto expondrán su opinión técnica en informe detallado.

La vigente Ley 22/2015 de 20 de julio de Auditoría de Cuentas (art. 26 y ss) prevé la “responsabilidad civil por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones según las reglas generales del Código Civil, con las particularidades establecidas en este artículo, que será exigible de forma proporcional y directa a los daños y perjuicios económicos que pudieran causar por su actuación profesional.

La Doctrina afirma que en ningún caso ejercen funciones de administración³⁹⁴, y los descarta como sujetos activos dado que no son administradores, sin perjuicio de que su actuación suponga la participación en el delito falsario del art. 290 CP cometido por los administradores. En tal sentido destacan las menciones realizadas en la sentencia de 29 de julio de 2002 dictada en el caso BANESTO³⁹⁵, que refiere que “si bien el legislador ha delimitado el ámbito de los autores o sujetos activos a los administradores de hecho o de derecho, no puede olvidarse, como se ha puesto de relieve en acontecimientos

³⁹³ Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas. Art. 2.1. 2. Se entenderá por auditoría de cuentas la actividad consistente en la revisión y verificación de las cuentas anuales, así como de otros estados financieros o documentos contables, elaborados con arreglo al marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, siempre que dicha actividad tenga por objeto la emisión de un informe sobre la fiabilidad de dichos documentos que pueda tener efectos frente a terceros.

³⁹⁴ FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*. 2ª Ed. Editorial Tirant lo Blanch. 2015. Pág. 80.

³⁹⁵ STS (Penal) Sala Penal nº 867/2002 de 29 de julio. Rec de Casación nº 2038/2000.

muy recientes que han tenido una trascendencia informativa universal, que no se debe descartar la posibilidad de la participación, por cooperación necesaria, de las entidades auditoras que al realizar la fiscalización externa de la contabilidad, colaboran y se prestan a la formación de unas cuentas anuales o balances falseados”³⁹⁶.

3.4.11. Los directores, delegados y apoderados.

Son representantes voluntarios de la sociedad, a diferencia de los administradores, cuya representación es legal. Su título representativo supone que, aunque sus facultades son siempre subordinadas, sin asumir la dirección de los asuntos sociales, el negocio llevado a cabo por el apoderado se considera como realizado directamente por la sociedad, que asumirá directamente de un modo inmediato los derechos y obligaciones nacidos del mismo³⁹⁷.

Nos referimos al gerente, director-gerente, director general... que actúa en ocasiones como administrador, y otras como apoderado general, como personal de alta dirección con vínculo laboral especial, no equiparable en autonomía y atribuciones con el administrador. Gerente y administrador pueden ser sinónimos si no está previsto estatutariamente otro órgano de administración, en cuyo caso el gerente será administrador único, y será el caso de utilización de un término económico para designar un cargo jurídico, como es el de administrador.

³⁹⁶ LAUNA ORIOL, C. *Delitos societarios. El delito de la administración desleal*. Jornadas Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada. 11 y 12 de mayo de 2.017.

³⁹⁷ FERNÁNDEZ TERUELO J.G. *Los Delitos Societarios en el Código penal español*. Dykinson. Madrid. 1998. Pág. 62.

El director gerente o el director general solo podrían considerarse como administradores en los casos en que los estatutos de su empresa los sitúen al lado del órgano colegiado de administración como un órgano unipersonal con la denominación de Director Gerente o Director General, llamado a compartir las funciones administradoras. En la Doctrina se establece que -si no hay previsión estatutaria- aquél no tendrá la consideración de órgano social de administración, sino la categoría legal de apoderado general o factor, conforme al art. 283 del Código de Comercio^{398 399}.

Será administrador de derecho el delegado permanente, de inscripción constitutiva. La legislación mercantil distingue claramente entre el Director General y el Administrador. El primero desempeña en la entidad funciones de alta dirección, bajo la dependencia directa de su órgano de administración o de comisiones ejecutivas o consejeros delegados, es una relación laboral de alto nivel⁴⁰⁰.

La delegación de funciones es una actividad usual. Puede ser una operación interna, en favor de personas que ya son consejeros, o externa, a favor de personas no vinculadas al consejo de administración. Los delegados “internos” son auténticos órganos de la sociedad y por ende, son administradores de derecho.

³⁹⁸ Código de Comercio. Art. 283. El gerente de una empresa o establecimiento fabril o comercial por cuenta ajena, autorizado para administrarlo, dirigirlo y contratar sobre las cosas concernientes a él, con más o menos facultades, según haya tenido por conveniente el propietario, tendrá el concepto legal de factor, y le serán aplicables las disposiciones contenidas en esta sección.

³⁹⁹ RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Estudios de Derecho Penal Económico*. 2.009 Ed. Civitas. Pgs. 63 y ss.

⁴⁰⁰ FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*. Pág. 81. 2ª Ed. Editorial Tirant lo Blanch. 2015.

Mayor problema plantean los apoderados externos, directivos vinculados a la mercantil por relación laboral. Les alcanzará la condición de sujeto activo por la vía del administrador de hecho, basado en la teoría del dominio, que ya hemos visto en anteriores apartados. Lo importante será valorar si están en condiciones de ejecutar el delito societario como posible sujeto activo idóneo. En la Doctrina se afirma que es difícil imaginar que un simple apoderado tenga opción de impedir o de obstaculizar el derecho de información de los socios⁴⁰¹.

El problema en la delegación es la necesidad de determinar su responsabilidad, por haber accedido a una esfera funcional ajena, coincidente con el espacio de protección, a pesar de no reunir éste la cualidad subjetiva requerida por el tipo; en la Doctrina se afirma que estamos ante un problema de actuación en nombre de otro, pues se trata de un sujeto no cualificado formalmente que ha protagonizado funciones propias del órgano cualificado⁴⁰², para determinar su responsabilidad personal habrá que estar al art. 31 CP⁴⁰³.

3.4.12. El empresario individual.

En la mayoría de la doctrina se considera que no puede ser sujeto activo de un delito societario, al carecer de una sociedad de la que pueda ser administrador⁴⁰⁴.

⁴⁰¹ MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*. 6ª Edición. 2.019. Pág. 476.

⁴⁰² FERNÁNDEZ TERUELO J.G. *Los Delitos Societarios en el Código penal español*. Dykinson. Madrid. 1998. Págs. 62, 63.

⁴⁰³ CP. Artículo 31. “El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”. Redactado L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo).

⁴⁰⁴ FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*, 2ª Ed. Tirant lo Blanch. 2015. Pág. 85.

3.5. Conclusión.

La novedad del CP de 1995 es la incorporación como sujeto activo del administrador de hecho que obedece al esfuerzo del Legislador por castigar penalmente a quienes ejercen funciones propias del cargo de administrador, desempeñando una función de dirección real, con independencia de la formalidad del nombramiento. La cuestión del sujeto activo impone un estudio basado en la distinción entre administrador de hecho y de derecho, sujeto de los tipos de los artículos 290, 293 y 294 del Código Penal. El administrador de derecho es una categoría delimitada en la legislación mercantil, y ha tenido un importante desarrollo jurisprudencial que ha culminado en examinar la disponibilidad de facultades que permitan la ofensa al bien jurídico, imponiendo un concepto social de autor que requiere un dominio de la organización en la que se produce el delito.

Desde 2014 contamos con la noción mercantil del administrador de hecho del art. 236.3 de la Ley de Sociedades de Capital: “... *tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad*”, que va más allá de un administrador en cuyo nombramiento existe defectos de tramitación del, o de falta de aceptación, de inscripción en el Registro Mercantil, caducidad... Es una noción semejante a la de la Jurisprudencia penal que considera administrador de hecho a quien ejerce en la realidad funciones de administración y de dirección, con un dominio tácito de la sociedad mercantil. Disponemos pues de un concepto mercantil que sigue las doctrinas penales que inciden en la teoría del dominio social, considerando administrador de hecho a quien adopta e impone las decisiones de la gestión de la sociedad.

La compatibilidad entre el castigo al administrador de hecho y al de derecho, es admitida por la Jurisprudencia, aunque en la mayor parte de los supuestos entenderá que el autor es el administrador de derecho, y considera al “hombre de atrás” como inductor.

La figura del administrador persona jurídica está prevista en la Ley de Sociedades de Capital, y en el Reglamento del Registro Mercantil, que obliga a designar una persona física como representante, para la inscripción del nombramiento. El supuesto de gestión y representación conferida a un Consejo de administración plantea situaciones que imponen considerar el “delito colegial”, en el que la solidaridad de la responsabilidad mercantil no va a suponer una automática responsabilidad penal de los componentes individuales, antes bien, se les va a considerar sujetos activos si han tenido un dominio del hecho y siempre considerando el principio de culpabilidad. Incluso en los delitos de omisión ha de tenerse en cuenta la capacidad individual de realización de la conducta omitida.

Existen supuestos concretos y dudosos, entre los que está el defecto de aceptación del nombramiento en el que sí estamos ante un administrador de derecho, y otros como la falta de publicidad registral (que solo afectará a la inscripción de actos posteriores), la nulidad inicial del nombramiento (que será administrador en tanto sea eficaz la destitución, el nombramiento caducado (que se considera en prórroga tácita), la renuncia sobrevenida y la revocación (será administrador frente a terceros hasta la inscripción), los liquidadores, fundadores o promotores (son administradores con facultades limitadas) y el administrador concursal, que es administrador de derecho en el concurso de acreedores.

Será administrador de hecho el administrador cesado, y también el presidente y secretario de la Junta de socios (si no lo son de derecho).

Los directores sólo serán administradores de derecho si así lo prevén los estatutos; los delegados son administradores de derecho si son permanentes y se inscriben en el Registro Mercantil, y los apoderados pueden ser administradores de hecho, en base a la teoría del dominio social. Los auditores de cuentas no tienen tareas de administración, pero sí pueden llegar a ser cooperadores necesarios en el delito falsario de cuentas (art. 290 CP).

El trabajo legislativo y el desarrollo jurisprudencial han ido concretando los perfiles del administrador de hecho, lo que ha permitido avanzar en la persecución de quienes ejercen funciones de administración sin designación formal, y posibilita el éxito de una instrucción penal que logre acreditar quién impone las decisiones en la gestión de una sociedad, sea por la realidad de la mayoría del capital social, sea por el dominio en el grupo de sociedades en el que la empresa se inserta, o por el control de la sociedad que administra a otra. Cada caso concreto exigirá la acreditación bastante con prueba directa o indiciaria del dominio social que protagoniza el administrador de hecho, lo que permitirá imputarle las figuras delictivas societarias.

4.1.- El Tipo objetivo: La conducta típica y el objeto de la acción.

4.1.1. Introducción.

Como ya sabemos, la conducta humana se manifiesta en el mundo externo tanto en actos positivos como en omisiones, y ambas formas son relevantes para el Derecho Penal, de ahí la distinción del art. 10 CP⁴⁰⁵ entre acciones y omisiones. Sobre ambas realidades se construye el concepto de delito con la adición de los elementos fundamentales que lo caracterizan. La acción y la omisión cumplen, por tanto, la función de elementos básicos de la Teoría del delito, aunque solo serán penalmente relevantes en la medida en que coincidan con la conducta descrita en el tipo⁴⁰⁶. Nos referiremos a ambas manifestaciones.

Tratamos en primer lugar los requisitos que la Jurisprudencia exige para dar relevancia penal a los actos impositivos de los derechos del socio, partiendo de que estamos ante un delito de simple actividad, lo que posibilita la omisión simple pero no la comisión por omisión. La aplicación del tipo exige determinar qué conductas comprenden los términos “negar” e “impedir”, así como la trascendencia de incluir en el tipo la frase “sin causa legal”, cuya consideración como elemento normativo tiene consecuencias prácticas en materia de error. El ilícito penal queda excluido en los numerosos supuestos legales que limitan el ejercicio de los derechos del socio.

Existe en el tipo el elemento normativo “sin causa legal”, una complicación innecesaria, que obliga a realizar consideraciones de antijuricidad. Existen

⁴⁰⁵ Art. 10 CP: “Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley”.

⁴⁰⁶ MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal, Parte General*. 10ª Ed. 2.019. Tirant lo Blanch. Valencia. Pág. 200.

situaciones en las que los administradores están legalmente facultados para limitar el ejercicio de los derechos de los socios. Y finalmente nos vamos a referir a elementos que son extraños a esta figura delictiva, a saber, el perjuicio patrimonial, la consideración de delito de peligro hipotético o la reiteración de conductas.

4.1.2 Relevancia penal de la obstaculización y del impedimento del ejercicio del derecho del socio. Jurisprudencia.

La Jurisprudencia ha establecido criterios de restricción de la aplicación del art. 293 CP, que operan a través de una interpretación sujeta a la fundamentación material del precepto, en el triple ámbito del objeto, de la conducta típica y del elemento normativo ("sin causa legal")⁴⁰⁷. En este Capítulo trataremos el comportamiento típico y el elemento normativo *sin causa legal*.

El Tribunal Supremo considera el derecho de información como fundamental del socio, ya como presupuesto del derecho de participación y control en la gestión de la sociedad, ya como facultad para solicitar los informes o aclaraciones que estime convenientes acerca de los asuntos que consten en el orden del día y que los administradores están obligados a proporcionar⁴⁰⁸.

La Jurisprudencia aplica el artículo 293 CP cuando se limita el derecho que versa sobre los informes o aclaraciones acerca de los asuntos que figuren en el orden del día de una Junta General, o sobre el derecho de los accionistas a obtener cualquiera de los documentos que habrán de ser sometidos a su aprobación y exige que la obstaculización o el impedimento constituyan una privación "manifiesta" de los derechos del socio, lo que deja extramuros del art. 293 CP las

⁴⁰⁷ STS (Penal) de 9 mayo de 2.003, nº 650/2003.

⁴⁰⁸ STS (Penal) 330/2013, de 26 de marzo. EDJ 2013/55353.

situaciones en las que el derecho se reconoce y se atiende, proporcionando al socio una información básicamente correcta⁴⁰⁹. Se trata de que la negativa de ese derecho de información sea clara y tajante, enmarcada en un contexto obstruccionista, de contumacia en el cercenamiento de esta facultad; estos requisitos evitan que el precepto penal se convierta en un instrumento sancionador puro y formal que prescindiera de que la legislación mercantil ofrece una paralela protección extrapenal en los términos ya comentados (art. 204.3 LSdC)⁴¹⁰. La negativa de la información solicitada ha de suponer una efectiva limitación de la condición de socio se estaría dentro del ámbito penal⁴¹¹.

Respecto del derecho de información del socio hay que hacer mención a la reforma de la Ley de Sociedades de Capital de diciembre de 2014 que -con la finalidad de evitar abusos- impide al socio la impugnación de acuerdos sociales por incorrección o insuficiencia de la información facilitada salvo que ésta hubiera sido esencial para el ejercicio de derechos del socio⁴¹². De manera que la ilicitud civil requiere que sea esencial la información de la que se priva al socio, lo que impone más restricción a la antijuricidad penal, que ha de elevar su listón y referirse a una privación de información aún más significativa, o más reiterada.

En la práctica judicial la respuesta será condenatoria si existen requerimientos notariales que acreditan la falta de intención de convocar Junta, teniendo al final que celebrarse por orden judicial, y en la que se evita igualmente

⁴⁰⁹ STS (Penal) de 7 de junio de 2017, con referencia a las STS (Penal) 330/2013, de 26 de marzo y la STS (Penal) 650/2003, ya mencionadas.

⁴¹⁰ AAP (Penal) Burgos de 19 julio de 2019, Sec. 1ª, 19-07-2019, nº 527/2019, Rec. 334/2019. EDJ 2019/682775.

⁴¹¹ STS (Penal) nº 330/2013 de 26 de marzo.

⁴¹² LSdC. Art. 204.3. Tampoco procederá la impugnación de acuerdos basada en los siguientes motivos: b) La incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta, salvo que la información incorrecta o no facilitada 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.

proporcionar información al querellante⁴¹³; y también cuando los administradores gestionan la sociedad ignorando los derechos de los socios y denegando las solicitudes de información, a lo que se añade la no convocatoria de juntas generales, y el documentar falsamente las mismas, lo que evidencia la intención de realizar una gestión opaca y a espaldas de los derechos de los socios⁴¹⁴. La exigencia jurisprudencial es que se traiga a la causa penal prueba de cargo de la que se desprenda que el socio denunciante requirió tanto la convocatoria como la celebración de las referidas Juntas y al tiempo hubiera requerido, formalmente, la exhibición de documentación, ya sean soportes documentales de contabilidad originales, libros oficiales de contabilidad, libros de actas o balances de situación de la sociedad y que se pruebe que éstos le hubieren sido negados, pues en otro caso, la conducta no tendrá relevancia penal⁴¹⁵.

El Tribunal Supremo afirma que la privación será delito si se trata de documentación necesaria para la Junta General, que ha sido solicitada en sucesivos ejercicios en la jurisdicción civil, y persistentemente denegada, sin manifestar causa legal alguna, en abierta conculcación de la legislación en materia de sociedades y con una absoluta inactividad por parte del administrador obligado, que priva a los socios concernidos del ejercicio de ese derecho, al no suministrar ni facilitar el examen de la documentación e informes debidos; la privación para ser relevante debe suponer un inmediato, persistente y claro obstáculo real para la actuación y el ejercicio de los derechos del socio; lo que sucede también cuando se hurta la información respecto de las sociedades participadas, lo que lleva a desconocer la situación real de la sociedad principal⁴¹⁶. Es delito si la junta de socios se celebra hurtando información que hubiera sido previamente reclamada de conformidad a la legislación civil⁴¹⁷.

⁴¹³ SAP (Penal) Castellón de 29 noviembre de 2017. EDJ 2017/302757.

⁴¹⁴SAP (Penal) Las Palmas, sec. 1ª, 9 de febrero de 2018, nº 45/2018, rec. 108/2016, basándose en la STS 477/2014, de 10 de junio (EDJ 2014/96124).

⁴¹⁵ SAP (Penal) Barcelona de 4 mayo de 2018. EDJ 2018/572647.

⁴¹⁶ STS (Penal) Sala 2ª de 7 junio de 2017. EDJ 2017/99613.

⁴¹⁷ STS (Penal) de 26 de julio de 2012, nº 532/2012.

4.1.2.1. Supuestos en los que no se aplica el art. 293 CP.-

La Jurisprudencia no considera típico cualquier comportamiento que meramente dificulte el ejercicio de los referidos derechos del socio como impedimento u obstaculización con relevancia penal, lo que –en su caso- podrá constituir un ilícito mercantil. En consecuencia, las alegaciones sobre demoras, omisiones o simples dificultades quedan al margen del comportamiento típico cuando el derecho se reconoce y se atiende, proporcionando al socio una información básicamente correcta⁴¹⁸. Lo mismo sucede cuando se remite la documentación para la celebración de la Junta, aunque tardíamente y de manera incompleta, de manera que, aunque no se cumpla totalmente con las obligaciones establecidas por la legislación mercantil, puede no rebasarse la barrera de la tipicidad, máxime cuando ni tan siquiera consta impugnación civil de los acuerdos adoptados en la junta de accionistas⁴¹⁹. También habrá respuesta absolutoria cuando la documentación sea finalmente entregada por el administrador, aunque se discuta si los justificantes y soportes documentales de cada uno de los asientos contables están completos, o si está toda la que se pidió con carácter previo a la celebración de la Junta⁴²⁰, o si no se entrega puntual ni totalmente la documentación solicitada a un auditor, de forma que la discusión sobre el alcance de la documentación entregada impide aplicar el tipo del art. 293 CP⁴²¹. El Tribunal Supremo rechaza el delito en la conducta del acusado que sí facilitó al economista que actuaba en representación del socio el balance de la sociedad a fecha 31 de diciembre de 2006, la cuenta de explotación del mismo ejercicio y el balance de sumas y saldos a tres dígitos, dejando fuera del alcance penal el debate sobre la aplicación del art. 293 del CP cuando se centra en torno a la suficiencia o insuficiencia de los documentos que fueron ofrecidos, no en la

⁴¹⁸ STS (Penal) Sala 2ª de 7 junio de 2017. EDJ 2017/99613. STS Sala 2ª de 9 mayo de 2003. EDJ 2003/263057.

⁴¹⁹ SAP (Penal) Madrid de 2 febrero de 2018. EDJ 2018/29224.

⁴²⁰ SAP (Penal) Ourense de 9 enero de 2018. EDJ 2018/8284.

⁴²¹ SAP (Penal) Pontevedra de 22 noviembre de 2017. EDJ 2017/286619.

existencia de una negativa abierta y expresa a proporcionar la información solicitada⁴²².

No existirá relevancia penal si se acredita que el socio sí ha tenido acceso libre a la documentación que solicita, por tratarse de cuentas depositadas en una asesoría donde puede examinarlas sin traba⁴²³, o cuando se constata que solo hubo un requerimiento formal por medio de burofax por parte del socio querellante para la convocatoria de una junta, y se celebró una reunión en el despacho de su letrado, habiendo facilitado los Libros Mayores y el Balance, documentación que incluso fue utilizada en la prueba pericial; y aunque sea cierto que no se convocaron formalmente las juntas generales, y que no constan las cuentas de la Sociedad, ni se inscribieron en el Registro Mercantil, la Jurisprudencia entiende que tales irregularidades carecen de relevancia penal si no figura ninguna petición de información o control de participación en la gestión de la actividad social de la mercantil por parte del socio querellante, a excepción de la que consta en el burofax acompañado con la querrela, y es también relevante el no haber acudido a la vía civil para el ejercicio de las acciones pertinentes en defensa del derecho de los accionistas, por lo que no puede concluirse que se hubiese negado o impedido los derechos de socio de manera apta para el tipo⁴²⁴.

Y no se aprecia delito en los supuestos de sociedades familiares de carácter reducido en las que la marcha de la sociedad era conocida por todos los socios, con buenas relaciones personales entre sí, que posibilitaban en todo momento el conocimiento de la documentación de la mercantil, pero presididas por la informalidad en su actuar, en la convocatoria, en la celebración de las juntas, en la adopción de acuerdos⁴²⁵. No tendrán alcance penal las irregularidades y las situaciones de dificultad para informar al socio denunciante del desarrollo de la

⁴²² STS (Penal) Sala 2ª de 1 febrero 2013 (EDJ 2013/11098).

⁴²³ SAP (Penal) La Rioja de 19 junio de 2018. EDJ 2018/601620.

⁴²⁴ SAP (Penal) Navarra de 4 mayo de 2018. EDJ 2018/515227.

⁴²⁵ AAP de Burgos, Sec 1ª, de 2 de junio de 2.016. Rollo de Apelación nº 288/2016, confirmando la Resolución del Juzgado de Instrucción nº 2 de Aranda de Duero de 12 de abril de 2.016, en la Previa 677/2015.

actividad de la sociedad, de los resultados y cuentas de esta actividad⁴²⁶, ni tampoco la demora, o simples entorpecimientos en proporcionar la información, sin perjuicio de la responsabilidad procedente en el ámbito mercantil⁴²⁷ que tiene un cauce por la vía de las leyes societarias que contemplan, incluso de una manera más eficaz y rápida, la nulidad de los acuerdos sociales, lo que neutraliza los efectos perjudiciales que pudieran derivarse de esta anomalía⁴²⁸.

La respuesta judicial también es absolutoria si no se acredita -previamente- la legitimación como socio para el ejercicio de los derechos societarios de información, como así sucede en el supuesto de una masa hereditaria sometida a litigio durante largos años y en la que existe cierta incertidumbre sobre las posiciones que ocupan los herederos y cómo se efectuaría la adjudicación de esas participaciones sociales⁴²⁹, o en las sociedades anónimas laborales en caso de fallecimiento de un socio, cuando no se reconoce el carácter pleno de socia a una comunidad hereditaria o a una sociedad postganancial y no se ha tramitado la partición de los gananciales y de la herencia por lo que existe contienda sobre la titularidad de las participaciones, cuya resolución no cabe obtener por la vía penal⁴³⁰. En el mismo sentido, el Tribunal Supremo dictó sentencia absolutoria en un supuesto en el que los recurrentes que no eran socios pretendieron hacer valer su derecho mediante la solicitud de una auditoría completa de la sociedad, entendiéndose que mal puede hablarse de una actitud de obstaculización frente a quien carecía de toda legitimidad para reivindicar el ejercicio de ese derecho⁴³¹. También la Audiencia Provincial de Segovia ha condicionado el ejercicio de este derecho a la acreditación legal como socio afirmando que será preciso cumplimentar las formalidades de la liquidación de gananciales en caso de disolución matrimonial, o las tramitaciones hereditarias en caso de fallecimiento, de manera que, si por faltar éstas se niega el ejercicio de

⁴²⁶ SAP Santa Cruz de Tenerife de 28 febrero de 2018. EDJ 2018/592363

⁴²⁷ AP Madrid, sec. 2ª, S 21-12-2017, nº 802/2017, rec. 576/2017.

⁴²⁸ SAN Sala de lo Penal de 31 marzo de 2017. EDJ 2017/37275.

⁴²⁹ SAP de Madrid, Sec. 23 de 19 de diciembre de 2.017, nº 713/2.017, Rec. nº 1.528/201.

⁴³⁰ SAP Segovia de 5 marzo de 2018. EDJ 2018/73556.

⁴³¹ STS (Penal) de 1 febrero 2013 (EDJ 2013/11098).

los derechos del socio, no será de aplicación el art. 293 CP⁴³².

En esta línea se sitúa la Doctrina, que exige que los derechos sean ejercidos en las ocasiones que prevé la Ley, y cumpliendo las formalidades prescritas para ello, pues en caso contrario, la negativa o impedimento a su ejercicio no constituye el delito que nos ocupa⁴³³.

Y tampoco se aplicará el art. 293 CP cuando la solicitud adolezca de desmesura en la solicitud por abarcar aquellos informes, aclaraciones y documentos que exceden de los absolutamente necesarios para posibilitar el conocimiento de la situación real de la sociedad, relacionados con los asuntos expuestos en la orden del día de las Juntas reseñadas; pero no habrá exceso en la solicitud cuando se trate de documentación ineludible para tal conocimiento⁴³⁴.

La condena exige acreditación objetiva en fase probatoria de la denegación de los derechos, de manera que la sentencia condenatoria no puede sustentarse en conjeturas o sospechas, y así, la Audiencia Provincial de Madrid afirma que es obligado acreditar que los miembros del Consejo de Administración denegaron la información al socio, por lo que absolvió en un supuesto en el que no obstante las relaciones conflictivas y de controversia acreditadas, se acreditó que se le entregaba información relacionada con los temas a tratar en el orden del día, todo ello sin perjuicio de que el socio considerara que era insuficiente y, solicitara el amparo judicial utilizando los mecanismos legales previstos para la defensa de sus intereses y que a la vista de los acuerdos adoptados, impugnara estos utilizando los recursos legamente establecidos⁴³⁵. No tiene trascendencia en la vía penal el hecho de que solicite información quien durante prácticamente toda la vida de la sociedad no ha intervenido nunca en la gestión pese a ser administrador solidario, sin que haya instado nunca solicitud de algún tipo de información o la

⁴³² SAP (Penal) Segovia, Sec. 1ª, S 5-3-2018, nº 7/2018, Rec. 25/2017.

⁴³³ FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*. Tirant lo Blanch. Ed. 2015. Pág. 294.

⁴³⁴ STS (Penal) Sala 2ª de 7 junio de 2017. EDJ 2017/99613.

⁴³⁵ SAP Madrid, Sec. 6ª (Penal), S 8-11-2017, nº 697/2017, rec. 1752/2016.

convocatoria de Juntas para debatir la situación contable. En estos supuestos la Audiencia Provincial de Las Palmas considera que la falta de información no ha constituido en modo alguno una conducta trascendente para los intereses societarios del acusador⁴³⁶.

Vemos pues que todas las sentencias del Tribunal Supremo son unánimes en exigir una abierta conculcación de la legislación, con abuso de su cargo, desplegando una conducta obstruccionista frente al derecho de los socios, que ha de ser persistente y sólo así se aplicará la ley penal⁴³⁷, y ha de tratarse de una negativa de documentación necesaria para la Junta General⁴³⁸.

4.1.3.- Verbos rectores: negar e impedir el ejercicio de derechos del socio.

El art. 293 CP regula un tipo mixto alternativo con dos verbos rectores: negar o impedir. Al tratarse de una mera infracción formal, no es preciso que se produzca un resultado distinto de la vulneración de los derechos de los socios, de manera que la conducta de negar se consumaría con el acto positivo denegatorio, y la modalidad de impedir, con la efectiva obstaculización del ejercicio de los derechos de los socios⁴³⁹. La Doctrina afirma que el verbo rector “negar” significa dejar de reconocer o de admitir los derechos del accionista; e “impedir” designa el hecho de quien admite tales derechos, o no desconociéndolos, y procede a estorbarlos o a coartarlos en la práctica⁴⁴⁰. La Jurisprudencia afirma que “*negar*”,

⁴³⁶ SAP (Penal) Las Palmas de 9 febrero de 2018. EDJ 2018/66655.

⁴³⁷ Sentencia de la Sala 2ª del TS, de 22 diciembre 2009. EDJ 2009/321753.

⁴³⁸ STS (Penal) de 7 junio de 2017. EDJ 2017/99613.

⁴³⁹ GALÁN MUÑOZ, A. Y NÚÑEZ CASTAÑO E. *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Delitos Societarios*. 3ª Edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2019. Págs. 233 y 234.

⁴⁴⁰ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. "Los delitos societarios en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal", en *Revista del Poder Judicial*, Nº 28, 1992. Pág. 195.

equivale a desconocer dichos derechos, y que “impedir” equivale a imposibilitar⁴⁴¹. Ambos deben conducir a una efectiva imposibilidad al accionista legitimado para ejercer su derecho en cuestión⁴⁴². Veremos los dos verbos rectores por separado.

4.1.3.1. Negar.

Por “negar” debe entenderse obviar, no reconocer, no conceder o ignorar determinados derechos, por lo tanto, se consuma con el acto positivo de denegación con lo que se configura como un delito de mera actividad, que no admite modalidad omisiva⁴⁴³. Implica una no aceptación de la pretensión formulada, o un no concederla (forma activa), o eludir la respuesta afirmativa con la imposibilidad de acceder a lo que se pretende (forma omisiva)⁴⁴⁴.

Según el Diccionario de la Real Academia “negar” significa, entre otras cosas, “decir que no a lo que se pretende o se pide o no concederlo”, “dejar de reconocer una cosa, no admitir su existencia”, “ocultar, disimular”. El tipo se refiere a “negar”, que en este contexto equivale a desconocer dichos derechos. Pues bien, a partir de este significado, se afirma en la Doctrina que parece que la modalidad de “negar” no puede ser concebida como una modalidad puramente “resultativa” sino más bien como constitutiva de un tipo de mera actividad, que requiere simplemente un acto positivo denegatorio que integraría un tipo de simple actividad, que no admite la modalidad omisiva⁴⁴⁵.

⁴⁴¹ Sentencia del TS de 1 de febrero de 2.013.

⁴⁴² VIVES ANTÓN, T.S. *Comentarios al Código Penal de 1.995*. Editorial Tirant lo Blanch. Pág. 1.436. Ed. 1996.

⁴⁴³ GALÁN MUÑOZ, A. Y NÚÑEZ CASTAÑO, E. *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Delitos Societarios*. 3ª Edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2019. Pág. 233.

⁴⁴⁴ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. *Los delitos societarios en el Código Penal español*. Ed. Dykinson. Madrid. 1998. Pág. 259.

⁴⁴⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*. 4ª Edición. 2.019. Pág.558.

Sostiene otra interpretación doctrinal⁴⁴⁶ que la modalidad de “negar” puede tener lugar, bien de modo expreso o positivo, bien de modo tácito o negativo (no contestando o eludiendo la respuesta) supuesto este último que supondría la “comisión por omisión” u omisión impropia, a la que se refiere el art. 11 del Código Penal⁴⁴⁷, que rechazamos, como veremos posteriormente (4.1.4.). Y finalmente, de la propia dicción del precepto se desprende que no es típica la conducta imputada a los administradores de la Sociedad, por la negación de información a los Auditores, ello sin perjuicio de las acciones legales que puedan ejercitarse frente a dicha denegación⁴⁴⁸.

4.1.3.2 Impedir.

“Impedir” significa evitar que se ejecute algo, estorbar, imposibilitar la acción del socio para ejercer sus derechos y es perfectamente posible aceptar la comisión por omisión, como ocurriría en el caso del administrador que no facilita la información requerida sobre las cuentas anuales o la situación de la sociedad, o que no abre la puerta a los apoderados de los socios impidiéndoles acudir a la Junta general, etc⁴⁴⁹. La expresión “impidieren” supone la puesta en acción de todo tipo de trabas dirigidas a hacer imposible o evitar que el socio puede ejercitar

⁴⁴⁶ RODRÍGUEZ RAMOS, L. “Los nuevos delitos pseudo societarios”. En *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*. (abril-mayo 1996). Pág 87.

⁴⁴⁷ Art. 11 CP. “Los delitos que consistan en la producción de un resultado solo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.”

⁴⁴⁸SAP Madrid, Sec. 6ª, 8 de noviembre de 2017, nº 697/2017, Rec. 1752/2016.

⁴⁴⁹ GALÁN MUÑOZ, A. Y NÚÑEZ CASTAÑO, E. *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Delitos Societarios*. 3ª Edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2019. Págs. 233 y 234.

sus derechos⁴⁵⁰ y así, el Tribunal Supremo castigó un supuesto en el que el administrador impidió a un socio participar en el control de la actividad social (art. 293 del Código Penal), mecanismo consistió en que uno de los acusados, como administrador de la entidad, otorgó a favor del otro un poder de representación de una entidad mercantil, sin dar cuenta de ello a la Junta General, lo que permitió que actuara por representación de la entidad y, aprovechando la participación mayoritaria que tiene en otra empresa, se acordara la liquidación de ésta última sociedad, sin que ninguno de los socios de la propietaria supiera y pudiera actuar en contra de tal decisión, eludiendo así la discrepancia y las posibilidades de oposición de los socios⁴⁵¹.

4.1.4.- La omisión pura y la comisión por omisión u omisión impropia.

Los delitos de omisión pura o propia son aquellos que consisten simplemente en la no realización de una conducta objetivamente debida, esto es, no hacer aquello que la norma manda hacer, y representan la versión simétrica de los delitos de mera actividad. Cabe decir, pues, que son delitos de mera *inactividad*, que simplemente se diferencian de los delitos de mera actividad en que el objeto de la imputación consiste en la no disminución de un riesgo preexistente y que el Ordenamiento jurídico esperaba⁴⁵². La omisión consiste simplemente en la infracción de un deber de actuar.

Respecto de la comisión por omisión, el Legislador ha establecido un precepto general, el art. 11 CP, a fin de salvar el principio de legalidad en la

⁴⁵⁰ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. “*Los delitos societarios en el Código Penal español*”. Ed. Dykinson. Madrid. 1998. Pág. 260.

⁴⁵¹ STS (Penal) de 29 octubre de 2018. EDJ 2018/649872.

⁴⁵² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Parte General. 5ª Edición. 2.016. Pág.301.

punición de la omisión en los delitos de resultado, basándose en la existencia de un deber jurídico de actuar, que nace ya de una obligación legal o contractual, ya de la previa creación de una situación de peligro. Se trata de una conducta omisiva que contribuye a la realización del resultado prohibido y que se consideran equivalente a la acción desde el punto de vista valorativo⁴⁵³. Exige que se trate de un delito de resultado, pero el art. 293 CP no lo es sino que es de mera inactividad, de manera que basta la inactividad del administrador para que se aplique el tipo del art. 293 CP⁴⁵⁴. Se trata de una omisión que afecta al derecho de participación o control en la gestión social a que se refiere el art. 293 CP ⁴⁵⁵. No obstante, tanto en el “negar” como en el “impedir” se debate sobre la cuestión de la admisión de la comisión por omisión, como una de las modalidades de acción de este delito. Respecto de la modalidad de “negar” vemos en la doctrina un sector que defiende que debe ser concebida en el sentido de que requiere un acto positivo denegatorio, y que no admite la modalidad omisiva⁴⁵⁶. Otros autores sostienen que la modalidad de “negar” puede tener lugar, bien de modo expreso o positivo, bien de modo tácito o negativo (no contestando o eludiendo la respuesta) supuesto este último que supondría un supuesto de comisión por omisión⁴⁵⁷. Dejamos apuntada esta cuestión, pero no la desarrollamos pues reiteramos que se trata de un delito de simple actividad y la comisión por omisión solo se puede referir a un delito de resultado que debe ser imputado al sujeto de la omisión, con criterios que permitan equiparar la omisión a la causación del resultado⁴⁵⁸.

⁴⁵³ MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*. Décima edición. 2019. Ed. Tirant Lo Blanch. Pág. 225.

⁴⁵⁴ STS (Penal) Sala 2ª de 26 noviembre de 2002. Fto. 3º. EDJ 2002/54110. STS (Penal) Sala 2ª de 22 de diciembre de 2.009, nº 1351/2009, Rec. 1339/2009. STS (Penal) de 12 de mayo de 2015, nº 284/2015, Rec. 1563/2014. STS (Penal), 15-6-2017, nº 1045/2017, Rec. 2089/2016.

⁴⁵⁵ STS (Penal) de 27 enero de 2006. EDJ 2006/6367.

⁴⁵⁶ FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*. Tirant lo Blanch. Ed 2.015 pg. 290.

⁴⁵⁷ RODRÍGUEZ RAMOS, L. “*Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*”, 4-5-1997.

⁴⁵⁸ MUÑOZ CONDE, F; GARCÍA ARÁN M. “*Derecho Penal. Parte General*”. Décima edición. 2019. Ed. Tirant Lo Blanch. Pág. 228.

En ejemplos concretos, el Tribunal Supremo considera punible la inactividad cuando la información fue denegada de manera persistente, sin manifestar causa legal alguna, en abierta conculcación de la legislación en materia de sociedades y con una absoluta inactividad por parte del administrador obligado, que privó a los socios concernidos del ejercicio de ese derecho, al no suministrar ni facilitar el examen de la documentación e informes debidos, de manera que no se exige una denegación sea expresa ni que se verbalizara la negativa, si supuso un inmediato, persistente y claro obstáculo real para la actuación y el ejercicio de los derechos información, y también mediato, de los derechos de gestión de los socios requirentes. Y la Sentencia añade que la relevancia de esta omisión puede producirse en las sociedades participadas, lo que extiende necesariamente a la sociedad principal la privación del derecho a la información⁴⁵⁹.

Los que no admiten la modalidad omisiva en el “negar” refieren que el silencio informativo, sin más aditamento, no integra la conducta típica consistente en “negar o impedir” el ejercicio de los derechos de información⁴⁶⁰. Incluso parte de la Doctrina defiende que en el “impedir”, nada obsta a la apreciación de comisión por omisión, como sucedería en el caso del administrador que sabiendo que infringe su deber y conociendo que se va a producir una vulneración de los derechos de un socio, no hace nada por evitarlo⁴⁶¹. Las omisiones suponen no llevar a cabo la conducta activa que posibilita el ejercicio de los derechos del socio, por ejemplo, cuando el administrador no facilita los informes o la información requerida sobre las cuentas o la situación de la sociedad⁴⁶², o no abre la puerta a los apoderados de los socios, impidiéndoles concurrir a la Junta General⁴⁶³, o no convoca a un socio

⁴⁵⁹ STS (Penal) Sala 2ª de 7 junio de 2017. EDJ 2017/99613.

⁴⁶⁰ SAP Barcelona de 25 de marzo de 2.004. ARP 2004/381.

⁴⁶¹ FARALDO CABANA P. *Los Delitos Societarios*. Obra citada, pág. 291.

⁴⁶² SAP Zaragoza 436/2.003, de 29 de diciembre.

⁴⁶³ SAP Barcelona de 15 de enero de 2.007, ARP 2007/312.

a la Junta General para perjudicar a la minoría⁴⁶⁴, supuesto éste último penado expresamente en la Legislación italiana⁴⁶⁵.

Parte de la Doctrina interpreta la modalidad de “impedir” en el mismo sentido que se propone para el delito de coacciones, esto es, como una modalidad prohibitiva de causar, en la que ningún obstáculo existe para apreciar la comisión por omisión, como sucedería en el caso de que, sabiendo la obligación que le incumbe y conociendo que se va a producir una vulneración de los derechos de un socio, un administrador no hace nada por evitarlo⁴⁶⁶.

4.1.5. La expresión: “Sin causa legal”. Elemento normativo del tipo.

En la Doctrina es mayoritaria la postura de definir el elemento normativo por oposición al elemento descriptivo, como el no accesible a la percepción sensorial, que también es conceptualizado por su conexión con las normas, es decir, por el hecho de que remite a una norma –jurídica o no- para determinar su contenido⁴⁶⁷. Hay autores que critican la estructura típica del art. 293 CP por tratarse de un “tipo abierto”, entendido como el que no describe la acción típica, sino que recoge referencias expresas a la antijuridicidad, que obligan al intérprete –el Juez- a completar la descripción típica⁴⁶⁸.

⁴⁶⁴ SAP Córdoba 173/2.009, de 16 de junio.

⁴⁶⁵ MATA Y MARTÍN, R.M. “Los delitos societarios en el Código Penal de 1.995”. En *Revista de Derecho de Sociedades*. Aranzadi Editorial. nº 5, 1995, pág. 175.

⁴⁶⁶ FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*. Tirant lo Blanch. Ed.2015, págs. 289 á 296.

⁴⁶⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. *El error sobre elementos normativos del tipo penal*. Edición 2.008. Editorial La Ley. Pág. 44, 45, 48 y 54.

⁴⁶⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. *El error sobre elementos normativos del tipo penal*. Edición 2.008. Editorial La Ley. Pág. 111.

La expresión “sin causa legal” sustituyó a los adverbios “maliciosa y reiteradamente” empleados en los Proyectos de Código Penal de 1.992 y 1.994⁴⁶⁹. Es el tercero de los criterios que la Jurisprudencia considera para limitar la aplicación del art. 293 CP, atendiendo a la fundamentación material del precepto (que se añade al objeto y a la conducta típica) limitando la relevancia penal de las infracciones típicas⁴⁷⁰, cuando el administrador esté legitimado para negar la información que se le solicita⁴⁷¹, una exigencia típica que se alza como barrera a la intervención penal⁴⁷².

En la Doctrina se considera necesaria su presencia en la función selectiva del tipo, que realmente es una ley penal en blanco; se trata de una posibilidad de habilitación que puede estar en la propia Ley cuando excluye algunos de estos derechos (artículos 148, 197.3 y 304.2 LSC⁴⁷³, por ejemplo) o cuando permite que los estatutos o la junta general los excluyan o limiten (y entonces habrá que estar al contenido de la normativa interna de la mercantil), aunque siempre dentro de los límites y condiciones legales (por ejemplo, artículos 98 y ss., 179.3, 188.3 o 304.2 todos de la LSC)⁴⁷⁴. Por ello, el elemento normativo se determinará de

⁴⁶⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*. 6ª Edición. 2.019. Pág.551.

⁴⁷⁰ FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*. Tirant lo Blanch Ed. 2015, pg. 268.

⁴⁷¹ STS (Penal) de 26 de marzo de 2013. EDJ 2013/55353.

⁴⁷² STS (Penal) de 22 diciembre 2009. EDJ 2009/321753.

⁴⁷³ Artículo 148 LSdC. “Cuando una sociedad hubiere adquirido acciones propias o participaciones o acciones de su sociedad dominante se aplicarán las siguientes normas: a) Quedará en suspenso el ejercicio del derecho de voto y de los demás derechos políticos incorporados a las acciones propias y a las participaciones o acciones de la sociedad dominante”. Art. 197. 3 LSdC “Los administradores estarán obligados a proporcionar la información solicitada al amparo de los dos apartados anteriores, salvo que esa información sea innecesaria para la tutela de los derechos del socio, o existan razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extrasociales o su publicidad perjudique a la sociedad o a las sociedades vinculadas.” Art. 304.2 LSdC. sobre el derecho de preferencia No habrá lugar al derecho de preferencia cuando el aumento del capital se deba a la absorción de otra sociedad o de todo o parte del patrimonio escindido de otra sociedad o a la conversión de obligaciones en acciones

⁴⁷⁴ P. FARALDO CABANA. “Delitos societarios”. Capítulo 25. En (Dir.) Camacho Vizcaíno, Antonio *Tratado de Derecho Penal Económico*. Tirant lo Blanch. 1ª Ed. 2019. Pág.1.199.

acuerdo con lo que establece el Ordenamiento jurídico y en particular, su sector mercantil⁴⁷⁵, de manera que pueden concurrir causas legales extrapenales que faculten al administrador para no facilitar la información.

El debate sobre si estamos ante un elemento del tipo o ante una posible causa de justificación, tiene consecuencias prácticas en materia de error, como veremos en el Capítulo Cinco. El error de tipo excluye el dolo por falta del elemento cognoscitivo o intelectual, y su efecto inmediato es la exclusión de la responsabilidad penal conforme prevé el art. 14.1 del Código Penal para el caso de invencibilidad del error; y en el supuesto de ser vencible se castiga como imprudente, pero el art. 293 CP no prevé la comisión culposa, por lo que el error vencible conduce a la impunidad⁴⁷⁶. Pero si entendiéramos que el elemento “sin causa legal” hace referencia a que no exista una causa de justificación, el error sería de prohibición (creencia errónea de obrar justificadamente), y en el caso de ser vencible, la responsabilidad penal sería atenuada (art. 14.3 CP). En el apartado 5.1.2 del capítulo quinto dedicado al Tipo subjetivo tratamos sobre el elemento normativo “sin causa legal” justificando por qué lo consideramos como elemento del tipo.

⁴⁷⁵ LSdC, art. 196.2. Los administradores estarán obligados a proporcionar la información solicitada al amparo de los dos apartados anteriores, salvo que esa información sea innecesaria para la tutela de los derechos del socio, o existan razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extrasociales o su publicidad perjudique a la sociedad o a las sociedades vinculadas.

⁴⁷⁶ Art. 14. 1. Código Penal. 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.

El profesor Torío⁴⁷⁷ respecto de la previsión típica “sin estar legítimamente autorizado” en el delito de coacciones, afirma que, en algunos delitos, la realización de los elementos objetivos expresos en el tipo no va a indicar todavía el carácter antijurídico del comportamiento, el cual habrá de establecerse en virtud de un juicio particular. Se trata de un círculo de delitos para los que la Dogmática contemporánea utiliza la denominación de “*tipos abiertos*”. El art. 293 CP es un tipo abierto y por ello hemos entendido aplicables las consideraciones del profesor Torío que afirma que estas previsiones típicas son un elemento positivo del delito que está bajo la salvaguarda del principio *nullum crimen sine lege*, que no remite a las causas de justificación del Código Penal (elementos negativos del tipo) sino que “establece la necesidad de verificar que el comportamiento presenta propiedades materiales que permiten enjuiciarlo como objetivamente reprochable, de manera que el Juez ha de comprobar positivamente que la conexión entre acción concreta y fin a que se dirige es socialmente censurable, es decir, que no puede estimarse como medio justo para la consecución de un fin socialmente aprobado⁴⁷⁸.”

En la Doctrina se manifiesta que la presencia de la expresión “sin causa legal” posibilita la realización de una posterior reducción teleológica del tipo, que obliga a considerar que los intereses de la sociedad deben prevalecer sobre un ejercicio abusivo de los derechos de los socios y que, por ende, posibilitan destipificar conductas que formalmente comporten una negación o impedimento del ejercicio de tales derechos de manera que lo que convierte el hecho en penalmente relevante no es la realización de la conducta, sino su realización sin causa legal ⁴⁷⁹; sin embargo, otro sector doctrinal considera que este elemento

⁴⁷⁷ TORÍO LÓPEZ, A. “La Estructura típica del delito de coacción”. En *ADPCP*. Madrid 1.977. págs. 19 y ss.

⁴⁷⁸ TORÍO LÓPEZ, A. “La Estructura típica del delito de coacción”. En *ADPCP*. Madrid 1.977. pág. 39.

⁴⁷⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*. 6ª Edición. 2.019. Pág.559.

normativo es superfluo pues ya existe como causa de justificación “*el obrar en ejercicio legítimo de un derecho*”, en el artº 20, 7º CP⁴⁸⁰.

La descripción del comportamiento típico exige que se actúe contra los administradores que nieguen o impidan el derecho sin alegar causa alguna, o que aleguen una causa inexistente o una causa legal manifiestamente abusiva⁴⁸¹. Los supuestos en los que resulte jurídicamente dudoso el ámbito de concurrencia de la causa legal deben quedar al margen del ámbito penal. Y tampoco será típico el supuesto del administrador que con el ejercicio de un derecho origine una negativa o impedimento del ejercicio de los derechos del socio, y así se ha absuelto al administrador único que renuncia a su cargo, imposibilitando la confección y sometimiento de las cuentas anuales a la aprobación de la junta⁴⁸². Así lo afirma también la Audiencia Provincial de Navarra⁴⁸³.

Las causas legales que pudieran concurrir se distinguen según la clase de sociedad mercantil, y así en el ámbito de la de responsabilidad limitada, el art. 196.2 LSdC⁴⁸⁴ establece una posibilidad de no entregar la documentación en caso de que su publicidad –a juicio del órgano de administración- pueda causar perjuicio al interés social. Las posibilidades de negativa se incrementan en el ámbito de las anónimas, pues el art. 197.3 LSdC permite al órgano de administración negar la documentación valorando que es innecesaria para la tutela de los derechos del socio, o que existan razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extrasociales o que su publicidad perjudique a la

⁴⁸⁰ FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*. Tirant lo Blanch 2ª Ed. 2015. Pág. 293.

⁴⁸¹ STS (Penal) 650/2003, de 9 de mayo, RJ 2003/7143.

⁴⁸² FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*. Ed. Tirant lo Blanch. 2015. Pág. 295.

⁴⁸³ SAP (Penal) Navarra nº 10/2.013, de 30 de enero. ARP 2013, 937.

⁴⁸⁴ LSdC. Art. 196.2 “El órgano de administración estará obligado a proporcionárselos, en forma oral o escrita de acuerdo con el momento y la naturaleza de la información solicitada, salvo en los casos en que, a juicio del propio órgano, la publicidad de ésta perjudique el interés social”.

sociedad o a las sociedades vinculadas⁴⁸⁵. Se trata de impedir un ejercicio abusivo de los derechos del socio.

4.1.6. Exclusiones o limitaciones legales del ejercicio de los derechos de información, de participación en la gestión o control de la actividad social o de suscripción preferente de acciones.

La Ley de Sociedades de Capital permite que los estatutos o, simplemente, la junta general, excluyan o limiten algunos derechos, aunque siempre dentro de los límites o condiciones legales. Estos supuestos también integran la “causa legal” a que alude el precepto penal⁴⁸⁶. Y su concurrencia habrá de estudiarse en cada caso concreto.

Existirá delito cuando los administradores nieguen o impidan el derecho sin alegar causa alguna, o cuando invoquen una causa legalmente inexistente o aleguen una causa legal manifiestamente abusiva. La Jurisprudencia establece que no es exigible un análisis riguroso de la cobertura mercantil que pueda amparar a los administradores, sino que basta para excluir la responsabilidad en el ámbito penal que dicha causa resulte razonablemente aplicable⁴⁸⁷.

⁴⁸⁵ LSdC. Art. 197.3. “Los administradores estarán obligados a proporcionar la información solicitada al amparo de los dos apartados anteriores, salvo que esa información sea innecesaria para la tutela de los derechos del socio, o existan razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extrasociales o su publicidad perjudique a la sociedad o a las sociedades vinculadas”.

⁴⁸⁶ FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*. Ed. Tirant lo Blanch. 2015. Pág. 294.

⁴⁸⁷ STS (Penal) de 7 junio de 2017. EDJ 2017/99613. SAP Madrid, sec. 23ª (Penal) 19-12-2017, nº 713/2017, Rec. 1528/2016.

Existen supuestos en los que la Ley impide al socio el ejercicio del derecho de información, por tenerlo suspendido como sanción por incumplimiento de obligaciones, lo que impide que pueda aplicarse el art. 293 CP⁴⁸⁸. A saber:

4.1.6.1.- La mora en el pago de los dividendos pasivos impide el ejercicio del derecho de voto, o de suscripción preferente de nuevas acciones, como sanción por el incumplimiento de la obligación más importante del socio ante la sociedad, que es realizar la aportación convenida⁴⁸⁹.

4.1.6.2. Adquisición de acciones o participaciones propias. La Ley de Sociedades de Capital también excluye o suspende el derecho de voto y de los demás derechos políticos, cuando la sociedad hubiere adquirido acciones propias o participaciones o acciones de la sociedad dominante (art. 148, a) LSdC⁴⁹⁰.

4.1.6.3. Aumento de Capital. El art.506 de la LSdC establece otra exclusión en relación con el derecho de suscripción preferente en las sociedades cotizadas cuando el aumento de capital se delega en los administradores⁴⁹¹.

⁴⁸⁸ FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*. Ed. Tirant lo Blanch. 2015. Págs. 293 y 294.

⁴⁸⁹ LSdC. Art. 81. 1. El accionista que se hallare en mora en el pago de los desembolsos pendientes no podrá ejercitar el derecho de voto. El importe de sus acciones será deducido del capital social para el cómputo del quórum. Art. 81.2. Tampoco tendrá derecho el socio moroso a percibir dividendos ni a la suscripción preferente de nuevas acciones ni de obligaciones convertibles.

⁴⁹⁰ LSdC. Art. 148. Cuando una sociedad hubiere adquirido acciones propias o participaciones o acciones de su sociedad dominante se aplicarán las siguientes normas: a) Quedará en suspenso el ejercicio del derecho de voto y de los demás derechos políticos incorporados a las acciones propias y a las participaciones o acciones de la sociedad dominante.

⁴⁹¹ LSdC. Art. 506 1. En el caso de sociedades cotizadas, cuando la junta general delegue en los administradores la facultad de aumentar el capital social, podrá atribuirles también la facultad de excluir el derecho de suscripción preferente en relación a las emisiones de acciones que sean objeto de delegación si el interés de la sociedad así lo exigiera.

4.1.6.4. Supuestos estatutarios. La Ley de Sociedades de Capital permite que los estatutos, o simplemente la Junta General, excluyan o limiten algunos derechos, aunque siempre dentro de los límites y condiciones legales. Por ejemplo, la posibilidad de crear participaciones sociales y acciones sin voto, prevista en los arts. 98 y ss. LSdC⁴⁹². O la fijación del límite temporal de legitimación para asistir a la Junta, prevista en el art. 179.3 LSdC⁴⁹³, en las adquisiciones de acciones realizadas antes de la Junta General. O la supresión total o parcial del derecho de suscripción preferente, cuando el interés de la sociedad lo exija, como prevé el art. 308 LSdC⁴⁹⁴ o la limitación de los derechos de asistencia y de voto (art. 179.3 y 189.3 LSC)⁴⁹⁵.

4.1.6.5. La Ley del Mercado de Valores impide ejercer los derechos políticos derivados de las acciones a quien adquiera un volumen de acciones por el que llegue a alcanzar una participación significativa (art. 132 de Ley del Mercado de Valores⁴⁹⁶) sin haber promovido la preceptiva oferta pública de adquisición dirigida a todos sus titulares⁴⁹⁷.

⁴⁹² LSdC. Art. 98. Las sociedades de responsabilidad limitada podrán crear participaciones sociales sin derecho de voto por un importe nominal no superior a la mitad del capital y las sociedades anónimas podrán emitir acciones sin derecho de voto por un importe nominal no superior a la mitad del capital social desembolsado.

⁴⁹³ LSdC. Art. 179.3. En la sociedad anónima los estatutos podrán condicionar el derecho de asistencia a la junta general a la legitimación anticipada del accionista...

⁴⁹⁴ LSdC. art. 308.1. En los casos en que el interés de la sociedad así lo exija, la junta general, al decidir el aumento del capital, podrá acordar la supresión total o parcial del derecho de suscripción preferente.

⁴⁹⁵ LSdC. art. 189.3. Los accionistas que emitan sus votos a distancia deberán ser tenidos en cuenta a efectos de constitución de la junta como presentes.

⁴⁹⁶ Ley del Mercado de Valores. R.Dec.Leg. 4/2.015, de 23 de octubre. Art. 132.1. Quien incumpla la obligación de formular una oferta pública de adquisición, no podrá ejercer los derechos políticos derivados de ninguno de los valores de la sociedad cotizada cuyo ejercicio le corresponda por cualquier título, sin perjuicio de las sanciones previstas en el Título VIII.

⁴⁹⁷ FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*. Ed. Tirant lo Blanch. 2015. Págs. 293, 294.

La Audiencia Provincial de Madrid exige que los socios deben ejercitar sus derechos en las ocasiones que prevé la Ley, y cumpliendo las formalidades prescritas para ello. Fuera de estos supuestos, la negativa o el impedimento a su ejercicio carecerán de relevancia penal⁴⁹⁸.

4.1.7.-Elementos extraños a la conducta típica.

No comprende este delito el perjuicio patrimonial, ni la reiteración. Ni es posible considerar el art. 293 CP como un delito de peligro hipotético.

4.1.7.1.- El art. 293 CO no exige perjuicio patrimonial.

La restricción en la aplicación del precepto no puede realizarse exigiendo requisitos típicos no previstos. La Jurisprudencia 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 resultado⁴⁹⁹, y niega que se pueda exigir su presencia pues es algo ajeno al precepto. Cuando el Legislador ha pretendido diseñar en el ámbito de los delitos societarios un tipo de resultado patrimonial lesivo así lo ha dispuesto expresamente, por ejemplo el derogado art. 295 CP sobre administración desleal que se exigía como resultado típico que “*se cause directamente un perjuicio económico evaluable a los socios*”⁵⁰⁰; o en el art. 291 CP que castiga la imposición de acuerdos abusivos en la Junta o en el órgano de gobierno y requiere que se haga *en perjuicio de los demás socios*⁵⁰¹.

⁴⁹⁸ SAP (Penal) Madrid 25/2.004, de 19 de enero, JUR 2004, 261365.

⁴⁹⁹ STS (Penal) 1953/2.002, de 26 de noviembre (RJ 10.513), Fto. Jco. 2º.

⁵⁰⁰ STS (Penal) de 9 de mayo de 2003. EDJ 2003/263057.

⁵⁰¹ STS (Penal) 330/2.013, de 26 de marzo. EDJ 2013/55353.

La Doctrina mayoritaria no cree posible introducir por la vía interpretativa la exigencia de un perjuicio efectivo o de una aptitud lesiva para el patrimonio del socio afectado que claramente no existe en el tipo⁵⁰², afirmando que el peligro para el patrimonio de los socios no es un elemento expresamente incorporado al tipo penal⁵⁰³.

La Jurisprudencia establece que la necesaria restricción del ámbito de aplicación del art. 293 CP, no puede realizarse exigiendo requisitos típicos ajenos al precepto, como el perjuicio patrimonial⁵⁰⁴. Algún pronunciamiento ocasional del Tribunal Supremo defiende que el perjuicio que se ocasionase con la supuesta restricción de información ha de interpretarse en el sentido de perjuicio de contenido económico, es decir, que implique disminución patrimonial. Se basa en que sistemáticamente parece lo más correcto dada la rúbrica del Título "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico" y que existe expresa mención al perjuicio económico en otros preceptos del mismo capítulo como sucede en los arts. 290 y 295 CP⁵⁰⁵.

Ciertamente, el perjuicio patrimonial no se exige, pero sí está presente en el derecho de suscripción preferente de acciones que surge en la ampliación de capital. Limitar este derecho afecta a la preferencia en la compra de acciones, lo que influye en el capital del socio y en las futuras distribuciones de dividendos.

⁵⁰² FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*. Ed. Tirant lo Blanch. 2015. Pág. 297

⁵⁰³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Parte Especial. 6ª Edición. 2.019. Pág.559.

⁵⁰⁴ STS (Penal) 796/2.006, de 14 de julio. RJ 6088.

⁵⁰⁵ Sentencia de la AP Madrid, Sec. 23ª (Penal), de 5 de diciembre de 2005, nº 122/2005, rec. 13/2005 EDJ 2005/260437, siguiendo la postura doctrinal minoritaria del profesor Del Rosal Blasco.

En el debate del Proyecto de Código Penal la enmienda nº 399 del Grupo Popular propuso –sin éxito– la inclusión de una cláusula que incorporaba el perjuicio patrimonial como elemento típico: “causándole (al socio) un perjuicio no reparable por las vías previstas en la legislación reguladora de la sociedad en que se trate”⁵⁰⁶. Con esta cláusula se aludía a la causación de perjuicios de índole no económica, puesto que las acciones de impugnación de acuerdos sociales, sí permiten la reparación de los perjuicios económicos directamente causados por el acuerdo social impugnado o por los administradores.

Como cuestión de *lege ferenda*, en la Doctrina se defiende que quizás hubiese sido conveniente, para determinar el tipo y en aras al principio de intervención mínima, exigir dicho perjuicio patrimonial, delimitando el ámbito de aplicación respecto de la regulación civil. Así se establecería una necesaria restricción típica del ámbito de aplicación del delito y se evitaría la paradoja que se produce en la comparación de requisitos para ejercitar las acciones civiles de responsabilidad contra los administradores, entre las que sí se exige la causación de un daño patrimonial⁵⁰⁷. Lo cierto es que el Legislador no ofrece más elementos que permitan acotar la conducta típica,

4.1.7.2. Conducta reiterada.

Ya hemos visto que los Proyectos de CP de 1.992 y de 1.994 incluían un término que permitía circunscribir algo más la órbita del tipo objetivo, a saber, el comportamiento tenía que realizarse de forma maliciosa y reiterada. La introducción de la cautela de reiteración no parecía desacertada desde la perspectiva político-criminal, dado que dejaba claramente plasmada la

⁵⁰⁶ FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*. Ed. Tirant lo Blanch. 2015. Págs. 296-297.

⁵⁰⁷ FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*. Ed. Tirant lo Blanch. 2015. Pág. 297.

obligación de que el intérprete efectuase una exégesis más acorde con el carácter eminentemente secundario del Derecho Penal en este terreno, a la vista de la práctica identificación del ilícito penal con el ilícito mercantil⁵⁰⁸. Sin embargo, el Legislador de 1.995 suprimió los vocablos “maliciosa y reiteradamente” e incluyó el derecho de suscripción preferente de acciones. En otros tipos, el Legislador sí incluye el dato objetivo de la repetición de conductas como por ejemplo en la tipificación del uso de información reservada relevante para la cotización de valores, y en el que la habitualidad en la práctica abusiva, constituye una agravante específica (art. 285.2,1ª CP: 1ª *Que los sujetos se dediquen de forma habitual a tales prácticas abusivas*)⁵⁰⁹.

Ya desde las primeras interpretaciones jurisprudenciales el Tribunal Supremo establecía que no es exigible que el comportamiento sea reiterado, pues no lo requiere el precepto, pero se valora la persistencia en la negativa a informar como una evidencia de este carácter manifiesto de la conculcación del derecho de información, exigiendo la persistencia en el abuso para aplicar el art. 293 CP⁵¹⁰, excluyendo situaciones de negativa “esporádica, ocasional, puntual o aislada” y considerando relevante que el administrador “ha impedido la convocatoria y celebración de tres Juntas Generales Ordinarias consecutivas, pese a ser requerido formalmente para ello por la socio, tal y como se acredita por los burofax y una carta que se señalan, que demuestran que por parte del acusado se ha incumplido e impedido el derecho de información del socio⁵¹¹”.

El Tribunal Supremo considera la reiteración de la negativa como un comportamiento de negativa rotunda y casa una sentencia absolutoria, condenando en un supuesto en el que los administradores se negaron a convocar

⁵⁰⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Parte Especial. 6ª Edición. 2.019. Pág.560.

⁵⁰⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Parte Especial. 6ª Edición. 2.019. Pág.560.

⁵¹⁰ STS (Penal) de 26 nov. 2002 EDJ 2002/54110.

⁵¹¹ STS (Penal) de 14 de julio de 2.006 (nº 796/2006, rec. 1985/2005 EDJ 2006/105592).

juntas en repetidas ocasiones. Se trata pues, de negativas reiteradas a las solicitudes de información, constitutivas de un solo delito societario⁵¹². De manera que la renovación o reproducción del requerimiento y su desconocimiento por el infractor, consolida el abuso ejercido por aquél, e impregna de antijuricidad material la conducta típica, y sigue afirmando que la persistencia en el desconocimiento de los derechos de los socios, sin solución de continuidad, con hitos apreciables en relación a tres juntas sucesivas consolida y colma la tajante negativa que integra la conducta típica⁵¹³. La negativa repetida consolida la privación como *rotunda*, pero no hay una pluralidad de delitos, sino un solo delito⁵¹⁴. Estaríamos ante lo que Sanz Morán llama “unidades típicas en sentido estricto”⁵¹⁵, y que desarrollamos en el Capítulo Diez relativo al tema concursal.

4.1.7.3. ¿Delito de peligro hipotético? El art. 293 CP no es un delito de peligro hipotético, que exija en cada caso una valoración sobre la potencialidad lesiva de la conducta impeditiva de sus derechos objeto para el patrimonio del socio afectado. Y ello porque el Legislador, cuando ha pretendido en este mismo capítulo diseñar tipos de peligro hipotético para el patrimonio así lo ha establecido expresamente, por ejemplo, en el art. 290 que exige que la conducta delictiva se realice "de forma idónea para causar un perjuicio económico" a la sociedad, a alguno de sus socios o a un tercero⁵¹⁶.

⁵¹² STS (Penal) de 22 diciembre 2009. EDJ 2009/321753.

⁵¹³ STS (Penal) Sala 2ª de 7 junio de 2017. EDJ 2017/99613.

⁵¹⁴ STS (Penal) de 26 de marzo de 2013, nº 330/2013.

⁵¹⁵ SANZ MORÁN Á.J. "La reiteración delictiva: modelos de respuesta". En *Reincidencia y Concurso de delitos. Reiteración delictiva*. Montevideo, Buenos Aires. Coordinador: Maldonado Fuentes, Francisco; Ed. B d f. 2016. Pág. 6.

⁵¹⁶ STS (Penal) de 22 diciembre 2009 (EDJ 2009/321753). EDJ 2003/263057 STS (Penal) Sala 2ª de 9 mayo de 2003.

4.1.8. Conclusión.

Van parejas la creación del art. 293 CP y la preocupación jurisprudencial de restringir su aplicación, como hemos visto respecto de la conducta típica y del elemento normativo. La aplicación del tipo exige que la privación de los derechos del socio sea manifiesta, y que el administrador despliegue una conducta obstruccionista que sea reiterada y grave, de manera que quedan fuera del Derecho Penal los supuestos de insuficiencia de la documentación aportada, de dificultades a la aportación, de demoras y omisiones parciales, o cuestiones de ejercicio discutible del derecho por los socios, o incluso cuando la solicitud no se reitera, y no se acudió a la vía civil, o cuando no se actualizaron las titularidades dominicales por no tramitarse la partición de herencia o la liquidación de la sociedad ganancial. Estos supuestos son conducidos a la impugnación civil, en base a los principios de intervención mínima y de última *ratio*. Incluso hemos visto cómo la modificación del art. 204 de la LSdC, llevada a cabo en 2.014, exige que la impugnación mercantil tenga por objeto el que la información incorrecta o no facilitada haya sido esencial para el ejercicio del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación, lo que supone una adición en la exigencia de la ilicitud civil, y obliga al Juez penal a aumentar la exigencia sobre la entidad de la información de la que se ha privado al socio, o hacer más hincapié en la reiteración de la conducta impositiva.

El art. 293 es un tipo mixto alternativo, con dos verbos rectores. El verbo “negar” supone una conducta de mera actividad, que obstaculiza de manera inmediata y persistente el ejercicio de los derechos de información y gestión. Puede precisarse de un acto positivo denegatorio y también puede ser un no hacer, un no entregar, un no contestar, una omisión simple, en definitiva. Se rechaza la comisión por omisión por no estar ante un delito de resultado, sino de simple actividad. El verbo “impedir” exige una efectiva obstaculización.

El Tribunal Supremo castiga la inactividad que deniega la información pedida de forma persistente, exigiendo que la denegación sea expresa, condenando por delito de omisión, sin verbalización negativa.

El elemento normativo “*sin causa legal*” supone la segunda de las barreras a la intervención penal que vemos en este Capítulo en la línea -ya mencionada- de limitación de la aplicación del tipo. El Legislador ha incorporado la “ausencia de causa legal” como una exigencia típica, de manera que ha de ser el Juez quien compruebe si concurre este elemento positivo del tipo, verificando positivamente que la acción sea socialmente reprochable. El error sobre este elemento será de tipo y no de prohibición.

No hay delito en los supuestos en los que la Ley de Sociedades de Capital establece la suspensión de los derechos del socio, como en la mora en el pago de los dividendos pasivos, en la adquisición de acciones o participaciones propias y también los estatutos de las compañías pueden establecer restricciones y exclusiones a los ejercicios de los derechos del socio. Y también los estatutos pueden limitar el ejercicio de estos derechos.

El tipo presenta los problemas de un tipo abierto, basado en incumplimientos de carácter mercantil que adquieren trascendencia penal por su gravedad, y por el ataque al bien jurídico inmediato (el patrimonio) o el mediato (el orden socioeconómico). De manera que, sea en la definición de los derechos o sea en el contenido del elemento normativo, el precepto está nutrido de mercantilidad e integrado por mandatos extrapenales lo que hace padecer el principio de legalidad base del ordenamiento penal y principal límite al ejercicio del *ius puniendi* por el Estado, por lo que es deseable una mayor concreción en el tipo, como sucedía con el precepto en los proyectos de 1.992 y de 1.994 exigiendo expresamente ya la forma maliciosa y reiterada, ya un perjuicio más detallado para cualificar como penales unos ilícitos que existían como mercantiles, y esa

cualificación justificaría de manera más clara la intervención penal para evitar el ilícito.

Como elementos extraños a la conducta típica hemos hecho mención al perjuicio patrimonial, que no debe incorporarse en esta línea de restricción de la aplicación del artículo 293 CP, y si bien el tipo no exige la reiteración de conductas, ésta puede poner de manifiesto el carácter obstruccionista y grave de la conducta de privación de derechos, pues el artículo no se aplica en supuestos de negativas esporádicas, ocasionales, puntuales o aisladas. Tampoco estamos ante un delito de peligro hipotético, de manera que no hay que valorar la aptitud en cada caso concreto.

4.2 El Tipo Objetivo: El Objeto de la Acción.

Introducción.

En este segundo subcapítulo dedicado al Tipo objetivo tratamos del Objeto de la acción, esto es, del contenido de los derechos cuya vulneración puede infringir el art. 293 CP, de los cuales el más importante es el derecho a la información del socio por ser instrumental para el ejercicio de los demás que prevé el art. 293 CP, y por ello el desarrollo será más detallado respecto de este derecho.

El primer debate –de alcance constitucional- es el del uso de un mecanismo de legislación delegada como es el decreto legislativo para definir el contenido de un tipo penal, y cómo esta situación afecta al principio de legalidad.

El segundo punto de trascendencia es la limitación jurisprudencial a la aplicación del art. 293 CP, por la vía de exigencia estricta de requisitos del caso concreto, aspecto común a varios de los Capítulos de este trabajo.

Son objeto de estudio las principales facultades del socio y qué conductas y respuestas de los administradores pueden tener trascendencia penal para aplicar el art. 293 CP.

No encontramos justificación a la limitación que el Legislador ha establecido respecto del derecho de suscripción preferente, que opera solo respecto de las acciones y por tanto solo en el ámbito de la sociedad anónima, de manera que un mismo hecho o un mismo derecho del socio generado en las ampliaciones de capital, queda fuera del Derecho Penal cuando se produce en el ámbito de la sociedad de responsabilidad limitada, que es la forma societaria utilizada en más del noventa por ciento de las ocasiones en que se constituye una sociedad de capital en nuestro país.

4.2.1.-Descripción de los derechos del socio. Ley penal en blanco.

La Jurisprudencia afirma que el art. 293 CP tutela derechos económicos y políticos propios de la condición de socio, de acuerdo con la normativa extrapenal reguladora de los derechos inherentes a dicha condición⁵¹⁷, criminalizando determinados ilícitos civiles, concretamente, los de información, participación en la gestión o control de la actividad social o suscripción preferente de acciones, todos ellos recogidos en la legislación mercantil.

Parte de la Doctrina se considera que en este artículo son objeto de la acción los derechos de carácter esencialmente político y funcional, y aun dentro de esta categoría, el tipo no tiene a todos en cuenta⁵¹⁸, de manera que la relevancia penal se limita los expresamente reflejados en el precepto, de forma taxativa y no enumerativa, que no puede ser ampliable a otros derechos descritos en la legislación mercantil⁵¹⁹.

El art. 293 CP realiza una descripción típica genérica usando la técnica de “ley penal en blanco” al incorporar el aserto “*reconocidos por las Leyes*“, tras referirse a unos derechos ya recogidos en la legislación mercantil⁵²⁰. La Jurisprudencia expresa que otros derechos del socio están excluidos de la conminación penal bien por entenderse que tienen menos trascendencia o porque no se ejercitan ante los administradores y, por ello, no integran la conducta penalmente relevante, pues les falta el plus de antijuricidad material que justifica la respuesta penal frente al incumplimiento de obligaciones mercantiles que pueden ser demandadas por vía civil, advirtiéndose que la estructura de la

⁵¹⁷ STS (Penal) de 5 junio de 2019 EDJ 2019/611949.

⁵¹⁸ FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*. Ed. Tirant lo Blanch. 2015, pg. 268

⁵¹⁹ GALÁN MUÑOZ, A. Y NÚÑEZ CASTAÑO E. *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Delitos Societarios*. 3ª Edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2019. Pág. 233.

⁵²⁰ STS (Penal) de 5 junio de 2019. EDJ 2019/611949.

obligación sería idéntica en un caso y otro⁵²¹. La relevancia penal de estas vulneraciones de los derechos del socio ha sido defendida doctrinal y jurisprudencialmente fundándose en la importancia de los derechos básicos de los accionistas que no pertenecen al grupo de control de la sociedad, basada en la gravedad de los ataques de estos derechos pueden ser objeto, y apoyada en la necesidad de una tutela contundente frente a estas agresiones, que solo puede ser proporcionada por la intervención penal⁵²².

El titular de los derechos es el socio, sujeto pasivo del delito, que es quien ha aportado bienes, industria o alguna de estas cosas al fondo común⁵²³, lo que cifra una cuota, participación o acción que atribuye la condición de socio. Ciertas situaciones en el ámbito mercantil pueden plantear dudas, como ocurre con los titulares de los bonos de disfrute, con los obligacionistas o con el comité de empresa, que son titulares de derechos en la sociedad sin poseer títulos. Al respecto existen dos posiciones opuestas en la doctrina penal. Por un lado, quienes se oponen a toda interpretación extensiva, por entender que “socio” es un elemento del tipo con valoración normativa jurídica, de forma que no se puede atribuir esa condición a quien no la posee según la normativa extrapenal; y por otro quienes proponen considerar socio a “cualquier persona que se asocia para algún fin”, como “obligacionistas, cooperativistas, mutualistas, depositantes”; la primera parece más correcta, lo que lleva a concluir que no se protege a sujetos distintos de los socios que gozan de derechos otorgados por la legislación mercantil; pero incluso hay opiniones doctrinales que afirman que el artículo 293 CP no es aplicable en el ámbito de las cajas de ahorros o de las fundaciones, por carecer de una base asociativa de personas o socios, pese a la expresa previsión legal en tal sentido vía artículo 297 CP. Lo mismo cabe decir de todas aquellas

⁵²¹ STS (Penal) nº 1953/2002, de 26 de noviembre de 2002. (EDJ 2002/ 59272).

⁵²² STS (Penal) Sala 2ª de 22 de diciembre de 2.009 (EDJ 2009/321753). STS (Penal) de 5 junio de 2019 EDJ 2019/611949.

⁵²³ Código de Comercio, art. 116. “El contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código”.

entidades que, aun participando de manera permanente en el mercado para el cumplimiento de sus fines, carezcan de socios⁵²⁴.

El que estemos ante un tipo configurado mediante el uso de leyes penales en blanco anuncia una controversia desde el punto de vista de los principios penales de tipicidad y de legalidad, que ha sido resuelta favorablemente por el Tribunal Constitucional ratificando que es una técnica que satisface las exigencias formales y materiales que impone el principio de legalidad penal⁵²⁵ del art. 25.1 de la Constitución, afirmando que la reserva de ley en materia penal no impide la existencia de las denominadas "leyes penales en blanco". El Tribunal Constitucional afirma que 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) que sea satisfecha la exigencia de certeza o, lo que en expresión constitucional ya normalizada, 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 conminada⁵²⁶."

⁵²⁴ FARALDO CABANA, P. "Conductas contrarias a los derechos de los socios". En CAMACHO VIZCAÍNO, A. (Dir.) *Tratado de Derecho Penal Económico*. Tirant lo Blanch. 1ª Ed. 2019. Págs. 1.200, 1.201.

⁵²⁵ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 8 de mayo de 2012. Tribunal Constitucional Pleno, S 8-5-2012, nº 101/2012, BOE 134/2012, de 5 de junio de 2012, Rec. 4246/2001).

⁵²⁶ STC 127/1990, de 5 de julio, FJ 3, [EDJ 1990/7269](#).

Tres derechos integran el objeto de la acción, a saber, el de información, el de participación en la gestión o control de la actividad social, y el de suscripción preferente de acciones. Partiendo de esta descripción típica, incorporamos un cuadro sintético de derechos del socio elaborado por la Doctrina tomando como modelo básico la legislación societaria⁵²⁷, en una clasificación de cuatro grupos.

El derecho de información será el que más ampliamente desarrollaremos, al ser un derecho que constituye uno de los pilares básicos de la última reforma del derecho de sociedades. Fundamentalmente se refiere al derecho de consulta y examen de documentos en las ocasiones previstas en la ley, al derecho de información sobre la Junta general (previamente y durante su transcurso), y a las facultades de los socios minoritarios, en determinadas condiciones, de examinar las cuentas de la sociedad y nombrar un auditor⁵²⁸. En el derecho de información se aprecia una doble vertiente:

a) Pedir a los administradores informes sobre los puntos del orden del día de las juntas. De manera que este derecho se conculca en dos momentos importantes, a saber, antes y durante la celebración de la Junta de socios, y siempre en relación con los puntos contenidos en el Orden del día.

b) Con carácter más general, consisten en la facultad de solicitar datos suficientes para acreditar la situación patrimonial de la sociedad o las circunstancias relativas a la gestión.

⁵²⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Parte Especial. 6ª Edición. 2.019. Pág.555.

⁵²⁸ MATA Y MARTÍN, R. *Delitos societarios: Administración desleal y demás figuras delictivas en Empresa y Derecho Penal (I)*. Cuadernos de Derecho Judicial. Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Pág. 386.

En un segundo grupo están los denominados derechos de participación en la gestión que agrupan a toda una serie de derechos específicos entre los que cabe enumerar los cuatro siguientes:

- a) Derecho de asistencia a juntas.
- b) Derecho de representación.
- c) Derecho de voz (no expresamente reconocido en la legislación societaria pero tácitamente deducible de diversos preceptos de la misma y del RRMercantil).
- d) Derecho de voto.

En un tercer grupo están los derechos de control de la actividad social, que engloban a su vez, a determinados derechos concretos como son:

- a) El derecho a examen (que puede surgir con relación a numerosas situaciones).
- b) El derecho a que se practique una auditoría.
- c) El derecho a la impugnación de acuerdos de los órganos sociales.

A esta enumeración del tercer grupo, de derechos específicos de control de la actividad social habría que añadir que el derecho a la información es un derecho de control de la actividad social, pese a que el legislador penal lo haya mencionado como derecho independiente.

Y, por último, en el cuarto grupo consideramos el derecho de suscripción preferente de acciones, regulado en la legislación societaria. Sin duda un derecho importante para la tutela de los derechos de los socios, en los casos de aumentos de capital social con emisión de nuevas acciones, ordinarias o privilegiadas. En estas situaciones, los antiguos accionistas y los titulares de obligaciones convertibles podrán ejercitar el derecho a suscribir un número de acciones proporcional al valor nominal de las acciones que posean o de las que corresponderían a los titulares de obligaciones convertibles de ejercitar en ese

momento la facultad de conversión. Hemos de destacar que el art. 293 CP solo tutela el derecho del socio a la suscripción preferente de acciones –no de participaciones- en las ampliaciones de capital, por lo que deja fuera a las mercantiles de responsabilidad limitada que son las que tienen dividido su capital en participaciones y no en acciones.

Como hemos visto en los Capítulos anteriores, la limitación de la aplicación del tipo se alcanza también por una interpretación sujeta a la fundamentación material del precepto en el ámbito del objeto (también en el de la conducta típica y del elemento normativo "sin causa legal"). En concreto, en el ámbito del objeto material ha de partirse de que los derechos tutelados en el precepto no son absolutos ni ilimitados. En la Doctrina se afirma que la restricción de la aplicación del artículo 293 del CP en el ámbito del “objeto de la acción”, opera en la idea de no amparar conductas incardinables en el ejercicio abusivo de los derechos, al que se refiere expresamente el artículo 7.2⁵²⁹ del Código Civil⁵³⁰, buscando que no todo desconocimiento de los derechos reconocidos a los socios por la legislación mercantil dé lugar a la apreciación del delito, aun cuando su ejercicio sea negado o impedido sin causa legal por los administradores⁵³¹.

4.2.2. El Derecho a la Información.

La Jurisprudencia fundamenta su importancia en que permite al socio conocer el estado de salud de sus intereses en la empresa⁵³². Su naturaleza de derecho fundamental para el accionista deriva de su condición de presupuesto del derecho de participación y control en la gestión de la sociedad, lo que supone que

⁵²⁹ Art. 7.2. Código Civil. “La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo.”

⁵³⁰ STS (Penal) de 5 junio de 2019. EDJ 2019/611949, citando la STS (Penal) núm. 654/02, de 17 de abril.

⁵³¹ FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*. Ed. Tirant lo Blanch. 2015, pg. 268.

⁵³² STS (Penal) de 1 febrero 2013, EDJ 2013/11098.

los accionistas puedan solicitar por escrito con anterioridad a las Juntas, o verbalmente, los informes o aclaraciones que estimen convenientes acerca de los asuntos que consten en el orden del día y que -correlativamente- los administradores están obligados a proporcionárselo⁵³³.

En la descripción típica del art. 293 CP no se concretan los actos de denegación de información. Para su determinación hemos de estar tanto a la naturaleza de última *ratio* que tiene la sanción penal como al principio de intervención mínima que tienden a reservar al sistema de justicia penal la retaguardia en la defensa de los bienes jurídicos atacados por el infractor, de manera que no toda negativa de información constituirá *sic et simpliciter* la acción típica del delito del art. 293 CP. Para considerar que una posible ilicitud pueda entrar en el ámbito penal habrá de comprobarse -en cada caso concreto- si la negativa supone una efectiva limitación de la condición de socio⁵³⁴, menoscabo que es objeto de interpretación restrictiva por la Jurisprudencia penal, como hemos visto en el Capítulo anterior (4.1.2)⁵³⁵. Se reserva al ámbito mercantil la discusión sobre la suficiencia del modo en que se ha atendido a los derechos de los accionistas. Recordemos que la ilicitud civil de la obstaculización requiere que la privación sea de información esencial para el ejercicio del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación⁵³⁶.

⁵³³ STS (Penal) Sala 2ª de 5 junio de 2019 EDJ 2019/611949, citando la STS (Penal) 330/2013, de 26 de marzo.

⁵³⁴ STS (Penal) de 26 de marzo de 2013. EDJ 2013/55353.

⁵³⁵ STS (Penal) de 7 junio de 2017 EDJ 2017/99613, citando la STS de 1 de febrero de 2013, nº 91/2013. EDJ 2013/11098.

⁵³⁶ LSDC Art. 204.3 b 3. Tampoco procederá la impugnación de acuerdos basada en los siguientes motivos: **b)** La incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta, salvo que la información incorrecta o no facilitada 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.

En la Doctrina se afirma que el derecho de información se manifiesta en dos aspectos: el derecho a solicitar la información y el derecho a recibir la información solicitada sobre la situación patrimonial de la sociedad, sobre las circunstancias de su gestión o sobre cualquier otro aspecto que figure en el orden del día de la Junta General de accionistas. Es un derecho base para el ejercicio de los derechos de participación en la gestión que comprende derechos concretos, como el de asistencia a juntas y derecho de voto, el de representación, y el derecho de voz; y también es base para los derechos de control de la actividad social, que incluye los de examen, el derecho a que se practique una auditoría, ordinaria o especial, el de impugnación de los acuerdos sociales, etc. y afecta al derecho de suscripción preferente⁵³⁷. La Jurisprudencia afirma que comprende la facultad del socio de solicitar los informes o aclaraciones que estime precisos acerca de los asuntos que figuren en el orden del día o a la de obtener cualquier documento que habría de ser sometido a la aprobación de la Junta⁵³⁸.

La Ley de Sociedades de Capital establece el cauce de ejercicio del derecho, en relación con la convocatoria o celebración del órgano colegiado de la sociedad, con una detallada regulación sobre la forma de su ejercicio tanto en las sociedades limitadas, anónimas, y cotizadas, así como una regulación especial en relación con la información respecto de las cuentas anuales. La forma de ejercicio y de satisfacción del derecho puede ser oral o escrita, -su satisfacción normalmente debería ir pareja a la forma de su solicitud-, y el derecho puede satisfacerse antes, durante, o después de la celebración de la junta⁵³⁹.

La Audiencia Provincial de Las Palmas afirma que la naturaleza de la información negada debe tener trascendencia para la defensa de los intereses del socio en la empresa, de manera que el pronunciamiento judicial será absolutorio

⁵³⁷ Galán Muñoz A. y Núñez Castaño E. *"Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Delitos Societarios"*. 3ª Edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2019. Pág. 233.

⁵³⁸ STS (Penal) 9 de mayo de 2003. [EDJ 2003/263057](#).

⁵³⁹ PÉREZ BENÍTEZ, J.J. "Aspectos mercantiles de los delitos societarios". En *Boletín de Mercantil El Derecho*, 17 de junio de 2019, nº 75.

si “...la falta de esa información no ha constituido en modo alguno una conducta trascendente para que el (socio) pudiere articular convenientemente sus intereses societarios”⁵⁴⁰. También es necesario valorar la posibilidad de uso de los mecanismos previstos en la jurisdicción mercantil para acceder a ellos, e incluso impetrar convocatorias de Juntas.

Para la Audiencia Provincial de Barcelona la información denegada será relevante si se refiera a los detalles influyentes o determinantes a tratar en el orden del día, y siempre respecto de información que no sea accesible a los registros públicos –como el Mercantil- o que no pueda ser obtenida por otros procedimientos no gravosos, en cuyo caso se descartaría la relevancia penal de la conducta, y entraría –en su caso- en la tutela extrapenal, a través de las acciones y procedimientos que contempla la Ley de Sociedades de Capital⁵⁴¹.

La Audiencia Provincial de Guipúzcoa exige la concurrencia de dos criterios para 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; y entiende que ambos requisitos son susceptibles de entrar en el ámbito del error⁵⁴². La Audiencia Provincial de Valladolid afirma que quedarán extramuros del art. 293 CP los supuestos en los que falta una información completa o se proporcionan explicaciones insuficientes sobre remuneraciones, participación en UTEs,

⁵⁴⁰SAP (Penal) Las Palmas, Sec. 1ª, de 9 de febrero de 2018. EDJ 2018/66655.

⁵⁴¹ AAP Barcelona, sec. 6ª (Penal) de 29 de enero de 2018, nº 64/2018, Rec. 787/2017. EDJ 2017/74258. AAP (Penal) Barcelona, sec. 6ª, de 19 de marzo de 2018, nº 200/2018, rec. 175/2018 EDJ 2018/ 67392. AAP Valladolid, sec. 4ª (Penal), de 5 de abril de 2018, nº 167/2018, Rec. 211/2018. EDJ 2018/87439.

⁵⁴² AAP (Penal) de Guipúzcoa, sec. 3ª, 26 de marzo de 2018, nº 101/2018, rec. 3293/2016. EDJ 2018/523764.

operaciones concretas, pérdidas, etc, que tal y como aparecen formuladas no son incardinables en el delito del art 293 CP⁵⁴³.

La Audiencia Provincial de Alicante condena cuando no se aporta la información contable y económica que resultaba esencial para tener conocimiento fehaciente de la marcha y gestión de la empresa en orden a emitir su voto respecto a la aprobación o no de las cuentas anuales, a saber, balances de la sociedad al máximo nivel, desgloses de existencias, desglose de movimientos o mayores de los saldos finales y de las cuentas de bancos y de caja⁵⁴⁴. De manera que, como razonó acertadamente la Audiencia Provincial de Barcelona, no basta decir que se denegó información sobre la marcha de la sociedad (con negativa incluso a expedir certificación de actas de juntas generales) sin mayor concreción sobre el tipo de información solicitada, puesto que el Ordenamiento jurídico ya arbitra remedios o instrumentos para hacer valer tal derecho en otros sectores ajenos al Derecho Penal⁵⁴⁵.

En los apartados siguientes vamos a ver distintos supuestos en los que la Legislación mercantil regula los derechos del socio referidos en el art. 293 CP cuya afectación en su ejercicio tiene relevancia penal.

4.2.2.1. El derecho de información en la Ley de Sociedades de Capital.

La legislación mercantil regula el estatuto del socio y las vías para impetrar ilicitud civil en las privaciones de facultades que protagonizan los administradores, y así, hemos de partir de la Ley de Sociedades de Capital de

⁵⁴³ AAP (Penal) de Valladolid, sec. 4ª, de 5 de abril de 2018, nº 167/2018, Rec. 211/2018. EDJ 2018/87439.

⁵⁴⁴ SAP (Penal) de Alicante de 14 septiembre de 2018. EDJ 2018/660988.

⁵⁴⁵ SAP (Penal) de Barcelona de 22 de marzo de 1.999.

2010, para ver qué facultades reconoce al socio el ordenamiento mercantil, y delimitar después cuáles son los ataques más graves de los derechos del socio, que son las vulneraciones que incumben al Derecho Penal.

La Ley de Sociedades de Capital de 2.010 establece el régimen jurídico del derecho de información, del que destacamos cinco artículos: el art. 93. d) LSdC respecto del derecho de información como derecho mínimo del socio; el art. 102 LSdC, respecto de los derechos de participaciones sociales y acciones sin voto; los arts. 196 y 197 LSdC, sobre el derecho de información en las sociedades limitadas y anónimas; el art. 272 LSdC, sobre el derecho de información en la junta de aprobación de las cuentas anuales, y el art. 287 LSdC sobre el derecho de información en la modificación estatutaria. Desarrollando brevemente estos preceptos, diremos que es un régimen jurídico que nos permite afirmar que todos los socios ostentan por igual el derecho inderogable a la información.

El art. 93 d) LSdC establece que el derecho a la información es un derecho mínimo del socio, y literalmente dice: *“En los términos establecidos en esta ley, y salvo los casos en ella previstos, el socio tendrá, como mínimo, los siguientes derechos: d) El de información.”* Es un derecho que alcanza a los titulares de las participaciones y acciones sin voto, como refiere el art. 102.1 LSdC: *“Las participaciones sociales y las acciones sin voto atribuirán a sus titulares los demás derechos de las ordinarias, salvo lo dispuesto en los artículos anteriores.”*

En el ámbito de la sociedad limitada el derecho de información se contempla en el art. 196 de la LSdC, que fija dos momentos concretos, antes de la Junta general o durante la misma, y concreta su objeto en los asuntos comprendidos en el orden del día. Y así, este precepto confiere a los socios de una sociedad limitada el derecho a solicitar por escrito, con anterioridad a la reunión de la junta general o verbalmente durante la misma, los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día. Esta

facultad del socio se corresponde con la obligación del órgano de administración a proporcionar la documentación, con la sola excepción de que la publicidad perjudique el interés social⁵⁴⁶. Expresamente para las sociedades limitadas establece el n° 3 del art. 196 LSdC que la denegación será improcedente *cuando la solicitud esté apoyada por socios que representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital social*⁵⁴⁷.

El de los socios de la mercantil anónima se regula en el art. 197 LSdC referido también a los asuntos del orden del día de la junta, ya con anterioridad a la misma (*hasta el séptimo día anterior*), ya durante su celebración. Así, el art. 197. 1. LSdC establece la facultad de los accionistas ejercitable hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la junta para solicitar de los administradores las informaciones o aclaraciones que estimen precisas acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día, o formular por escrito las preguntas que consideren pertinentes. Los administradores estarán obligados a facilitar la información por escrito hasta el día de la celebración de la junta general.

El n° 2 del art. 197 de la ley societaria, regula el derecho de información ejercitado en la celebración de la junta general, y faculta a los accionistas para solicitar verbalmente las informaciones o aclaraciones que consideren convenientes acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día. Y si el derecho del accionista no se pudiera satisfacer en ese momento, los administradores estarán obligados a facilitar la información solicitada por escrito, dentro de los siete días siguientes al de la terminación de la junta.

⁵⁴⁶ Art. 196.2 LSdC. “El órgano de administración estará obligado a proporcionárselos, en forma oral o escrita de acuerdo con el momento y la naturaleza de la información solicitada, salvo en los casos en que, a juicio del propio órgano, la publicidad de ésta perjudique el interés social.”

⁵⁴⁷ Art. 196.3 LSdC. “No procederá la denegación de la información cuando la solicitud esté apoyada por socios que representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital social”.

El derecho de información a que se refieren los arts. 196 y 197 de la LSdC ha de referirse exclusivamente a los asuntos comprendidos en el Orden del día. Vemos así el carácter instrumental del derecho de información, respecto de su importancia para el ejercicio de otros derechos societarios, lo que lleva a nuestros Tribunales a negar la aplicación del delito cuando no llega a celebrarse la junta para la que se ha negado información previa.

Finalmente, hemos de referirnos al derecho de información del socio en la Junta general que aprueba las cuentas anuales. Recordemos que las Cuentas anuales, conforme al art. 254.1 de la LSdC, comprenden 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. Pues bien, el art. 272.2 de la LSdC establece el derecho del socio a pedir –desde la convocatoria de la Junta– los documentos que han de ser sometidos a su aprobación, derecho que se extiende a examinar, por sí o en unión de experto contable, los documentos que sirvan de soporte y de antecedente a dichas cuentas anuales, si bien en este último caso, los socios de las limitadas han de representar al menos el cinco por ciento del capital, salvo disposición contraria de los estatutos.

El art. 287 LSdC contempla el derecho de información en el supuesto concreto de modificación de los estatutos sociales, en el que el socio puede solicitar la entrega o el envío gratuito del texto íntegro de la modificación propuesta, y en el caso de las sociedades anónimas, el texto del correspondiente informe de los administradores sobre la misma, pudiendo además desplazarse al domicilio social para examinar allí dichos documentos⁵⁴⁸.

⁵⁴⁸ LSdC. Art. 287. En el anuncio de convocatoria de la junta general, deberán expresarse con la debida claridad los extremos que hayan de modificarse y hacer constar el derecho que corresponde a todos los socios de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta y, en el caso de sociedades anónimas, del informe sobre la misma, así como pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos.

El derecho de información respecto de la aprobación de las cuentas se concreta en el art. 272 de la LSdC, que establece que, desde el momento de la convocatoria para su aprobación en junta general, cualquier socio tiene la facultad de obtener 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. La Ley obliga a los administradores a mencionar este derecho en la convocatoria. Para las mercantiles limitadas y también a partir de la convocatoria de la junta general que considerará su aprobación, el artículo 272, 3 de la LSdC, establece la facultad de los socios de examinar en el domicilio social, por sí o en unión de experto contable, los documentos que sirvan de soporte y de antecedente de las cuentas anuales, con la sola exigencia de que han de representar al menos, el cinco por ciento del capital social⁵⁴⁹.

En la vía civil, la vulneración del derecho de información atribuye al socio la facultad de impugnación del acuerdo social⁵⁵⁰, pero exige que la información incorrecta o no facilitada haya 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 participación⁵⁵¹. En este supuesto, la acción caducará al año del acuerdo, salvo que resulte contrario al orden público, en cuyo caso la acción no caduca⁵⁵². El art. 206 LSdC faculta para el ejercicio de esta acción a socios que

⁵⁴⁹ Art. 272.3 LSdC. Salvo disposición contraria de los estatutos, durante ese mismo plazo, el socio o socios de la sociedad de responsabilidad limitada que representen al menos el cinco por ciento del capital podrán examinar en el domicilio social, por sí o en unión de experto contable, los documentos que sirvan de soporte y de antecedente de las cuentas anuales.

⁵⁵⁰ Art. 204.1 LSdC. Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

⁵⁵¹ Art. 204.3.b) LSdC. La incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta, salvo que la información incorrecta o no facilitada 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. Ref. Dic. 2014.

⁵⁵² Art. 205 LSdC. La acción de impugnación de los acuerdos sociales caducará en el plazo de un año, salvo que tenga por objeto acuerdos que, por sus circunstancias, causa o contenido resultaren contrarios al orden público, en cuyo caso la acción no caducará ni prescribirá.

hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que representen, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital. Y si el derecho de información del socio se conculca desde el Consejo de Administración, también será posible la impugnación judicial de este acuerdo, con legitimación activa de los socios⁵⁵³. En ambos casos la tramitación será del procedimiento ordinario de la LECi, conforme prevé el art. 207.1 LSdC⁵⁵⁴ y 251.2 LSdC⁵⁵⁵. Conforme dispone el art. 251.2 LSdC, las causas de impugnación, su tramitación y efectos se regirán conforme a lo establecido para la impugnación de los acuerdos de la junta general.

El socio dispone de otra manera de accionar contra la ilicitud civil del comportamiento de los administradores, que es la acción individual de responsabilidad prevista en el art. 236 de la LSdC⁵⁵⁶, para lo que precisa acreditar la incidencia del daño en los intereses particulares del socio para la aplicación de un precepto recoge con suficiente detalle los elementos básicos de una responsabilidad subjetiva, comunes en la tradición del derecho de daños, que

⁵⁵³ Art. 251.1 LSdC. Los administradores podrán impugnar los acuerdos del consejo de administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración, en el plazo de treinta días desde su adopción. Igualmente podrán impugnar tales acuerdos los socios que representen un uno por ciento del capital social, en el plazo de treinta días desde que tuvieron conocimiento de los mismos y siempre que no hubiere transcurrido un año desde su adopción.

⁵⁵⁴ LSdC. Art. 207.1. Para la impugnación de los acuerdos sociales, se seguirán los trámites del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁵⁵⁵ LSdC. Art. 251.2. Las causas de impugnación, su tramitación y efectos se regirán conforme a lo establecido para la impugnación de los acuerdos de la junta general, con la particularidad de que, en este caso, también procederá por infracción del reglamento del consejo de administración.

⁵⁵⁶ LSdC. Artículo 236. 1. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa. La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales.

deben concurrir, a saber, la acción u omisión ilícita y culpable conectada causalmente a la producción de un daño⁵⁵⁷.

La Jurisprudencia defiende que la reparación en sede mercantil también es eficaz, y obliga a considerar la verdadera intencionalidad y trascendencia lesiva de la acción imputada, de manera que solo estará justificada la intervención penal si concurren los comportamientos más abiertamente impeditivos del ejercicio de estos derechos básicos⁵⁵⁸.

4.2.2.2 La relevancia penal de la privación del derecho a la información en supuestos concretos.

Hemos visto que la reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital de diciembre de 2.014 exige como requisito de la impugnación judicial del acuerdo de la Junta que *la información incorrecta o no facilitada 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. Si esa información negada no es esencial, el socio no tendrá acción civil de impugnación del acuerdo, sino únicamente podrá exigir el cumplimiento de la obligación de información y los daños y perjuicios que se le hayan podido causar⁵⁵⁹. Por tanto, para que el socio pueda ejercitar la acción civil, la información de la que se le priva debe ser

⁵⁵⁷ QUIJANO GONZÁLEZ, J. “Los presupuestos de la responsabilidad de los administradores en el nuevo modelo del consejo de administración (arts. 236.1 y 2 LSdC)”. *En Revista de Derecho Mercantil*, nº 296, 2015, págs. 135-157. Ed. Thomson Reuters Aranzadi.

⁵⁵⁸ STS (Penal) de 1 febrero 2013, EDJ 2013/11098.

⁵⁵⁹ Art. 197.5 LSdC. “La vulneración del derecho de información previsto en el apartado 2 solo facultará al accionista para exigir el cumplimiento de la obligación de información y los daños y perjuicios que se le hayan podido causar, pero no será causa de impugnación de la junta general”. Redactado por el apartado cuatro del artículo único de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo («B.O.E.» 4 diciembre).

relevante. Sin duda, esta modificación legislativa deberá influir en las próximas sentencias penales para aumentar la restricción de vía penal en base, por ejemplo, a la reiteración de los impedimentos. Al cierre de esta redacción, no hemos visto ninguna mención a esta modificación de la legislación mercantil de 2.014.

Desde las primeras interpretaciones del artículo 293 CP, la Jurisprudencia mantiene que esta figura delictiva busca la protección de los derechos del socio de la gravedad de los ataques de que pueden ser objeto⁵⁶⁰, lo que pone de manifiesto la necesidad de una tutela contundente frente a estas agresiones, que solo puede ser proporcionada por la intervención penal⁵⁶¹. En la Doctrina se afirma que los Tribunales aplican el precepto tutelando que el socio tenga conocimiento de causa sobre el objeto de decisión de la junta así como sobre la situación patrimonial de la sociedad, y sobre las circunstancias relativas a su gestión, así como de las cuentas anuales que han de ser aprobadas, manifestándose como un presupuesto para la efectividad del ejercicio de cuantos derechos derivan de la cualidad de socio, para que pueda adoptar las pertinentes posiciones en la Junta⁵⁶².

Se vulnera el derecho de información de los socios cuando se convoca junta general sin hacer mención alguna al mismo y no se atiende al requerimiento de información presentado en tiempo y forma por uno de ellos⁵⁶³; o cuando se desatienden los requerimientos notariales al efecto, presentados por los socios que representan porcentajes superiores al cinco por ciento del capital social⁵⁶⁴.

⁵⁶⁰ STS (Penal) de 26 de noviembre de 2002. [EDJ 2002/54110](#).

⁵⁶¹ STS (Penal) de 9 de mayo de 2003. [EDJ 2003/263057](#).

⁵⁶² STS (Penal) de 27-1-2006, núm. 42/2006 [EDJ 2006/6367](#).

⁵⁶³ Sent Jº PI Zaragoza 298/2.000. JUV 141684.

⁵⁶⁴ SAP (Penal) Valencia 415/2.000, de 10 de julio (JUR 286.217) y SAP Madrid (Penal) 1830/2000 de 18 de diciembre (JUR 94.901). Referidas por Faraldo Cabana. *“Los delitos societarios”*. Tirant lo Blanch. Ed. 2015 pág. 272.

La regulación penal armoniza intereses contrapuestos, por un lado, el del socio a informarse de la marcha de los negocios sociales y por otro, el interés social, por cuya vigilancia la sociedad debe cuidarse de no hacer partícipes en la información a socios que empleen los secretos de la empresa en interés propio y ajeno, haciendo competencia desleal⁵⁶⁵. Y así, el ámbito del art. 293 CP no alcanza a los supuestos razonablemente discutibles y únicamente serán típicos aquellos supuestos de denegación de información a la que los socios tienen derecho de modo manifiesto⁵⁶⁶.

Aplicando esta doctrina, quedarán fuera de la norma penal los supuestos de peticiones genéricas de información como las que abarquen “*toda la documentación mercantil y fiscal de la compañía*”⁵⁶⁷. Y en el mismo sentido, el Supremo nos dice que no habrá delito cuando se exceden los límites legales del derecho de información o no se utilizan los cauces legales para su ejercicio⁵⁶⁸.

Mencionamos algunos supuestos de Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en los que se ha negado la aplicación del art. 293 CP⁵⁶⁹:

- La información no se ha solicitado en forma⁵⁷⁰.

⁵⁶⁵ FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*. Ed. Tirant lo Blanch. 2015, pg. 273.

⁵⁶⁶ STS (Penal) de 7 junio de 2017. EDJ 2017/99613.

⁵⁶⁷ FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*. Ed. Tirant lo Blanch. 2015. Pg. 270.

⁵⁶⁸ STS (Penal) 42/2.004 de 27 de enero; RJ 4603.

⁵⁶⁹ FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*. Ed. Tirant lo Blanch. 2015, pg. 272.

⁵⁷⁰ SAP (Penal) Tenerife 510/2.013 de 31 de octubre.

- La documentación ha estado a disposición del solicitante en diversas ocasiones sin que éste hiciera uso de su derecho⁵⁷¹.

-El solicitante puede conocer los documentos sin excesivas dificultades por otras vías⁵⁷².

-La información se entrega con dilaciones u omisiones sin importancia, que no afectan a la sustancia del derecho⁵⁷³.

-Se entrega solo tras haber hecho uso de las vías legales previstas al efecto en la normativa mercantil, como por ejemplo el requerimiento notarial⁵⁷⁴.

- Se trata de documentos que no existen, por ejemplo, cuando no ha habido libros de contabilidad o no se han elaborado las cuentas anuales dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social. Son supuestos que se consideran como meros incumplimientos de obligaciones mercantiles que no deben traspasar el ámbito penal y así lo manifiesta la Audiencia Provincial de Jaén⁵⁷⁵.

-Se niega la procedencia de entregar al socio las declaraciones a Hacienda o copia de escrituras, como afirma la Audiencia Provincial de Pontevedra⁵⁷⁶; ni cuando se solicitan las cuentas anuales de tres años, dice la Audiencia Provincial de Madrid⁵⁷⁷, estableciendo que existe una limitación temporal tanto para el ejercicio de información en sentido estricto, como para el derecho de examen de la contabilidad; en el mismo sentido, otra Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona declara que no se vulnera el derecho de

⁵⁷¹ SAP (Penal) Castellón de 20 de diciembre de 2.000.

⁵⁷² FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. "Art. 293". "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico". En COBO DEL ROSAL, M. (Dir) *Comentarios al Código Penal*. Vol. 9, 1999. Edersa. Pág. 541. SAP León 41/2.006 de 12 de julio.

⁵⁷³ AAP (Penal) Madrid 262/2.006, de 8 de mayo; AAP Zaragoza (Penal) nº 355/2.006, de 21 de julio.

⁵⁷⁴ STS (Penal) 396/2013 de 7 de mayo (RJ 7317).

⁵⁷⁵ AAP (Penal) Jaén 388/2.102 de 21 de diciembre (JUV 140.773).

⁵⁷⁶ SAP Pontevedra (Penal) 58/2.001, de 26 de septiembre, JUR 2001/317.934.

⁵⁷⁷ SAP Madrid (Penal) 668/2000 de siete de noviembre, JUR 2001/60.869.

información solicitada por el socio siete meses después de la celebración de la Junta en la que se discutió el asunto a que dicha información se refería⁵⁷⁸.

Por eso, en la Doctrina se afirma que el derecho a la información es amplio, pero no ilimitado, y exige tanto que se ejerza dentro de los límites legales del derecho a la información como que se usen los cauces legales para su ejercicio⁵⁷⁹.

4.2.2.3. Derecho de información del representante del socio.

El accionista con derecho de asistencia puede hacerse representar –de manera revocable⁵⁸⁰- en la Junta general por otra persona, aunque ésta no sea accionista⁵⁸¹. El ejercicio del derecho de representación puede ser limitado estatutariamente, pero estas barreras no pueden alcanzar al cónyuge, ascendiente, descendiente del representado, ni al representante con poder general contenido en documento público con facultad para administrar todo el patrimonio que el representado tenga en el territorio nacional⁵⁸². El derecho de

⁵⁷⁸ AAP Tarragona (Penal) de 6 de marzo de 2.006 (ARP 2006/645).

⁵⁷⁹ FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*. Tirant lo Blanch. Ed. 2015 pág. 272.

⁵⁸⁰ Art. 185 LSdC. La representación es siempre revocable.

⁵⁸¹ Art. 184.1 LSdC. Todo accionista que tenga derecho de asistencia podrá hacerse representar en la junta general por medio de otra persona, aunque ésta no sea accionista. Los estatutos podrán limitar esta facultad.

Art. 184.2. LSdC. La representación deberá conferirse por escrito o por medios de comunicación a distancia que cumplan con los requisitos establecidos en esta ley para el ejercicio del derecho de voto a distancia y con carácter especial para cada junta.

⁵⁸² Art. 187 LSdC. Las restricciones legales contempladas en los arts. 184 y 186 no serán de aplicación cuando el representante sea el cónyuge o un ascendiente o descendiente del representado ni tampoco cuando aquél ostente poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional.

representación, también incluido entre los derechos de participación en la gestión⁵⁸³, se regula en los arts. 184 a 187 de la LSdC.

De manera que también el *no socio* puede ser titular de este derecho de información, pero solo cuando ostenta la representación de uno o varios accionistas, como se desprende del art. 183 LSdC, que prevé que el socio podrá hacerse representar en la junta general por persona que ostente poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional. Este artículo prevé que los estatutos autoricen la representación por medio de otras personas, que deberá conferirse por escrito y que comprenderá la totalidad de las participaciones de que sea titular el socio representado. De manera que la asistencia a la junta no puede ser impedida de manera caprichosa, cuando se ejerce a través de un representante, exigiéndole requisitos innecesarios para su asistencia en la idea de imposibilitar el ejercicio normal de este derecho, como puede ser el exigir la acreditación de una representación sobradamente conocida. Así, la Audiencia Provincial de Ciudad Real condena al administrador basándose en que le fue solicitada información relevante para poder participar en la vida social por quien aseguraba actuar en representación del socio, a quien ya se le había reconocido previamente su condición de apoderado; la conducta ilegal fue requerir al solicitante para que volviera a acreditar la representación que aseguraba ostentar lo que determina su voluntad contraria a facilitar al socio la información que solicitaba⁵⁸⁴.

4.2.3. La no convocatoria de las Juntas generales.

Es otra de las conductas de los administradores que puede impedir el ejercicio del derecho del socio a la información. También se trata de uno de los

⁵⁸³ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. "Art. 293". "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico". En COBO DEL ROSAL, M. (Dir) *Comentarios al Código Penal*. Vol. 9, 1999. Edersa. Pág. 541.

⁵⁸⁴ SAP (Penal) Ciudad Real de 18 octubre de 2018. EDJ 2018/659585.

principales supuestos de negación de derechos de participación en la gestión o control de la actividad social⁵⁸⁵.

El Tribunal Supremo afirma que el derecho a que se convoquen las juntas generales previstas en la Ley o en los estatutos es presupuesto básico para un correcto ejercicio de los derechos de información y de participación en la gestión o control de la actividad social⁵⁸⁶, pero establece que la no convocatoria de Juntas de socios, solo tendrá relevancia penal si el socio ha requerido a los administradores para que convoquen en los términos previstos en la normativa mercantil, y si los administradores han desoído tales requerimientos.

La Jurisprudencia afirma que la no celebración de juntas por no haberlas deliberadamente convocado, integra una conducta calificable de antijurídica en el campo civil, que puede originar las pertinentes responsabilidades en ese orden jurisdiccional, por lo que habrán de usarse los instrumentos que ofrece la ley civil, y provocar la convocatoria solicitándola del juez competente; y ya convocada judicialmente, interesar la información pretendida⁵⁸⁷. El Tribunal Supremo confirma que la falta de información existe tanto por la negación como por la falta de convocatoria de las Juntas, siendo tanto más grave y relevante esta segunda figura cuando lo que se produce en los socios es el efecto indeseable de omitir la información que permita estar al corriente de la marcha de la sociedad y fundamenta la condena descalificando la conducta de los administradores como de *clamorosamente abusiva actitud, por dejar de convocar Juntas y denegar la convocatoria*, y aunque existiera la posibilidad de ejercicio de acciones civiles, el alto Tribunal reprocha la absolución de la Sala de Instancia por negar la aplicación del tipo por el solo hecho de estar “*ante unos hechos perseguibles en otro orden jurisdiccional*”, recordando que la restricción en la aplicación del precepto solo debe alcanzarse a través de una interpretación del precepto sujeta

⁵⁸⁵ FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*. Ed. Tirant lo Blanch. Ed. 2015. Pág. 270.

⁵⁸⁶ STS (Penal) de 22 de diciembre de 2.009, nº 1351/2.009. EDJ 2009/321753.

⁵⁸⁷ STS (Penal) 42/2006 de 27 de enero, EDJ 2006/6367.

a su fundamentación material, en el triple ámbito del objeto (ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social), de la conducta típica (negativa o impedimento) y del elemento normativo (sin causa legal), y que analizando cada uno de esos parámetros, a la vista de los hechos enjuiciados y probados, estamos ante un tipo perfectamente aplicable. Piénsese que no hay información si no hay Junta de accionistas, y no hay Junta si no se convoca por quien tiene el deber y obligación de proceder a esa convocatoria. Y así, condena a los administradores que se niegan reiteradamente a convocar Junta General Extraordinaria, cuando se solicite legalmente, expresando en la solicitud los asuntos a tratar en la Junta⁵⁸⁸.

En el mismo sentido, la Audiencia de Barcelona castigó por el delito del art. 293 CP al administrador único que no convocó a la viuda del socio fallecido a ninguna junta -pese a los múltiples requerimientos notariales- y que también impidió la auditoría acordada por el Registro Mercantil al no proporcionar al profesional designada la información necesaria para ello, lo que a su vez provocó el cierre provisional del Registro Mercantil a la sociedad, para finalmente frustrar la convocatoria de Junta General Ordinaria –anunciada en el BORM y en un diario de difusión provincial- acordada en un procedimiento de Jurisdicción Voluntaria, impidiendo la obtención de información sobre los términos y condiciones de la venta de activos de la sociedad⁵⁸⁹.

En los casos en que el administrador no convoca junta ordinaria en el plazo legal o en el estatutario, o los administradores no han atendido el requerimiento de los socios minoritarios, o el órgano de administración ha quedado vacante, el socio tiene la posibilidad de solicitar la convocatoria ante el Registrador Mercantil

⁵⁸⁸ STS (Penal) de 22 diciembre de 2009. EDJ 2009/321753.

⁵⁸⁹ SAP (Penal) Barcelona de 7 octubre de 2019, Sec. 6ª, nº 627/2019, rec. 210/2019. EDJ 2019/749882.

del domicilio social, siempre previa audiencia de los administradores⁵⁹⁰, y también puede solicitarla ante el Juzgado de lo Mercantil, mediante el Expediente judicial para la convocatoria de Junta previsto en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria⁵⁹¹.

Distinto es que los socios hayan estado siempre conformes con que no se convoquen juntas y que nunca se hayan convocado, en lo que es una tónica habitual en muchas pequeñas sociedades en las que su gestor redacta la documentación para cumplir las exigencias del Registro Mercantil respecto del depósito de las cuentas anuales. Traemos a colación una sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial de Valladolid que juzga una situación de una sociedad de carácter familiar, compuesta por el matrimonio y sus hijos, y presidida por el padre, en la que nunca se habían convocado las Juntas Generales de la sociedad para la aprobación de las cuentas sociales, siendo cierto que el asesor fiscal confeccionaba un borrador con los datos contables que le daba la empresa, y que después se firmaba, para su posterior presentación en el Registro Mercantil, pero sin que se celebraran de manera efectiva las citadas Juntas. Fue hecho probado que en el Libro de Actas figura que el acusado y secretario de la sociedad extendió sendas actas fechadas en las que se hacía constar la asistencia de todos los socios y se aprobaban tanto las cuentas anuales como la gestión de los administradores, expidiendo las correspondientes Certificaciones relativas a las citadas Juntas, que fueron presentadas junto con las Cuentas de los ejercicios en el Registro Mercantil. La Audiencia de Valladolid fundamenta la absolución en que este actuar *ha sido una constante en la vida societaria (y en consecuencia conocida desde un principio por el resto de los socios), sin duda productivo de la composición familiar de la sociedad*. Esta respuesta absolutoria valora que no

⁵⁹⁰ Art. 169.2 LSdC “...si la junta general ordinaria o las juntas generales previstas en los estatutos, no fueran convocadas dentro del correspondiente plazo legal o estatutariamente establecido, o si los administradores no atendieran oportunamente la solicitud de convocatoria de la junta general efectuada por la minoría.”

⁵⁹¹ Arts. 117 y ss. de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, aplicable a los casos en que las leyes permitan solicitar la convocatoria de una junta general, sea ordinaria o extraordinaria, siendo competente el Juzgado de lo Mercantil del domicilio social de la entidad a la que se haga referencia, y preceptiva la intervención de Abogado y Procurador.

consta que se les haya negado o impedido el acceso a la información ni a los querellantes ni a los demás socios, ni se les haya impedido la participación en la gestión o el control de la actividad social, y declara que la mera falta de celebración de la junta no es delictiva si nadie la ha requerido y que si se utilizan las vías legales previstas en la normativa mercantil y se consigue la celebración de la junta en la que se satisface el derecho de información⁵⁹².

También la Audiencia Provincial de Burgos, en un supuesto de una sociedad familiar cierra la vía penal estimando que -aunque de manera informal- la marcha de la sociedad era conocida por todos, en un caso de buenas relaciones entre las partes que posibilitaban en todo momento el conocimiento de la documentación de la mercantil⁵⁹³.

4.2.4.- Los derechos de participación en la gestión. El derecho de asistencia a las juntas.

Es el segundo de los derechos que figuran en el art. 293 CP. En la Doctrina se afirma que la participación del socio en la gestión o en el control de la sociedad no es fácil de definir. El socio controla la sociedad a través del ejercicio del derecho de información y de voto en las juntas generales. La norma encuentra un ámbito propio en las reglas legales para la convocatoria de las juntas, pero la posibilidad legal de solicitar su convocatoria judicial hace difícil pensar en la comisión autónoma de este delito, por lo que resultará exigible haber agotado todas las posibilidades legales para lograr la convocatoria. Otros autores manifiestan que integran el delito conductas claramente patológicas, como la de impedir al socio físicamente el acceso al local o expulsarle violentamente de la junta. Del mismo modo, integrarían el delito la negativa al nombramiento de

⁵⁹² Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 4 octubre 2004. EDJ 2004/156073.

⁵⁹³ AAP de Burgos, Sec 1ª, de 2 de junio de 2.016. Rollo de Apelación, nº 288/2016, confirmando la Resolución del Juzgado de Instrucción nº 2 de Aranda de Duero de 12 de abril de 2.016, en las Previa 677/2015.

auditores, y otros supuestos en los que la ley faculta directamente a los socios a examinar documentos sociales (contabilidad, proyecto de modificación estatutaria, fusión y otras modificaciones estructurales, ampliaciones o reducciones de capital, etc.). La participación en la gestión se ciñe al derecho de la minoría a designar administradores en los órganos colegiados, y encuentra un campo propio en las nuevas facultades de las juntas generales de dirigir instrucciones a los administradores, o de enajenar activos⁵⁹⁴.

Hay autores que consideran que los derechos de participación en la gestión de la sociedad, o derechos administrativos, junto con los derechos de información, de voto y de representación, forman un todo indivisible que configura el poder político del socio en el seno de la sociedad⁵⁹⁵. Otras opiniones afirman que las facultades de participación en la gestión y control de la actividad social pueden presentarse en manifestaciones muy diversas -según la clase de sociedad de que se trate- como el derecho a asistir a las reuniones del órgano social o de la sociedad, el de poder intervenir en ellas, formulando cuantas opiniones, observaciones y propuestas considere convenientes, siempre que se refieran al orden del día fijado, pasando por la participación con su voto en la adopción de decisiones o el derecho de solicitar la convocatoria del órgano⁵⁹⁶.

Entre los derechos del socio de participación en la gestión está el de asistencia a las juntas. Las acciones de la sociedad llevan aparejado este derecho -sin excepción- incluidas las acciones sin voto y las incursas en mora en el pago de dividendos pasivos (arts. 83 y 102.1 LSdC).

⁵⁹⁴ PÉREZ BENÍTEZ, J.J. "Aspectos mercantiles de los delitos societarios". Boletín de Mercantil El Derecho, 17 de junio de 2019, nº 75.

⁵⁹⁵ FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*. Ed. Tirant lo Blanch. 2015. Pág. 275.

⁵⁹⁶ MATA Y MARTÍN, R. "Delitos societarios: Administración desleal y demás figuras delictivas" en *Empresa y Derecho Penal (I)*. Cuadernos de Derecho Judicial. Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Pág. 387.

Como hemos visto, la mora en los desembolsos afecta al derecho al voto, al derecho al dividendo y a la suscripción preferente de acciones, pero no al derecho de asistencia a las juntas de socios (art. 83 LSdC), que sí se podrá ejercer en este supuesto. Igualmente, el art. 102 LSdC atribuye a las participaciones y acciones sin voto los demás derechos de las ordinarias. De manera que, salvo supuestos excepcionales, como el usufructo o la prenda de acciones, el socio siempre puede asistir a la junta general con voz y voto⁵⁹⁷.

Por restringir el derecho de participación, la Audiencia Provincial de Valladolid condenó al administrador en un supuesto de utilización de sociedades “pantalla” en las que se celebraban juntas para acordar la ampliación del capital social a las que no se había convocado a una socia⁵⁹⁸. Y en otro supuesto absuelve exigiendo que el socio interesado solicite la información, y esta le sea negada por el administrador, de manera que si no se acredita -ni indiciariamente- tal solicitud por parte de los denunciantes, los conflictos por incumplimiento del administrador se deben solventar en vía mercantil⁵⁹⁹.

⁵⁹⁷ FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*. Ed. 2015. Pág. 276.

⁵⁹⁸ AAP Valladolid de 20 enero de 2020. Sec. 2ª, nº 28/2020, rec. 13/2020. EDJ 2020/528729.

⁵⁹⁹ AAP Valladolid, sec. 4ª, 20 de septiembre de 2.019, nº 394/2019, Rec. 579/2019. EDJ 2019/706022

4.2.5.- Participación en las juntas de sujetos concretos que no son socios: administradores, gerentes y directivos, comisario del sindicato de obligacionistas, titulares de bonos de disfrute.

Los derechos de quienes no son socios quedan fuera de la protección del art. 293 CP. Nos referimos a las personas que asisten a las juntas con voz, pero sin voto, que no pueden reputarse titulares del derecho información regulado en el art. 293 CP. Así:

1. Los administradores obligados a asistir (obligación prevista en el art. 180 de la LSdC).
2. Los gerentes, directivos y demás técnicos de la sociedad. Está previsto en el art. 181.1 de la LSdC, que los estatutos puedan autorizar u ordenar la asistencia de directores, gerentes, técnicos y demás personas que tengan interés en la buena marcha de los asuntos sociales.
3. El comisario del sindicato de obligacionistas, facultado para asistir. El comisario es el presidente del sindicato de obligacionistas y tiene carácter representativo y ejecutivo, siendo su nombramiento una de las condiciones necesarias para que pueda tener lugar la emisión de las obligaciones. Es el órgano de relación entre la sociedad y los obligacionistas y, como tal, podrá asistir, con voz y sin voto, a las deliberaciones de la junta general de la sociedad emisora, informar a ésta de los acuerdos del sindicato y requerir de la misma los informes que, a su juicio, o al de la asamblea de obligacionistas, interesen a éstos. Así lo expresa el art. 421.4 de la LSdC. Los obligacionistas pueden impugnar los acuerdos sociales, conforme prevé el art. 427 LSdC⁶⁰⁰.

⁶⁰⁰ LSdC. Art. 427 Los acuerdos de la asamblea general de obligacionistas podrán ser impugnados por los obligacionistas conforme a lo dispuesto en esta Ley, para la impugnación de los acuerdos sociales.

4. Los titulares de bonos de disfrute son títulos de participación de las sociedades que no representan parte de su capital pero que da a sus poseedores un derecho a participar en los beneficios. La Ley les excluye del derecho de voto, al decir expresamente el art. 341.2 LSC que los bonos de disfrute entregados a los titulares de acciones amortizadas en virtud de reembolso no atribuyen el derecho de voto⁶⁰¹.

4.2.6.- El Derecho de voz o derecho a intervenir en los debates que se susciten en la junta.

No está expresamente reconocido como tal en la Ley de Sociedades de Capital, pero su existencia se presupone en diversos preceptos de ésta y del Reglamento de Registro Mercantil⁶⁰², así:

- a) El art. 23, f) de la LdSC habla del “modo de deliberar”.
- b) El art. 197.2 LSdC reconoce el derecho de los accionistas a solicitar verbalmente durante la Junta los informes y aclaraciones que estimen precisos sobre los asuntos del orden del día.
- c) Los arts. 97.1 5º y 102.1 5º del RRMercantil exigen que consten en el acta de la Junta las intervenciones de los que hayan solicitado su constancia en ella.

Este derecho no es absoluto, en el sentido de que se pueda hacer uso del mismo sin ninguna limitación, ya que el uso interminable de la palabra podría prolongar la Junta hasta extremos inaceptables. Por esta razón, los estatutos suelen conceder al presidente de la junta la facultad de moderar los debates, estableciendo turnos a favor y en contra de las correspondientes propuestas, así

⁶⁰¹ LSdC. Art 341.2. Los bonos de disfrute no podrán atribuir el derecho de voto.

⁶⁰² FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. “Art. 293”. “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”. En COBO DEL ROSAL, M. (Dir) *Comentarios al Código Penal*. Vol. 9, 1999. Edersa. Pág. 544.

como la de dar por suficientemente debatido un asunto. A diferencia del derecho de asistencia, solo los accionistas con derecho a voto tienen derecho de voz. La vulneración de este derecho no tiene trascendencia penal, salvo que se impida la solicitud de documentación respecto de los asuntos del orden del día.

4.2.7.- El derecho de voto.

Es el derecho que tiene todo socio a participar con su voto en la formación de la voluntad social y que le permite participar en la gestión de la sociedad y fiscalizar, la actuación de los administradores. Es un derecho intangible. No son admisibles privilegios que directa o indirectamente lo disminuyan, ni los estatutos pueden limitarlo por razón de sexo, edad, nacionalidad, domicilio... sino únicamente fijar con carácter general el número máximo de votos que puede emitir un mismo accionista, las sociedades pertenecientes a un mismo grupo o quienes actúen de forma concertada con los anteriores (art. 188.3 LSdC).

Ahora bien, una cosa es el derecho de voto y otra su ejercicio. Los estatutos pueden exigir la posesión de un número mínimo de acciones, no superior al uno por mil del capital social, para asistir a las juntas generales y ejercer personalmente el derecho de voto, quedando facultados entonces los accionistas que no reúna el número de votos suficientes para agrupar los títulos y conferir la representación a uno de ellos, que concurra a la Junta y ejercite en ella los derechos de voto correspondientes a las distintas acciones agrupadas.

Siendo consustancial el derecho de voto con la condición de socio, la Ley prevé algunos supuestos en los que no podrá ser ejercitado, de forma que la negación de su ejercicio será legítima. Así sucede en los casos de mora del socio en el pago de los dividendos pasivos (art. 83.1 LSdC) supuesto en el que la privación del ejercicio del derecho de voto constituye una medida coactiva que

tiende a procurar la máxima diligencia en el cumplimiento del deber de aportación; y en el de las acciones sin voto. En este último caso, debe destacarse que no estamos ante acciones despojadas de modo total y definitivo del derecho de voto, sino ante acciones cuyos titulares quedan privados del ejercicio de dicho derecho mientras la sociedad cumple las prestaciones económicas especiales y periódicas que la Ley establece a su favor, a modo de contraprestación por la suspensión del ejercicio de este derecho.

La privación del derecho de voto puede irrumpir en el art. 293 CP si se obstaculiza el derecho de participación en la gestión o control de la sociedad, supuestos que pueden tratarse en la Junta general.

4.2.8.- El derecho a ostentar una representación proporcional en el Consejo de Administración.

Dentro de los derechos de participación en la gestión está el de ostentar una representación proporcional en el Consejo de Administración⁶⁰³. La Ley de Sociedades de Capital mantiene para la elección de administradores el sistema facultativo de representación proporcional de las minorías en el seno del Consejo de Administración. Es un sistema introducido por la derogada Ley de Sociedades Anónimas con el objeto de impedir que el accionista mayoritario, o varios unidos que controlen más del cincuenta por ciento del capital social, puedan elegir a su arbitrio exclusivo los miembros del Consejo. Mediante agrupaciones se puede llegar a una cifra del capital social que permita tener un miembro en el Consejo

⁶⁰³ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. "Art. 293". "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico". En COBO DEL ROSAL, M. (Dir) *Comentarios al Código Penal*. Vol. 9, 1999. Edersa. Pág. 544.

elegido exclusivamente por ellos, recibiendo así satisfacción su interés legítimo de intervenir directamente en la administración de la sociedad.

La privación de este derecho es hábil para obstaculizar el derecho de participación en la gestión o control de la sociedad, por lo que podrá ser castigado en base al art. 293 CP.

4.2.9. El derecho de examen sobre las Cuentas anuales.

El derecho de examen versa sobre las cuentas anuales se añade el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas (art. 272.2 LSdC). Son muy numerosas las situaciones que dan origen al derecho de examen de los socios. Vemos unos supuestos concretos:

-Cuentas de grupos de sociedades que corresponde aprobar a la Junta general ordinaria. Se reconoce a los accionistas de las sociedades pertenecientes al grupo el derecho a obtener de la sociedad dominante los documentos sometidos a la aprobación de la Junta general y el informe de los auditores de cuentas (art. 42.5 Código de Comercio).

-Modificación de estatutos. Corresponde a los socios el derecho a examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta y el informe escrito de justificación que deben elaborar los administradores, o en su caso, los accionistas autores de la propuesta (art. 287 LSdC).

-Aumento de capital con aportaciones no dinerarias. Deberá ponerse a disposición de los socios un informe de los administradores en el que se describirán con detalle determinados datos que exige la Ley en relación con la operación (art. 300.1 LSdC).

-Fusión y escisión. El derecho de examen se amplía a otras personas distintas de los accionistas, y se extiende a una larga serie de documentos que se

mencionan en la Ley de Modificaciones Estructurales (LME 3/2.009, de 3 de abril, arts. 39.2 y 73.1).

-Supresión del derecho de suscripción preferente. Se debe poner a disposición de los accionistas un informe elaborado por los administradores, en el que se justifiquen detalladamente la propuesta y el tipo de emisión de las acciones, con indicación de las personas a las que habrá de atribuirse, y un informe elaborado, bajo su responsabilidad, por un auditor de cuentas distinto del auditor de cuentas de la sociedad. Art. 308, 2, a) LSdC.

-Emisión de obligaciones convertibles. El aumento de capital ha de hacerse con los requisitos de tal modificación estatutaria (art. 296.1 LSdC).

-Adquisiciones onerosas. Existe la posibilidad de consulta de los informes de los administradores y de los expertos designados, a partir de la convocatoria de la Junta general (art. 72.1 y 2 LSdC).

Con carácter general, se admite el derecho a solicitar el examen del Libro registro de acciones nominativas (art. 116.3 LSdC).

En algunos de estos supuestos, se han ampliado las facultades de los socios, al reconocer no solo el derecho de examen en los locales de la sociedad, sino también a obtener copia, y así poder retirar los documentos; o de pedir el envío a su domicilio, siempre sin coste para el socio, por ejemplo, en los casos de fusión y escisión (arts. 39.2 y 73.1 LSdC).

La privación de este derecho puede impedir el derecho de participación en la gestión o control de la sociedad, por lo que cabe su castigo en base al art. 293 CP.

4.2.10.- El Derecho del socio a impugnar los acuerdos de la Junta.

Es una facultad clave para el ejercicio de control cuyo régimen se encuentra en los arts. 204 y ss. LSdC⁶⁰⁴, en los que la LSdC establece un régimen distinto para la impugnación de acuerdos anulables que pueden ejercer los accionistas que hubieran hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes, los privados ilegítimamente de su voto y los administradores; y para la impugnación de acuerdos nulos, para la que están legitimados todos los accionistas, los administradores y cualquier tercero que acredite un interés legítimo.

Impedir la impugnación legal de los acuerdos merma el derecho de participación en el control de la sociedad, lo que puede irrumpir en el art. 293 CP.

4.2.11.- El derecho de suscripción preferente de acciones.

El tipo del art. 293 CP también protege el derecho de suscripción preferente de acciones (no de participaciones), un derecho de carácter mixto, económico-político, con el que se pretende proteger la posición de los antiguos accionistas en la sociedad frente a los efectos perjudiciales que el aumento de capital tiene tanto para el valor económicos de las acciones antiguas, como para el peso relativo de éstos en la administración de la sociedad.

⁶⁰⁴ LSdC. Art. 204.1. Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

Pugna con su protección penal el que se trata de un derecho que puede no existir en el ámbito mercantil, pues la Junta General, al decidir la ampliación, puede acordar la supresión total o parcial de este derecho⁶⁰⁵.

Su inclusión en el art. 293 CP atiende a la protección de los socios minoritarios. Conviene recordar que este derecho solo existe en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, pero que el art. 293 CP solo tutela el derecho de suscripción preferente de acciones, por lo que deja fuera a las mercantiles de responsabilidad limitada que tienen dividido su capital en participaciones y no en acciones, por lo que se trata de un derecho más restringido, y es el único del artículo de contenido claramente patrimonial⁶⁰⁶. Y ello a pesar de que el art. 93, b) de la Ley de Sociedades de Capital también establece como derecho mínimo del socio el de la asunción preferente en la creación de nuevas participaciones, no solo en la emisión de nuevas acciones⁶⁰⁷.

De manera que el impedimento del ejercicio del derecho de adquisición preferente de participaciones sociales de una mercantil limitada no puede subsumirse en el tipo delictivo del art. 293 C.P., pues la Jurisprudencia rechaza la interpretación extensiva contra reo, en favor de una interpretación restrictiva que limita la aplicación del tipo a las sociedades cuyo capital se encuentra dividido en acciones y al derecho de suscripción preferente de acciones en los casos de ampliación del capital social⁶⁰⁸.

⁶⁰⁵ LSdC. Art. 308.1 En los casos en que el interés de la sociedad así lo exija, la junta general, al decidir el aumento del capital, podrá acordar la supresión total o parcial del derecho de suscripción preferente.

⁶⁰⁶ Mata y Martín, R.M. "Delitos societarios: Administración desleal y demás figuras delictivas" en *Empresa y Derecho Penal (I)*. Cuadernos de Derecho Judicial. Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Pág. 387.

⁶⁰⁷ b) El 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.

⁶⁰⁸ Faraldo Cabana, Obra citada. Pág. 286., citando la SAP León, sec. 3ª (Penal), 19-11-2004, nº 99/2004, rec. 121/2004 EDJ 193391/2004.

Sin embargo, la sociedad limitada es el tipo social adecuado para la pequeña y mediana empresa, y el más frecuente en el tráfico jurídico español, y como informa el Consejo General del Notariado, más del noventa por ciento de las sociedades que se crean en España son de este tipo⁶⁰⁹. El Instituto Nacional de Estadística indica que en 2.018 se constituyeron en España más de noventa y cinco mil sociedades mercantiles nuevas, de las que más del 99% fueron sociedades limitadas⁶¹⁰. Un dato que debería hacer reflexionar al Legislador, pues el derecho de suscripción preferente es sustancialmente idéntico en ambas formas societarias, y la vulneración de este derecho del socio, en la sociedad que con más frecuencia se constituye, carece de protección penal en este supuesto de ampliación de capital. Se trata de sociedades distintas en el plano teórico, las anónimas son sociedades naturalmente abiertas, con un rígido sistema de defensa del capital social, cifra de retención y, por ende, de garantía para los acreedores sociales, en tanto que las sociedades de responsabilidad limitada son esencialmente cerradas, pero con la consiguiente mayor flexibilidad de la normativa⁶¹¹. Pero el hecho de garantizar el derecho del socio a mantener la cuota de participación en la ampliación de capital es idéntico.

El segundo problema de la trascendencia penal del derecho de suscripción preferente es que en el ámbito mercantil es la Junta de socios quien toma las decisiones al respecto y no el administrador. Y así, se aprecia en el art. 293 CP una discordancia del tipo penal con la legislación mercantil en la esfera de los sujetos activos. En efecto, el art. 296.1 LSdC⁶¹² exige que el aumento del capital social se acuerde por la junta general con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos sociales; y los arts. 304⁶¹³ y ss. LSdC, establecen la

⁶⁰⁹ <https://www.notariado.org/liferay/web/notariado/122>.

⁶¹⁰ https://www.ine.es/prodyser/espa_cifras/2019/35/.

⁶¹¹ Ley de Sociedades de Capital, Exposición de Motivos.

⁶¹² LSdC art. 96.1. El aumento del capital social habrá de acordarse por la junta general con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos sociales.

⁶¹³ LSdC. Art. 304.1. En los aumentos de capital social con emisión de nuevas participaciones sociales o de nuevas acciones, ordinarias o privilegiadas, con cargo a aportaciones dinerarias,

regulación del derecho de preferencia, más concretamente, el art. 308 LSdC ⁶¹⁴ establece cómo es la Junta general la que decide sobre la supresión del derecho de preferencia. Así las cosas, la Junta General no es sujeto activo de delito, y el sujeto activo del delito del art. 293 CP (administrador) no puede realizar esta conducta típica.

4.2.12.- Copropiedad, Usufructo, Prenda y Embargo de acciones o de participaciones.

En cada uno de estos supuestos comentamos quién puede ejercer los derechos del socio.

4.2.12.1. Copropiedad de acciones o participaciones.

El art. 126 de la LSdC⁶¹⁵, establece una previsión al respecto, la de que los copropietarios designen a una sola persona para el ejercicio de los derechos del socio. Para el cumplimiento de las obligaciones con la sociedad, la responsabilidad es solidaria.

4.2.12.2. Usufructo. Se trata de una manifestación del derecho que tiene el socio (o el acreedor del socio) de gravar sus acciones, regulado en el art. 127

cada socio tendrá derecho a asumir un número de participaciones sociales o de suscribir un número de acciones proporcional al valor nominal de las que posea.

⁶¹⁴ LSdC. Art. 308.11. En los casos en que el interés de la sociedad así lo exija, la junta general, al decidir el aumento del capital, podrá acordar la supresión total o parcial del derecho de suscripción preferente.

⁶¹⁵ Art. 126 LSdC. En caso de copropiedad sobre una o varias participaciones o acciones, los copropietarios habrán de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, y responderán solidariamente frente a la sociedad de cuantas obligaciones se deriven de esta condición. La misma regla se aplicará a los demás supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones o acciones.

LSdC⁶¹⁶ que prevé que la cualidad del socio resida en el nudo propietario, en tanto que el usufructuario tendrá derecho a los dividendos. Y para el supuesto de aumento de capital, el art. 129 LSdC⁶¹⁷ establece que si el nudo propietario no hubiere ejercitado o enajenado el derecho de suscripción preferente podrá ejercerlos el usufructuario en los diez días antes de la extinción del plazo para proceder a su práctica. (Art. 129.1 LSdC).

4.2.12.3.- Prenda de acciones o participaciones.

En este supuesto, es al propietario a quien corresponde el ejercicio de los derechos del socio, y el acreedor pignoraticio ha de facilitar este ejercicio, conforme prevé el art.132 LSdC⁶¹⁸.

La necesidad de constituir garantías en las contrataciones financieras nos lleva a la constitución de la prenda sobre las participaciones sociales/acciones, a fin de salvaguardar los intereses de los acreedores. Por ejemplo, en supuestos en los que se concede la financiación a sociedades de capital o socios/accionistas que desean acudir a una ampliación de capital.

⁶¹⁶ Art. 127.1 LSdC 1. En caso de usufructo de participaciones o de acciones la cualidad de socio reside en el nudo propietario, pero el usufructuario tendrá derecho en todo caso a los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo. Salvo disposición contraria de los estatutos, el ejercicio de los demás derechos del socio corresponde al nudo propietario. El usufructuario queda obligado a facilitar al nudo propietario el ejercicio de estos derechos.

⁶¹⁷ Art. 129.1 LSdC. En los casos de aumento del capital de la sociedad, si el nudo propietario no hubiere ejercitado o enajenado el derecho de asunción o de suscripción preferente diez días antes de la extinción del plazo fijado para su ejercicio, estará legitimado el usufructuario para proceder a la venta de los derechos o a la asunción o suscripción de las participaciones o acciones.

⁶¹⁸ LSdC, art. 132.1. Salvo disposición contraria de los estatutos, en caso de prenda de participaciones o acciones corresponderá al propietario el ejercicio de los derechos de socio.

Una de las diferencias clásicas entre la prenda y la hipoteca es que la primera suele suponer el desplazamiento posesorio del bien que constituye la garantía y la segunda se limita a una inscripción registral. La constitución de la prenda es distinta según se trata de acciones o de participaciones. Así en el caso de las **participaciones sociales**, no cabría hablar de desplazamiento estricto ya que, a diferencia de las acciones, no pueden estar representadas mediante títulos y solo constan en el Libro Registro de Socios, por ello, la constitución de una prenda sobre participaciones sociales se limitará a su elevación a público e inscripción en el correspondiente Libro Registro de Socios. Sin embargo, las acciones estarán representadas bien mediante anotaciones en cuenta, bien mediante títulos.

4.2.12.4. Embargo.

Según establece el art. 133 de la LSdC, el régimen es el mismo que para la prenda, esto es, será al propietario a quien le corresponda el ejercicio de los derechos del socio⁶¹⁹.

4.2.13.- Conductas de los administradores excluidas de la protección del tipo del art. 293 CP.-

El principio de tipicidad obliga a excluir otras conductas de los administradores contrarias al ejercicio de derechos del socio, que pueden considerarse de semejante o superior envergadura que los incluidos en su ámbito de aplicación, y que no están en el tipo del art. 293 CP. Nos referimos a las vulneraciones de los derechos del socio relativas a:

⁶¹⁹ LSdC, art. 133. En caso de embargo de participaciones o de acciones, se observarán las disposiciones contenidas en el artículo anterior siempre que sean compatibles con el régimen específico del embargo.

- el dividendo.
- la cuota de liquidación.
- separarse de la sociedad caso de modificación del objeto social.
- recibir los títulos cuando se emitan.
- obtener certificación de las acciones nominativas.
- transferir sus participaciones.
- constituir derechos reales sobre ellas...⁶²⁰

En la Doctrina se llega a hablar de una caprichosa selección de derechos efectuados en el art. 293 CP⁶²¹, intentando justificar esta aparente discriminación del Legislador entre los derechos patrimoniales y los administrativos del socio, en que los primeros sí pueden ser renunciables en concreto, ante cada oportunidad de ejercicio⁶²². Indudablemente, el tipo del art. 293 CP incorpora una enumeración taxativa (y no ejemplificativa) que no puede ser ampliada a otros derechos, sin vulnerar el principio de legalidad. Otros autores reprochan que no se proteja penalmente del derecho de información de quien no es socio, olvidando que el Estatuto de los Trabajadores⁶²³ recoge un derecho de

⁶²⁰ FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*. Ed. 2015 Tirant lo Blanch. Pág 288.

⁶²¹ SEQUEROS SAZATORNIL/ DOLZ LAGO. *Delitos societarios y conductas afines*. Ed. La Ley. Ed. 2014. Pg. 331.

⁶²² FARALDO CABANA, P. "*Los delitos societarios*". Ed. 2015. Pág. 289,

⁶²³ Estatuto de los trabajadores. Artículo 64. Derechos de información y consulta y competencias. 1. El comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma, en los términos previstos en este artículo.

información del Comité de Empresa, cuya vulneración no tendría acogida en el art. 293 CP⁶²⁴.

4.2.14- Exclusiones o limitaciones legales del ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social o de suscripción preferente de acciones.

Relatamos a continuación algunas previsiones legales que suponen suspensiones de derechos del socio como sanción por incumplimiento de obligaciones⁶²⁵, en los que no procederá su ejercicio.

14.1.- La mora en el pago de los dividendos pasivos impide el ejercicio del derecho de voto, o de suscripción preferente de nuevas acciones, que es una sanción por el incumplimiento de la obligación más importante del socio ante la sociedad, que es realizar la aportación convenida⁶²⁶.

14.2. Adquisición de acciones o participaciones propias. La Ley de Sociedades de Capital también excluye o suspende el derecho de voto y de los

⁶²⁴ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. *“Los delitos societarios en el Código Penal español”*. Ed. Dykinson. Madrid. 1998. Pág. 272 y 273.

⁶²⁵ FARALDO CABANA, P. Obra citada. págs. 293 y 294.

⁶²⁶ LSdC. Art. 81. 1. El accionista que se hallare en mora en el pago de los desembolsos pendientes no podrá ejercitar el derecho de voto. El importe de sus acciones será deducido del capital social para el cómputo del quórum. Art. 81.2. Tampoco tendrá derecho el socio moroso a percibir dividendos ni a la suscripción preferente de nuevas acciones ni de obligaciones convertibles.

demás derechos políticos, cuando la sociedad hubiere adquirido acciones propias o participaciones o acciones de la sociedad dominante (art. 148, a) LSdC⁶²⁷.

14.3. Aumento de Capital. El art.506 de la LSdC establece otra exclusión en relación con el derecho de suscripción preferente en las sociedades cotizadas cuando el aumento de capital se delega en los administradores⁶²⁸.

14.4. Supuestos estatutarios. La Ley de Sociedades de Capital permite que los estatutos, o simplemente la Junta General, excluyan o limiten algunos derechos, aunque siempre dentro de los límites y condiciones legales. Por ejemplo, la posibilidad de crear participaciones sociales y acciones sin voto, prevista en los arts. 98 y ss. LSdC⁶²⁹. O la fijación del límite temporal de legitimación para asistir a la Junta, prevista en el art. 179.3 LSdC⁶³⁰, en las adquisiciones de acciones realizadas antes de la Junta General. O la supresión total o parcial del derecho de suscripción preferente, prevista en el art. 308

⁶²⁷ LSdC. Art. 148. Cuando una sociedad hubiere adquirido acciones propias o participaciones o acciones de su sociedad dominante se aplicarán las siguientes normas: a) Quedará en suspenso el ejercicio del derecho de voto y de los demás derechos políticos incorporados a las acciones propias y a las participaciones o acciones de la sociedad dominante.

⁶²⁸ LSdC. Art. 506 1. En el caso de sociedades cotizadas, cuando la junta general delegue en los administradores la facultad de aumentar el capital social, podrá atribuirles también la facultad de excluir el derecho de suscripción preferente en relación a las emisiones de acciones que sean objeto de delegación si el interés de la sociedad así lo exigiera.

⁶²⁹ LSdC. Art. 98. Las sociedades de responsabilidad limitada podrán crear participaciones sociales sin derecho de voto por un importe nominal no superior a la mitad del capital y las sociedades anónimas podrán emitir acciones sin derecho de voto por un importe nominal no superior a la mitad del capital social desembolsado.

⁶³⁰ LSdC. Art. 179.3. En la sociedad anónima los estatutos podrán condicionar el derecho de asistencia a la junta general a la legitimación anticipada del accionista...

LSdC⁶³¹ o la limitación de los derechos de asistencia y de voto (art. 179.3 y 189.3 LSC)⁶³².

14.5. La Ley del Mercado de Valores impide ejercer los derechos políticos derivados de las acciones a quien adquiera un volumen de acciones por el que llegue a alcanzar una participación significativa (art. 132 Ley del Mercado de Valores⁶³³) sin haber promovido la preceptiva oferta pública de adquisición dirigida a todos sus titulares⁶³⁴.

Insistimos que la Jurisprudencia exige que los derechos se ejerzan en las ocasiones que prevé la Ley y cumpliendo las formalidades prescritas para ello. Fuera de estos supuestos, la negativa o el impedimento a su ejercicio, no constituye el delito que nos ocupa⁶³⁵.

Y finalmente, si se trata del ejercicio de un derecho por parte del administrador que pueda dar lugar a una negativa o impedimento al ejercicio de un derecho del socio, no se considera aplicable el delito que nos ocupa (p.ej. el administrador único que renuncia a su cargo)⁶³⁶.

⁶³¹ LSdC. art. 308.1. En los casos en que el interés de la sociedad así lo exija, la junta general, al decidir el aumento del capital, podrá acordar la supresión total o parcial del derecho de suscripción preferente.

⁶³² LSdC. art. 189.3. Los accionistas que emitan sus votos a distancia deberán ser tenidos en cuenta a efectos de constitución de la junta como presentes.

⁶³³ Ley del Mercado de Valores. RDec.Leg. 4/2.015, de 23 de octubre. Art. 132.1. Quien incumpla la obligación de formular una oferta pública de adquisición, no podrá ejercer los derechos políticos derivados de ninguno de los valores de la sociedad cotizada cuyo ejercicio le corresponda por cualquier título, sin perjuicio de las sanciones previstas en el Título VIII.

⁶³⁴ FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*. Tirant lo Blanch. Ed. 2015. Págs. 293,294.

⁶³⁵ SAP (Penal) Madrid 25/2.004, de 19 de enero, JUR 2004, 261365.

⁶³⁶ SAP (Penal) Navarra nº 10/2.013, de 30 de enero ARP 2013, 937.

Y como hemos desarrollado al hablar del elemento normativo del tipo, la obstrucción del ejercicio de los derechos de los socios mencionados para el tipo no podrá ser sancionada a través del delito societario que nos ocupa si se despliega dentro de los supuestos legal o estatutariamente previstos, esto es, cuando concurre una causa legal⁶³⁷.

4.2.15.- Conclusión.

Hemos desarrollado en este Capítulo el contenido de los derechos cuya vulneración puede tener trascendencia penal en base al art. 293 CP. El más importante es el derecho a la información del socio, en tanto que es base para el ejercicio de los demás derechos del socio, sin ir más lejos, del siguiente derecho, el de participación en la gestión y control de la sociedad. No se trata de una protección penal a todos los derechos del socio, sino solo a los derechos estrictamente previstos en el artículo 293 CP.

El contenido de estos derechos está regulado en la Ley de Sociedades de Capital, lo que abre el debate del uso de leyes mercantiles para completar los tipos penales. Hemos tratado los requisitos que el Tribunal Constitucional exige para el uso las leyes penales en blanco. Pues bien, en este caso concreto vemos cómo la Ley de sociedades es un decreto legislativo (legislación delegada en el Gobierno) que completa un tipo penal abierto aprobado por una ley orgánica. Sin duda, el Legislador penal pierde protagonismo con esta técnica legislativa y el ciudadano pierde seguridad jurídica. El principio de tipicidad exige que los contornos del artículo 293 CP se describan con más minuciosidad en la sede penal, por ejemplo, con la literalidad con la que constaba en los proyectos anteriores a la actual redacción: reiteración y malicia. Dejar en parte la

⁶³⁷ FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*. Tirant lo Blanch. Ed. 2015. Págs. 294-295.

taxatividad penal en manos del Legislador mercantil, y los requisitos de aplicación fijados casi totalmente por la Jurisprudencia, supone una merma del principio de legalidad penal que, si bien puede ser constitucional, no es deseable.

El derecho de información del socio (y su ejercicio) tiene su desarrollo mercantil en la Ley de Sociedades de Capital cuando se refiere a la sociedad anónima o a la limitada. Ha de referirse a los puntos que van a ser objeto de tratamiento en las Juntas generales de socios, y puede ejercitarse ya con anterioridad, ya en la misma junta, conforme prevé la LSdC. La conculcación del derecho tiene que ser abierta, las peticiones del socio no pueden ser genéricas. Ya la ilicitud mercantil exige que la información incorrecta o no facilitada sea 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, de manera que una mera infracción de este derecho no será hábil para abrir la vía de impugnación, por lo que esta exigencia de relevancia a la información en sede civil, obliga a concretar de manera más estricta la ilicitud penal, por ejemplo, exigiendo expresamente una reiteración en la negativa, o un actuar malicioso.

El Derecho Penal tutela el derecho del socio a la participación en la gestión, pero no la privación del derecho de información a personas que pueden intervenir en la Junta pero que no son socios (administradores, gerentes, directores generales...) salvo que se trate de un representante del socio. En las Juntas generales son importantes el derecho a intervenir, el derecho al examen de documentación, el derecho a votar... que han de ejercerse siempre en los términos previstos en la legislación mercantil.

El derecho de suscripción preferente (solo) de acciones y no de participaciones es otra de las anomalías del art. 293 CP. La vulneración de este derecho solo tiene relevancia penal en el ámbito de la sociedad anónima única en la que el capital social se distribuye en acciones; en tanto que el de la mercantil

limitada se forma en participaciones. Y no se entiende esta discriminación en el Código Penal, pues la sociedad limitada es el tipo social más utilizado en España (más del noventa por ciento de las sociedades de capital), con mucha diferencia, como informa el Consejo General del Notariado, y particularmente en 2018 más del 99% fueron sociedades limitadas, y solo 438 fueron anónimas. Pues bien, estos datos obligan a reconsiderar que quede fuera de la protección penal el derecho de suscripción preferente en las ampliaciones de capital de estas sociedades. Siendo cierta la distinción entre ambas sociedades es también cierto que el hecho de garantizar el derecho del socio a mantener la cuota de participación en una ampliación de capital es idéntico. Por ello, difícilmente se explica que el socio de la limitada carezca de todo amparo penal en caso de vulneración de su derecho, entendemos que debería mejorarse el precepto en este sentido.

El segundo problema de la tutela penal del derecho de suscripción preferente es que en el ámbito mercantil no es el administrador sino la Junta de socios -no incluida como sujeto activo- quien toma las decisiones al respecto. Lo que impide aplicar el precepto. Habría que reconsiderar su presencia en el tipo, al menos en estos términos.

Los últimos apartados tratan de las conductas de los administradores que pueden negar o impedir derechos del socio que no están protegidos en el art. 293 CP, entre las que destacan el derecho al dividendo (un derecho patrimonial periódico) y el derecho a la cuota de liquidación (derecho patrimonial final), ambos de importante trascendencia económica para el pequeño accionista, que son esenciales para el socio que participa con capital en una entidad con ánimo de lucro.

Y finalmente hemos visto supuestos concretos en los que la Jurisprudencia ha negado la aplicación del art. 293 CP, y supuestos legales que excluyen la

tipicidad pues habilitan al administrador para restringir los derechos del socio previstos en el art. 293 CP, como son –en determinadas circunstancias legales- la mora en el pago de dividendos pasivos, la adquisición de acciones o participaciones propias, el aumento de capital, la adquisición de un número importante de acciones de sociedades cotizadas, o incluso supuestos estatutariamente previstos.

5.- El Tipo Subjetivo: el Dolo y el Error sobre los elementos del Tipo.

Introducción.

Trataremos el concepto general del dolo y sus elementos cognoscitivo y volitivo, para continuar con su análisis en el art. 293 CP, en el que se debate si se exige el dolo directo, o si es posible la concurrencia del dolo eventual.

Para tratar el contenido del elemento normativo del tipo “sin causa legal” hemos de ir al Derecho Mercantil, al tratarse de un tipo configurado como “ley penal en blanco”. Y el error sobre el mismo será *de tipo*, que en caso de invencibilidad excluirá la responsabilidad penal, y de ser vencible debería castigarse como imprudente, pero como estamos ante un tipo que no admite la comisión culposa, no se aplicará ninguna pena.

5.1. El dolo. 5.1.1. El Dolo en general.

Hacemos una breve referencia a los conceptos generales y al dolo eventual. En la Doctrina se afirma que el ámbito subjetivo del tipo del injusto de los delitos dolosos está constituido por el dolo, en la acepción actual de conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito. El elemento intelectual del dolo es el conocimiento de que se realizan los elementos que caracterizan objetivamente a la conducta como típica (los elementos objetivos del tipo): sujeto, conducta, resultado, relación causal o imputación objetiva, objeto material, etc.⁶³⁸.

⁶³⁸ MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*. Décima edición. 2019. Ed. Tirant Lo Blanch Pág. 252.

El Tribunal Supremo estima generalmente que *“obra con dolo quien conoce suficientemente el peligro concreto generado por su acción, que pone en riesgo específico a otro, en un actuar consciente, y de dicho conocimiento y actuación puede inferirse racionalmente su aceptación del resultado, que constituye consecuencia natural, adecuada y altamente probable de la situación de riesgo protagonizada”*⁶³⁹. La Doctrina afirma que el dolo como elemento subjetivo del delito constituye el presupuesto para que la acción se pueda atribuir o imputar al sujeto, se entienda éste como conjunción de conocimiento y voluntad o se entienda como de naturaleza normativa⁶⁴⁰.

Y respecto del dolo eventual el Tribunal Supremo afirma que concurrirá en quien *“conociendo que su conducta genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante, actúa y continúa realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, se hace cargo de que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca”*⁶⁴¹.

5.1.2 El dolo en el art. 293 CP.

Las propuestas de Código Penal de 1.992 y 1.994 e incluso el Proyecto de 1.995, exigían que la conducta se llevase a cabo “maliciosamente” lo que habría permitido entender que se estaba reclamando un dolo directo⁶⁴² excluyendo en

⁶³⁹ SSTs (Penal) de 27 de diciembre de 1982 EDJ 1982/8153; 24 de octubre de 1989 EDJ 1989/9402; 23 de abril de 1992 EDJ 1992/3946; 6 de junio EDJ 2000/11799, 30 de junio EDJ 2000/21768 y 26 de julio de 2000 EDJ 2000/27669; 19 de octubre de 2001, núm. 1715/2001 EDJ 2001/40448; 1140/2002, de 19 de junio EDJ 2002/23906; 1158/03, de 15 de septiembre EDJ 2003/110607.

⁶⁴⁰ RODRÍGUEZ RAMOS, L. “Los nuevos delitos pseudosocietarios”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, nº 1, abril-mayo 1995, págs. 73 á 99. Citado por Faraldo Cabana, *Los Delitos Societarios*, págs. 299 á 302. Ed. 2015.

⁶⁴¹ STS (Penal) de 21 de octubre de 2015, Rec nº 10432/2015.

⁶⁴² FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. *Los delitos societarios en el Código Penal español*. Ed. Dykinson. Madrid. 1998. Pág. 274.

todo caso el dolo eventual, de manera que un dolo de menor intensidad determinaría que el hecho no mereciera la atención del Derecho Penal. En la Doctrina actuar maliciosamente es “actuar con conciencia de la ilegalidad de la negativa o impedimento”⁶⁴³. Sin embargo, en el texto final del CP de 1.995, el Legislador suprimió el adverbio, por lo que, para la opinión dominante en la Doctrina, el tipo del art. 293 no requiere más elementos subjetivos que el dolo, y así también se pronuncia el Tribunal Supremo (Penal) en Sentencia 969/2010 de 29 de octubre; si bien algún autor deduce tácitamente un elemento subjetivo del injusto consistente en el ánimo específico de perjudicar el patrimonio del socio o de la sociedad⁶⁴⁴. En la Doctrina se afirma que de haberse mantenido la expresión “maliciosamente” se entendería con claridad la exigencia de un dolo directo⁶⁴⁵, no obstante, otros autores afirman que, en los supuestos de negativa de los derechos, es evidente que se necesita un dolo directo que mueve la decisión de desconocer el derecho o derechos tutelados por el tipo penal⁶⁴⁶, y apuestan por la primacía del dolo directo sobre el eventual basándose en la categoría de los verbos nucleares utilizados “negar o impedir”, que exigen una peculiar toma de conciencia de la acción realizada, entendiendo que es necesario un dolo directo para ubicar la actuación de los administradores en su correcta dimensión, lo que a su vez comporta la restricción del campo de aplicación del precepto⁶⁴⁷. Y también abunda en el requisito del dolo directo el que la Jurisprudencia requiera una abierta conculcación de la Legislación en materia de sociedades⁶⁴⁸.

⁶⁴³ TERRADILLOS BASOCO, J.M. *Derecho Penal de la Empresa*. Trotta, Madrid, 1.995 pg. 89.

⁶⁴⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ C. *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Tirant lo Blanch. 6ª Edición. Valencia, 2019. Pág. 660.

⁶⁴⁵ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. *Los delitos societarios en el Código Penal español*. Ed. Dykinson. Madrid. 1998. Pág. 274.

⁶⁴⁶ RIVES SEVA, A.P. “Los delitos societarios. Análisis de la Jurisprudencia del TS”, en *www.seguridadpublica.es*. Febrero 2.014.

⁶⁴⁷ SEQUEROS SAZATORNIL, F.; DOLZ LAGO, M.J. *Delitos societarios y conductas afines*. 4ª Ed. Feb 2.017, págs. 393 á 399.

⁶⁴⁸ STS (Penal) de 7 de junio 2017, nº 413/2017, Rec. 2015/2016. SAP Las Palmas, sec. 1ª (Penal), de 28-2-2018, nº 75/2018, Rec. 102/2015. Citando la STS (Penal) de 26 Nov. 2002.

La Doctrina limita la imputación subjetiva al dolo directo en atención a razones político-criminales y como vía de restricción del alcance del delito, rechazando la posibilidad de dolo eventual para su comisión en la medida en que el dolo debe necesariamente abarcar lo irregular del comportamiento de que se está negando o impidiendo 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, como prerrogativas reconocidas por las leyes⁶⁴⁹.

En cambio, para otros autores sí es concebible el dolo eventual, aunque se alegue que los verbos “negar” o “impedir” contienen un fuerte componente subjetivo, puesto que ello no conduce a afirmar la presencia de un particular elemento subjetivo del injusto ni justifica por sí solo la exigencia de concurrencia de dolo directo⁶⁵⁰. Y otros autores son partidarios de exigir la presencia de un elemento subjetivo del injusto consistente en el ánimo específico de perjudicar el patrimonio del socio o de la sociedad, para diferenciar este delito del injusto civil/mercantil⁶⁵¹.

También se afirma en la Doctrina que el dolo del autor deberá abarcar el impedimento o la negativa, la ilegitimidad de tales actuaciones y, por ello, la inexistencia de una causa legal que le autorice⁶⁵², esto es, ha de actuar sabiendo que no existe una causa legal que ampare su actuación⁶⁵³. Recordamos que el tipo del art. 293 CP contiene el elemento normativo “sin causa legal”, ya desarrollado

⁶⁴⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Tirant lo Blanch. 6ª Edición. Valencia, 2019. Pág. 661.

⁶⁵⁰ FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*. Ed. Tirant lo Blanch. 2015. Págs. 299 á 302.

⁶⁵¹ FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*. Ed. Tirant lo Blanch Págs. 299 á 302. Ed. 2015. (citando a Rodríguez Ramos. “Los nuevos delitos pseudosocietarios”. Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, nº 1 abril-mayo 1995, págs. 73 á 99).

⁶⁵² FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. *Los delitos societarios en el Código Penal español*. Ed. Dykinson. Madrid. 1998. Pág. 274.

⁶⁵³ FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*. Págs. 299 á 302. Ed. Tirant lo Blanch. 2015.

en la primera parte del Capítulo 4º, punto 4.1.5. La Doctrina entiende la expresión “sin causa legal” como un elemento del tipo, que hace referencia a la legalidad o ilegalidad global, teniendo en cuenta todo el Ordenamiento jurídico, pero particularmente su sector mercantil⁶⁵⁴, y que debe ser abarcado por el dolo del autor, pues el Tribunal Supremo exige expresamente, siguiendo las doctrinas del Tribunal Constitucional⁶⁵⁵, que la prueba de cargo esté referida a todos los elementos del delito, tanto de naturaleza objetiva como subjetiva⁶⁵⁶.

La Audiencia Provincial de Barcelona⁶⁵⁷ exigió la acreditación de una actuación con propósito consciente y deliberado de perjudicar al socio afectado, en la que debe apreciarse una palmaria ilegalidad, con conocimiento y voluntad sobre la misma, exigiendo que se trate de una actuación claramente contraria a la norma, afirmando que ha de probarse:

- a) La existencia de una acción del sujeto activo que hubiere negado o impedido el ejercicio por parte de los socios de su derecho de participación en la gestión o control de la actividad social.
- b) Que dicha limitación se realice “sin causa legal”.
- c) El dolo genérico que implica el efectivo conocimiento por parte del sujeto activo del conjunto de elementos referidos y la voluntad de los mismos.

⁶⁵⁴ FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*, Tirant lo Blanch. Ed. 2015. pg. 292

⁶⁵⁵ STC nº 147/2002, de 15 de julio. EDJ 2002/29203.

⁶⁵⁶ STS (Penal), de 26 de enero de 2017, nº 31/2017, rec. 1177/2016. Fto 5º. Basándose en las STS (Penal) nº 521/2015, de 13 de octubre (EDJ 2015/188252) y STS (Penal) nº 655/2015, de 4 de noviembre (EDJ 2015/205654).

⁶⁵⁷ SAP (Penal) Barcelona, Sec. 8ª, de 21 de mayo de 2.002. Revista de Derecho Penal, nº 8. Enero 2003, pág. 275.

Respecto de la comisión culposa, hemos de tener presente que el artículo 12 del Código Penal⁶⁵⁸ castiga las actuaciones imprudentes solo si hay disposición legal expresa. El Tribunal Supremo rechaza la comisión culposa, afirmando que *"la negativa o el impedimento, la actividad típica, tiene que ser dolosa"*⁶⁵⁹. La Doctrina coincide con la Jurisprudencia en que no se prevé una forma imprudente de comisión⁶⁶⁰, de manera que, en caso de concurrencia de imprudencia, negligencia o impericia, la acción no será típica.

Y en la ya mencionada línea de limitación de la esfera del delito, veremos a continuación la teoría del error que puede coadyuvar a desempeñar una ulterior posibilidad de restricción del tipo subjetivo, propiciada por la presencia de la expresión "sin causa legal", en la descripción del art. 293 CP. Pasamos así a referirnos dentro del Tipo subjetivo, al Error sobre los elementos del Tipo, el reverso del elemento cognoscitivo del dolo.

5.2. El error sobre los elementos del tipo.

El error sobre el tipo supone el conocimiento equivocado acerca de cualquier requisito integrante del tipo de acción. En consecuencia, excluye el dolo, pues entonces el sujeto no sabía o no pudo calcular exactamente las

⁶⁵⁸ C.P. Art. 12. "Las acciones u omisiones imprudentes solo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley."

⁶⁵⁹ STS (Penal) de 22 diciembre de 2009. EDJ 2009/321753.

⁶⁶⁰ SEQUEROS SAZATORNIL, F.; DOLZ LAGO, M.J. "Delitos societarios y conductas afines". 4ª Ed. Feb 2.017, págs. 393 a 399.

consecuencias de su acción, de modo que también existe una ausencia de compromiso con la acción (o con alguno de sus componentes)⁶⁶¹.

En la Doctrina se afirma que son objeto del dolo típico todas las circunstancias del tipo objetivo a partir de las cuales se construye la figura del delito, de manera que, si el sujeto yerra sobre circunstancias que pertenecen al tipo legal, no hay dolo y solo puede plantearse ya la punibilidad por delito imprudente, siempre y cuando ésta esté conminada con pena en el delito de que se trate⁶⁶². Carece de relevancia el error sobre condiciones de procedibilidad, como la necesidad de querrela. En general, en el ámbito de las leyes penales en blanco, el error sobre circunstancias del hecho de la norma integradora excluye el dolo, y si el error versa sobre la existencia de la norma integradora el error será de prohibición⁶⁶³.

En general, el efecto inmediato del error de tipo será la exclusión de la responsabilidad penal conforme prevé el art. 14.1 del Código Penal para el caso de invencibilidad del error, y el castigo como imprudente en caso de que sea vencible; pero en este último caso la respuesta será la impunidad al estar descartada en el art. 293 CP su comisión por imprudencia⁶⁶⁴, lo que también expresa la Audiencia Provincial de Burgos al afirmar “...y dado que se trata de un delito doloso que no admite su comisión en forma imprudente, la conducta devendría impune, conforme al artículo 14.1 CP., cuando el sujeto activo realizase esa conducta creyendo que le ampara causa legal para ello”⁶⁶⁵.

⁶⁶¹ ORTS BERENGUER E., GONZÁLEZ CUSSAC J. L. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. 8ª Ed. Tirant lo Blanch 2019. Pág. 381.

⁶⁶² ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Ed. Thomson Civitas.1997. Págs. 477-478.

⁶⁶³ ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Ed. Thomson Civitas.1997. Pág. 466.

⁶⁶⁴ *Artículo 14. 1. CP*: “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.”

⁶⁶⁵ SAP (Penal) Burgos de 20 febrero de 2017. EDJ 2017/272016.

Declara la Doctrina que para determinar la existencia misma del error, y si éste es vencible o invencible, el Juez ha de valorar, en cada caso, la clase de infracción a la que va referido el error, las condiciones psicológicas y culturales del sujeto, y la capacidad de conocimiento del agente; y respecto a su prueba, no basta simplemente alegarlo, sino que ha de quedar probado como el hecho mismo (v.gr. las SSTS (Penal) de 23-12-1998, 4-10-2003, 16-2-2006, 26-6-2008, 21-2-2011, 12-5-2012). Existe error de tipo, por ejemplo, cuando el autor dispara sobre lo que cree que es un animal, cuando en realidad es un compañero de caza. En general, esta clase de error puede afectar a cualquier elemento descriptivo o normativo de los tipos penales, como puede ser un documento, la edad de la víctima, la propiedad de la cosa, la cuantía o valor de lo defraudado, la existencia de autorización administrativa, etc. ⁶⁶⁶.

La Jurisprudencia excluye el error de tipo si puede racionalmente inferirse que el agente tenía conciencia de una alta probabilidad de que concurriese tal elemento típico⁶⁶⁷. Y para estimarse exige su alegación y la acreditación de tal elemento de desconocimiento⁶⁶⁸.

5.2.1. El error de tipo en el art. 293 CP.-

La peculiaridad del error de tipo en el art. 293 CP se centra en la presencia del elemento normativo “sin causa legal”. La Doctrina ha señalado la novedad que -con carácter general- plantean los elementos normativos del tipo, pues pese a ser componentes de la antijuricidad, caen bajo la regla del error sobre las

⁶⁶⁶ ORTS BERENGUER, E., GONZÁLEZ CUSSAC J. L. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. 8ª Ed. Tirant lo Blanch 2019. Pág. 382-383.

⁶⁶⁷ STS (Penal) 1104/95, de 30 de enero de 1996. EDJ 1996/345.

⁶⁶⁸ STS (Penal) 2010/2002, de 3 de diciembre. EDJ 2002/58591.

circunstancias del hecho, es decir, requieren –al contrario que la antijuricidad– ser abarcados por el dolo del sujeto, de modo que el error sobre un elemento normativo del tipo es un error de tipo⁶⁶⁹.

La teoría del error coadyuva a la restricción de la aplicación del precepto por esta presencia de la expresión “*sin causa legal*” en la descripción típica. El error sobre este elemento conduce a la absolución en todos los casos en que el agente obre con error vencible, pues el art. 14.1 CP⁶⁷⁰, establece su castigo como imprudente, lo que nos lleva al art. 10 CP⁶⁷¹ que exige que el delito imprudente esté penado por la Ley, siendo cierto que la conducta del art. 293 CP no está prevista como culposa. En la Doctrina también se afirma que la consecuencia del error de tipo en el art. 293 CP será en todo caso la impunidad, aunque el error sea vencible, por la misma razón de no estar prevista la comisión imprudente en los delitos societarios⁶⁷². Por tanto, la consecuencia de un error de tipo en la obstaculización llevada a cabo por el administrador, en la creencia de que no existe el derecho que se niega o que existen razones legales para no permitir el ejercicio de alguno de los derechos, determinará siempre la ausencia de responsabilidad penal, sea el error vencible o invencible⁶⁷³.

Para excluir la responsabilidad en el ámbito penal basta que la concurrencia dicha causa legal resulte razonablemente aplicable, y no

⁶⁶⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. *El error sobre elementos normativos del tipo penal*. Edición 2.008. Editorial La Ley. Pág. 42.

⁶⁷⁰ Artículo 14.1. CP. “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”.

⁶⁷¹ Artículo 10 CP. Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley.

⁶⁷² FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*. Ed. Tirant lo Blanch. 2015. Págs. 299 á 302.

⁶⁷³ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. *Los delitos societarios en el Código Penal español*. Ed. Dykinson. Madrid. 1998. Pág. 274.

manifiestamente abusiva, sin que sea exigible un análisis riguroso de la cobertura mercantil de los supuestos en que los administradores se amparen expresamente en una causa legal reconocida, y así la Doctrina afirma que basta el conocimiento proporcionado de los elementos normativos del tipo por una valoración paralela en la esfera del profano o un enjuiciamiento paralelo en la conciencia del sujeto, por lo que el error debido a una valoración paralela excluirá el dolo⁶⁷⁴.

Y así, la Jurisprudencia afirma que quedan al margen del ámbito penal las situaciones en las que los administradores limitan el derecho del socio amparándose en una causa expresamente reconocida en la ley, y también los supuestos en los que resulta jurídicamente dudoso el ámbito de concurrencia de la causa legal. Y ello es así porque el tipo se limita a supuestos en los que los administradores nieguen o impidan el derecho sin alegar causa alguna, o bien a aquellos en que alegan una causa legalmente inexistente o –finalmente- a aquellos en que la alegación de una causa legal sea manifiestamente abusiva (...) ⁶⁷⁵, de manera que el Tribunal Supremo, afirma que *las dudas sobre su existencia, o en otros términos, el error vencible (art. 14.1 CP) sobre este elemento del tipo dará lugar a la atipicidad de la conducta*⁶⁷⁶ con la normal consecuencia de resolución judicial de sobreseimiento o de absolución, en su caso.

Por último, la Doctrina afirma que si el error versa sobre las normas extrapenales complementarias, fruto de la remisión que efectúa el propio legislador penal al describir el objeto de la acción (“derechos reconocidos por las leyes”), en otras palabras, si versa sobre el contenido y características del ejercicio de los derechos según la regulación de la normativa mercantil, quedará

⁶⁷⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. *El error sobre elementos normativos del tipo penal*. Edición 2.008. Editorial La Ley. Pág. 311.

⁶⁷⁵ STS (Penal) 413/2017, de 7 de junio de 2017. Rec. 2015/2016. EDJ 2017/99613.

⁶⁷⁶ STS (Penal) Sala 2ª de 22 diciembre de 2009. EDJ 2009/321753.

eliminado ya el sentido social negativo del hecho, y deberá ser considerado como un error sobre el tipo como afirma la sentencia del TS de 22 de diciembre de 2.009, nº 1351/2009⁶⁷⁷.

Refiriéndonos al ámbito comunitario, es indudable que la tesis aquí mantenida se adecúa plenamente al dictado del art. 11.1 del “Corpus iuris para la protección de los intereses financieros de la U.E.”, que regula la materia del error, y señala que “el error sobre los elementos esenciales de la infracción excluirá el dolo”, lo que permite fundamentar sin problemas que el error sobre términos normativos jurídicos debe ser conceptualizado como un error sobre el tipo, diferenciado del error sobre la prohibición, que se regula en el apdo. 2 del propio art. 11⁶⁷⁸.

En el hecho habitual de un administrador de compañías mercantiles con cualificación profesional adecuada, hay autores que descartan que pueda existir una creencia errónea sobre si corresponde o no al socio el ejercicio de los derechos comprendidos en el tipo del art. 293 CP⁶⁷⁹, y así, la Jurisprudencia, excluye el error y dicta sentencia condenatoria, valorando la posición del administrador con un grado suficiente de conocimiento técnico y jurídico de la actividad mercantil desarrollada por la sociedad, por poseer una cualificación de asesor fiscal y jefe de contabilidad ejercitada en la sociedad durante años⁶⁸⁰.

⁶⁷⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Tirant lo Blanch. 6ª Edición. Valencia, 2019. Pág. 661.

⁶⁷⁸ ORTS BERENGUER E., GONZÁLEZ CUSSAC J. L. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. 8ª Ed. Tirant lo Blanch 2019. Pág. 418.

⁶⁷⁹ SEQUEROS SAZATORNIL, F. DOLZ LAGO, M.J. *Delitos societarios y conductas afines*. 4ª Ed. Feb 2.017, págs. 393 á 399.

⁶⁸⁰ STS (Penal) Sala 2ª de 26 noviembre de 2002. EDJ 2002/54110. Fto 3º.

5.2.2. Sobre los posibles supuestos de amparo legal en la conducta impeditiva del administrador.

Recordemos que el comportamiento típico consiste en negar o impedir a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la sociedad, y de suscripción preferente de acciones, y que por exigencia típica, ha de realizarse *sin que exista causa legal*, lo que obliga a acudir al Derecho extrapenal para la descripción tanto de los derechos mínimos del socio como de su contenido, y también para conocer el medio legal para hacerlos efectivos en el ámbito de las entidades mercantiles. Como hemos visto en el Capítulo 4.1, existen causas que pueden legitimar al administrador para limitar o restringir los derechos de los socios, como es la protección de los intereses de la sociedad, a fin de que éstos prevalezcan frente a conductas abusivas de los socios, pero, no obstante, este elemento deberá limitarse respecto de cada caso atendiendo a las prescripciones contenidas en la correspondiente legislación mercantil⁶⁸¹. La determinación de las posibles causas legales se enmarca en la línea jurisprudencial de limitar la aplicación del artículo 293 CP, intentando disminuir la conflictividad penal en el ámbito societario⁶⁸².

Conforme a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo es legal la denegación del derecho de información partiendo de que solo puede castigarse por este delito si se demuestra que se celebró alguna junta hurtando información *reclamada de conformidad a la legislación civil* de manera que si no cumple estos requisitos estamos ya ante una causa legal de denegación de la información⁶⁸³. Así lo expresa la Audiencia Provincial de Barcelona⁶⁸⁴, basándose en sentencias

⁶⁸¹ GALÁN MUÑOZ, A. Y NÚÑEZ CASTAÑO, E. *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Tirant lo Blanch. Ed. 2017, pág. 203.

⁶⁸² STS (Penal) 26 de marzo de 2013, nº 330/2013, Rec. 739/2012. EDJ 2013/55353.

⁶⁸³ STS (Penal) de 22 de diciembre de 2.009, 27 de enero de 2.006 y 26 de junio de 2.012.

⁶⁸⁴ SAP (Penal) Barcelona, Sec. 5ª, 4 de mayo de 2018, nº 311/2018, Rec. 78/2017. EDJ 2018/572647.

mencionadas del TS. Por tanto, hay que estar al artículo 196 de la Ley de Sociedades de Capital, en cuanto que la información ha de referirse a los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos que figuren en el orden del día o a la de obtener cualquier documento que habría de ser sometido a la aprobación de la Junta (en este sentido STS -Penal- 9 de Mayo de 2003)⁶⁸⁵. Y dicho artículo 196 -respecto de las sociedades de responsabilidad limitada- prevé como excepción a la obligación de proporcionar la documentación, la circunstancia de que la publicidad de ésta perjudique el interés social; y previendo que no rige la excepción si lo solicita el veinticinco por ciento del capital social⁶⁸⁶. Para las mercantiles anónimas, el art. 197.3 de la LSdC⁶⁸⁷, establece otras dos excepciones al ejercicio del derecho, a saber, que esa información solicitada sea innecesaria para la tutela de los derechos del socio, o existan razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extrasociales. Y respecto de que el porcentaje de socios solicitantes esa superior al veinticinco por ciento del capital social para que la excepción no rija, éste podrá ser inferior al veinticinco por ciento del capital social, si lo establecen los estatutos, siempre que sea superior al cinco por ciento⁶⁸⁸.

⁶⁸⁵ AAP Madrid, Sec. 29ª, 11 de septiembre de 2017, nº 695/2017, Rec. 944/2017. EDJ 2017/210362.

⁶⁸⁶ LSdC. Art. 196.2. “El órgano de administración estará obligado a proporcionárselos, en forma oral o escrita de acuerdo con el momento y la naturaleza de la información solicitada, salvo en los casos en que, a juicio del propio órgano, la publicidad de ésta perjudique el interés social. LSdC art. 196.3. No procederá la denegación de la información cuando la solicitud esté apoyada por socios que representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital social.”

⁶⁸⁷ LSdC. Art. 197.3. “Los administradores estarán obligados a proporcionar la información solicitada al amparo de los dos apartados anteriores, salvo que esa información sea innecesaria para la tutela de los derechos del socio, o existan razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extrasociales o su publicidad perjudique a la sociedad o a las sociedades vinculadas.”

⁶⁸⁸ LSdC. Art. 197.4. “La información solicitada no podrá denegarse cuando la solicitud esté apoyada por accionistas que representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital social. Los estatutos podrán fijar un porcentaje menor, siempre que sea superior al cinco por ciento del capital social.”

La causa que legitime la conducta impeditiva puede dimanar de la Ley, pero también de los Estatutos de la sociedad, y así, la Audiencia Provincial de Baleares declara que los estatutos sociales son también Ley entre los socios, y que pueden introducir todos los pactos que tengan a bien y que no sean contrarios a la Ley, en general, ya la normativa de las sociedades, en especial⁶⁸⁹. Ahí puede anidar una causa legal que ampare y legitime la conducta del administrador.

5.3. Conclusión.

En este Capítulo sobre el Tipo subjetivo hemos visto el dolo como conciencia y voluntad de realizar los elementos que caracterizan la acción típica y el error como el conocimiento equivocado sobre esos mismos elementos, lo que excluye el elemento cognoscitivo del dolo, y por tanto, el dolo.

Hemos hablado del elemento cognoscitivo del dolo, entendido como el conocimiento de que se realizan los elementos que caracterizan objetivamente a la conducta como típica, o sea los elementos objetivos del tipo; y cómo el conocimiento ha de ser actual, y no exacto de cada particularidad, y ha de extenderse al peligro que genera la acción. El elemento volitivo es la voluntad de realizar el hecho típico, la parte objetiva del tipo.

El art. 293 CP no presenta ningún refuerzo de dolo, por lo que, si bien en teoría es posible que concurra el dolo eventual, la Doctrina exige el dolo directo, dado el fuerte componente delictivo de los verbos “negar” e “impedir” –que exigen una particular toma de conciencia- y la exigencia jurisprudencial de que

⁶⁸⁹ SAP (Penal) Baleares, sec. 1ª, S 10-07-2008, nº 46/2008, Rec. 74/2006. EDJ 2008/210012.

se trate de una abierta conculcación de la legislación mercantil, pues en otro caso el ilícito será extrapenal.

El debate sobre del error sobre el elemento normativo “sin causa legal”, nos lleva al error de tipo, y su concurrencia la exención de responsabilidad penal, sea el error vencible o invencible, pues no está prevista la comisión culposa de las conductas del art. 293 CP; y al ser el art. 293 CP una ley penal en blanco, el error podrá alcanzar al contenido de las causas legales previstas en la legislación mercantil, e incluso las determinadas en los estatutos de la sociedad.

6.- Antijuricidad. Ausencia de causas de justificación.

Introducción.

La antijuricidad expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del Ordenamiento jurídico. En la Doctrina se afirma que el Derecho Penal selecciona, por medio de la tipicidad, una parte de los comportamientos que generalmente constituyen ataques muy graves a bienes jurídicos importantes, conminándolos con una pena. Normalmente la realización de un hecho típico genera la sospecha de que ese hecho es también antijurídico (función indiciaria de la tipicidad); pero esta presunción puede ser desvirtuada por la concurrencia de una causa de justificación excluyente de la antijuricidad⁶⁹⁰. Por consiguiente, la esencia de la antijuricidad es la ofensa a un bien jurídico protegido por la norma que se infringe con la realización de la acción; sin esa ofensa no podrá hablarse de antijuricidad, por más que aparente o formalmente exista una contradicción entre la norma y la acción⁶⁹¹.

6.1. La antijuricidad en el art. 293 CP.

No hay peculiaridad digna de mención en este ámbito. Hemos visto en el Capítulo 4.1 dedicado al Tipo objetivo que estamos ante un delito de peligro abstracto, con una respuesta penal que interviene antes y sin necesidad de que se lleguen a generar consecuencias negativas. Ya hemos comentado que la técnica de la ley penal en blanco supone que la antijuricidad en el art. 293 CP comienza en la legislación mercantil, pues se parte de sus contenidos. Se habla en la

⁶⁹⁰ MUÑOZ CONDE F., GARCÍA ARÁN M. *Derecho Penal. Parte general*. Tirant lo Blanch. 10ª Edición. Valencia. 2019. pág. 284.

⁶⁹¹ MUÑOZ CONDE F., GARCÍA ARÁN M. *Derecho Penal. Parte general*. Tirant lo Blanch. 10ª Edición. Valencia. 2019. pág. 285.

Doctrina de un modelo denominado “accesoriedad de acto o formal” en el que el contenido material de la antijuricidad se hace depender completamente de la violación de una legalidad no penal o de la inexistencia de una autorización del comportamiento que pasan a componer íntegramente el contenido del injusto, de lo que es muestra –entre otros delitos- la obstaculización de derechos de los socios, artículo 293 CP, y también la utilización indebida de denominaciones de origen del artículo 275 CP, el delito contable tributario del artículo 310.a) CP, el delito contra la ordenación del territorio del artículo 319 CP, los delitos relativos a la caza o pesca de los artículos 335.2 y 336 CP o el tráfico ilegal de mano de obra, artículo 312 CP⁶⁹².

Otros autores defienden que en el Derecho Penal societario estamos ante una política punitiva expansiva que muestra cada vez con más frecuencia las remisiones normativas indiferenciadas, por lo que no resulta excepcional encontrar delitos pertenecientes al Derecho Penal económico y de empresa que se solapan parcial o totalmente, cuando no resultan prácticamente idénticos, con otro tipo de infracciones, y así sucede, en los delitos societarios, donde se hace evidente la superposición entre la protección penal dispensada a los derechos de los socios (art. 293) y su correlato en las garantías de protección mercantil previstas en la legislación mercantil societaria⁶⁹³.

Es el fenómeno llamado “Expansión del Derecho Penal”, descrito en la Doctrina como una generosa apertura que se ha plasmado en la práctica en la introducción de nuevos tipos penales, en la relajación de la fuerza vinculante de las tradicionales garantías penales, flexibilizando los principios de imputación y adelantando las barreras de protección, básicamente a través de los delitos de peligro abstracto, primando así la eficacia de la norma; endureciendo además las

⁶⁹² MATELLANES RODRÍGUEZ, N. *Tratado de Derecho Penal Económico*. CAMACHO VIZCAÍNO (Dir). Tirant lo Blanch. 1ª Ed. 2019. Pág. 132.

⁶⁹³ CARPIO BRIZ, D. “Concepto y contexto del Derecho Penal Económico”, en *Manual de Derecho Penal, Económico y de Empresa. Parte General y Parte Especial*. M. CORCOY BIDASOLO, M. Y GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs). Tirant Lo Blanch Valencia, 2016. Pág. 21.

sanciones penales, introduciendo en los tipos cláusulas genéricas e indeterminadas, leyes penales en blanco o elementos normativos que encuentran su integración en la legislación extrapenal de referencia; consecuencia de todo ello es la erosión de principios penales como el de subsidiariedad o última *ratio*⁶⁹⁴. En fin, parece que se están refiriendo expresamente a nuestro artículo 293 CP.

6.2. Ausencia de causas de justificación.

Las causas de justificación están reguladas en el art. 20 CP referido a la legítima defensa, el cumplimiento de un deber, el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, y el estado de necesidad. La Doctrina afirma que la función del juicio de antijuricidad se reduce a una constatación negativa de la concurrencia de alguna causa de justificación⁶⁹⁵. Será difícil encajar las causas de obrar en legítima defensa o en estado de necesidad en la justificación de la conducta del administrador que impide el ejercicio de los derechos del socio. Igualmente, el ejercicio legítimo del cargo impone al administrador el deber respetar los derechos de los socios, por lo que difícilmente podrá justificarse su impedimento basándose en el ejercicio legítimo del cargo o en el cumplimiento de un deber. No hemos visto ningún supuesto en la práctica judicial del Derecho Penal económico que se refiera a la concurrencia de alguna de estas causas de justificación.

El elemento normativo “sin causa legal” lo hemos considerado no como la ausencia de causas de justificación sino como un elemento del tipo de carácter normativo⁶⁹⁶ que deberá delimitarse atendiendo a lo que establece el

⁶⁹⁴ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. “La Expansión Selectiva del Derecho Penal Español”. *En Revista Digital, Facultad de Derecho UNED*, págs. 1 y 2. Nº 1- 2009.

⁶⁹⁵ MUÑOZ CONDE, F, GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte general*. Tirant lo Blanch. 10ª Edición. Valencia. 2019. pág. 283.

⁶⁹⁶ Capítulo Cuarto dedicado el Tipo Objetivo, (apartado 4.1.5.).

Ordenamiento jurídico y en particular, su sector mercantil⁶⁹⁷. En la Doctrina se alude a supuestos en los que la frecuencia de aparición de causas de justificación aboca al tipo a esta referencia expresa⁶⁹⁸, que se configura como un elemento negativo del tipo.

6.3. Conclusión.

Partimos de que la esencia de la antijuricidad es la ofensa a un bien jurídico protegido por la norma que se infringe con la realización de la acción, de manera que, por más que aparente o formalmente exista una contradicción normativa, sin esta ofensa no podrá hablarse de antijuricidad, en el aspecto material. Hemos de tener en cuenta el contenido del segundo capítulo (2.2) relativo al bien jurídico protegido en el art. 293 CP. El ataque al bien jurídico en el art. 293 CP nos recuerda que estamos ante un delito de peligro abstracto, de manera que la lesión de los derechos de los socios se produce en el momento mismo en que se niega o impide sin causa legal su ejercicio, esto es, en el momento en que se obstruye éste, tema que desarrollamos en el Capítulo 9 (9.1) al tratar de la consumación. La exigencia de antijuricidad material sirve no solo a la preocupación jurisprudencial que procura la restricción en la aplicación del art. 293 CP, como hemos visto en el Cuarto capítulo (4.1.2), sino también como criterio de graduación de la gravedad de la conducta del administrador.

La antijuricidad también está afectada por el recurso a la técnica de la ley penal en blanco, que obliga a considerar las regulaciones extrapenales, no solo las leyes mercantiles sino también los estatutos de las compañías mercantiles, que

⁶⁹⁷ GALÁN MUÑOZ A. Y NÚÑEZ CASTAÑO E. *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Delitos societarios*. 3ª Edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2019. Págs. 233 y 234.

⁶⁹⁸ M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *El error sobre elementos normativos del tipo penal*. Edición 2.008. Editorial La Ley. Pág. 119.

son también fuente de derechos y obligaciones para los socios y para los administradores.

No consideramos causa de justificación al elemento normativo del tipo “sin causa legal” que ya hemos visto en el Capítulo Cuarto dedicado el Tipo Objetivo, (apartado 4.1.5.). De no existir el elemento normativo, estaríamos ante la exigencia normal y habitual de que la conducta debe realizarse sin que concurra causa legal que legitime al administrador a limitar o restringir los derechos de los socios.

En el ámbito del art. 293 CP es difícil que operen las causas de obrar relativas a la legítima defensa o en estado de necesidad en la justificación de la conducta del administrador que impide el ejercicio de los derechos del socio. También vemos irrealizable que pueda tener virtualidad el ejercicio legítimo del cargo o en el cumplimiento de un deber, pues si puede haber una causa legal, faltará un elemento del tipo. Ciertamente, no hemos visto ningún supuesto en la práctica judicial del Derecho Penal económico que se refiera a la concurrencia de alguna de estas causas de justificación.

7. La Culpabilidad.

Introducción.

Como afirma el profesor Torío, la culpabilidad toma en cuenta la relación subjetiva y personal entre el sujeto y la acción. La antijuricidad es condición necesaria -pero no suficiente- de la existencia del delito, que también requiere la culpabilidad personal. El principio «*no hay pena sin culpabilidad*», progresivamente enriquecido en la historia, equivale a la exigencia de una diversidad de datos indispensables para la afirmación de la responsabilidad⁶⁹⁹. Estamos en la tarea judicial de examinar el enlace personal entre el autor y su acción de individualización. Vamos a tratar los tres elementos de la culpabilidad.

El primero es la Imputabilidad, que se refiere a las condiciones de capacidad personales del autor y donde ha de analizarse si al tiempo de los hechos existe o no una alteración de las capacidades intelectivas y volitivas. La Conciencia de la antijuricidad trata sobre el conocimiento de la prohibición penal; su reverso es el error de prohibición cuya eficacia se describe en el art. 14.3 CP; y haremos mención al problema del conocimiento de una ilicitud compleja, así como al error sobre el elemento normativo “sin causa legal”. Y por último, tratamos la Exigibilidad, y su vertiente negativa, la “no exigibilidad”, que excluye la responsabilidad penal en supuestos extremos.

El art. 293 CP no presenta peculiaridad respecto de la teoría general del delito en materia de culpabilidad.

⁶⁹⁹ TORÍO LÓPEZ, A. “El concepto individual de culpabilidad”, en *ADPCP*, Tomo 38, Fasc/Mes 2, 1985, pág. 285.

7.1. Concepto. Concepciones de la culpabilidad.

El principio “no hay pena sin culpabilidad” equivale actualmente a la concurrencia de una diversidad de datos indispensable para la afirmación de responsabilidad. Es preciso que el sujeto sea imputable, es decir, capaz de comprender y querer la acción antijurídica y después, es necesario que la acción se haya ejecutado con conocimiento real, o al menos posible, de la antijuricidad y que el sujeto esté dentro de los límites de la exigibilidad⁷⁰⁰.

Para la imposición de una pena, principal consecuencia jurídico-penal del delito, no es suficiente con la comisión de un hecho típico y antijurídico; la culpabilidad es una tercera categoría en la Teoría General del Delito, cuya presencia es necesaria para imponer una pena y consiste en acoger aquellos elementos referidos al autor del delito, de manera que en la Doctrina se afirma que actúa culpablemente quien comete un acto antijurídico tipificado en la Ley penal como delito, pudiendo actuar de un modo distinto, es decir, conforme a Derecho, bajo el presupuesto de aceptar la capacidad humana para actuar libremente⁷⁰¹.

A modo de introducción exponemos unas consideraciones del profesor Torío en favor del carácter individualizador del principio de culpabilidad, que concluye en que la culpabilidad consiste en la determinación -y desaprobación- del enlace personal o subjetivo entre el autor y su acción, una conexión irrepetible y eminentemente individual. La Doctrina penal distingue en el delito dos elementos o magnitudes fundamentales denominadas antijuricidad y culpabilidad. La primera es un elemento objetivo, impersonal, que valora

⁷⁰⁰ MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN M. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch. 10ª Edición. Valencia 2019. Pág 341.

⁷⁰¹ MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN M. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch. 10ª Edición. Valencia 2019. Pág. 334.

negativamente la acción como discrepante del derecho, pero que nada anticipa sobre si esa acción ha sido cometida culpablemente. Si en la antijuricidad se destaca la contradicción existente entre la acción y la norma jurídico penal, en la culpabilidad se toma en cuenta la relación subjetiva, personal, entre sujeto y acción. El delito requiere la culpabilidad personal. El principio «*no hay pena sin culpabilidad*», progresivamente enriquecido en la historia, equivale actualmente a la exigencia de una diversidad de datos indispensables para la afirmación de la responsabilidad. Es preciso que el sujeto sea imputable, es decir, capaz de comprender y querer la acción antijurídica, y después, es necesario que la acción, dolosa o culposa, se haya ejecutado con conocimiento real, o al menos posible, de la antijuricidad. Por último, la culpabilidad se halla ausente si está presente un motivo particular de exclusión de la culpabilidad (estado de necesidad exculpante, coacción grave condicionante del proceso de motivación, etcétera). La individualización ha de realizarse atendiendo a las posibilidades y capacidades del autor concreto, tomando en cuenta su formación, profesión, educación, posibilidades económicas, situación familiar, para así enjuiciar en tal sentido concreto la conexión personal real existente entre él y el hecho tipificado como delito. Es una concepción de la culpabilidad como juicio personal, individual, es decir, no solo como magnitud general, impersonal, o en su caso selectiva, negativa de acciones antijurídicas en que se encuentra ausente la necesidad de pena⁷⁰².

En la Doctrina se alega que el fundamento material de la antijuricidad es la propia idea democrática, por cuanto en un Estado social y democrático de Derecho hay que estar en condiciones de demostrar por qué hace uso de la pena y a qué personas la aplica, y ello siempre para proteger de modo eficaz y racional a una sociedad que, si no es plenamente justa, tiene en su seno y en su configuración jurídica la posibilidad de llegar a serlo⁷⁰³. El resultado es que se

⁷⁰² TORÍO LÓPEZ, A. *El concepto individual de la culpabilidad*, en ADPCP. 1985. Págs. 285, 287, 296, 300 y 301.

⁷⁰³ MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN M. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch. 10ª Edición. Valencia 2019. Pág. 356.

dirige al autor un reproche jurídico por haber realizado una acción ilícita, cuando le era exigible obrar de otro modo, esto es, de forma adecuada a Derecho⁷⁰⁴.

7.1.1. La Culpabilidad en el art. 293 CP.-

El art. 293 CP no requiere especialidad en el ánimo, no tiene exigencias de carga intencional, a pesar de que algún autor entiende aconsejable exigir la presencia de un elemento subjetivo del injusto consistente en el ánimo específico de perjudicar el patrimonio del socio o de la sociedad, para diferenciar este delito del injusto civil/mercantil⁷⁰⁵.

En todo caso, desvirtuar la presunción de inocencia exige una actividad probatoria de cargo producida con las debidas garantías procesales y de las que pueda deducirse razonada, proporcional e individualmente la culpabilidad del inculpado, debiendo, en principio, realizarse con plenitud tal actividad probatoria, para dar cumplimiento a los principios de oralidad, inmediación y contradicción que presiden el proceso penal en el acto del juicio oral⁷⁰⁶.

⁷⁰⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*. 2.016.5ª Edición. Pág. 465.

⁷⁰⁵ RODRÍGUEZ RAMOS, L. “Los nuevos delitos pseudosocietarios”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, nº 1 abril-mayo 1995, págs. 73 á 99. Citado por Faraldo Cabana, *Los Delitos Societarios*, págs. 299 a 302. Ed. 2015.

⁷⁰⁶ SAP (Penal) Burgos de 25 septiembre de 2012, EDJ 2012/256723, con fundamento en las STC 31/81, 101/85, 80/86, 254/88, 3/90, entre otras. SAP Madrid (Penal) de 8 enero de 2013 EDJ 2013/2428 y la STS (Penal) de 25 de abril de 2012 EDJ 2012/97407, con cita de las SSTs (Penal) 2110/2002 de 10 de diciembre EDJ 2002/59229 y 183/2002 de 12 de febrero EDJ 2002/3086.

7.2. Contenido de la culpabilidad: imputabilidad, conciencia de la ilicitud y exigibilidad.

Los tres elementos que integran el contenido del juicio de culpabilidad son la imputabilidad, el conocimiento de la ilicitud y la exigibilidad en sentido estricto. Después de cada uno de los tres elementos, consideraremos su reverso, a saber, las causas de inimputabilidad, el error de prohibición (respecto de la conciencia de la antijuricidad) y las causas de exculpación (respecto de la exigibilidad).

7.2.1. Respecto de **la imputabilidad** procede indicar que ni ella, ni su vertiente negativa (la inimputabilidad) ofrecen peculiaridades dignas de mención en el ámbito del Derecho Penal económico y de la empresa. Concebida como capacidad de reproche, la imputabilidad descansa sobre un doble presupuesto: de un lado, la capacidad de entender y valorar la naturaleza e ilicitud de la conducta realizada y –de otro- sobre la capacidad de poder actuar según esa apreciación o valoración⁷⁰⁷.

En la Doctrina se afirma que se trata del conjunto de las facultades mínimas requeridas para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos y bajo este término se incluyen aquellos supuestos que se refieren a la madurez psíquica y a la capacidad del sujeto para motivarse (edad, enfermedad mental, etc.); es pues, la capacidad de motivación a nivel individual, la capacidad para motivarse por los mandatos normativos, lo que constituye la esencia de ese elemento de la culpabilidad que llamamos imputabilidad, y en la medida en que esa capacidad no haya llegado a desarrollarse por falta de madurez, por defectos

⁷⁰⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Parte General. 2.016. 5ª Edición. Pág. 472.

psíquicos de cualquier origen o por trastornos transitorios, no podrá hablarse de culpabilidad⁷⁰⁸.

7.2.1.1. Causas de inimputabilidad.

Es obligación de las sentencias penales referir –como parte de la verdad judicial- aquellos datos relativos a hechos o circunstancias que pueden modificar o hacer desaparecer alguno de los elementos del delito, entre los que se encuentran las de exclusión de la imputabilidad⁷⁰⁹. La Audiencia Provincial de Burgos afirma que la prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia es "aquella encaminada a fijar el hecho incriminado que en tal aspecto constituye el delito, así como las circunstancias concurrentes en el mismo... por una parte, y, por la otra, la participación del acusado, incluso la relación de causalidad, con las demás características subjetivas y la imputabilidad"⁷¹⁰.

En el ámbito de los delitos económicos en los que el sujeto activo va a ser un administrador, será imposible que nos encontremos con una situación de edad inferior a catorce años, a los que no cabe exigir responsabilidad penal⁷¹¹. En cambio, sí es posible que existan circunstancias de enfermedad mental. Nos

⁷⁰⁸ MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN M. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch. 10ª Edición. Valencia 2019. Págs. 341 y 346.

⁷⁰⁹ SAP (Penal) Barcelona de 12 enero de 2016. EDJ 2016/13182, basada en la STS (Penal) 607/2010, de 30 de junio.

⁷¹⁰ SAP (Penal) Burgos de 19 noviembre de 2009. EDJ 2009/292350, fundamentada en SSTC 127/1990, de 5 de julio, FJ 4 EDJ 1990/7269; 93/1994, de 21 de marzo, FJ 2 EDJ 1994/2559; 87/2001, de 2 de abril, FJ 8 EDJ 2001/2675, y en las SSTC 33/2000, de 14 de febrero, FJ 4 EDJ 2000/1149; 171/2000, de 26 de junio, FJ 3 EDJ 2000/15591.

⁷¹¹ L. O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. *Artículo 1. 1*. Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales.

vamos a limitar a hacer mención a supuestos concretos de causas de exculpación a los que se ha dado respuestas de los tribunales.

La eximente de anomalía o alteración psíquica del art 20. 1º CP⁷¹² obliga a que el Juzgador valore la intensidad de la disminución de las facultades intelectivas y volitivas al tiempo de los hechos. Y así, la Audiencia Provincial de A Coruña rechaza la eximente con el fundamento de que no se hiciera referencia a problemas psicológicos al prestar la primera declaración en la instrucción⁷¹³. La alegación de circunstancias que incumban al estado mental del acusado exige no solo una clasificación clínica sino también la existencia de una relación entre ésta y el acto delictivo de que se trate y así, la Audiencia Provincial de Valladolid rechazó apreciar la eximente en un caso con diagnóstico de la patología de distimia⁷¹⁴ (trastorno de ansiedad generalizada y trastorno adaptativo) pues “ni de la documentación aportada ni tampoco de las conclusiones médico legales alcanzadas por la médico forense se pudo concluir con plenitud que el acusado pudiera tener, en el momento de los hechos, anuladas ni afectadas de forma alguna sus facultades intelectivas y/o volitivas, a causa de la alteración psíquica o trastornos que padece ni tampoco puede inferirse elemento alguno que evidencie afectación alguna entre sus padecimientos psíquicos y el acto perpetrado, por lo que no puede estimarse circunstancia alguna modificativa de la responsabilidad criminal basada en tales informes y alegaciones de la defensa”⁷¹⁵. En este caso se

⁷¹² Art. 20.1 CP. Están exentos de responsabilidad criminal: 1º) El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

⁷¹³ SAP (Penal) A Coruña de 2 marzo de 2012. EDJ 2012/52074.

⁷¹⁴ Tipo de trastorno afectivo o del estado de ánimo que a menudo se parece a una forma de depresión mayor menos severa, pero más crónica.

⁷¹⁵ SAP (Penal) Valladolid de 7 noviembre de 2016. EDJ 2016/224033.

había alegado la concurrencia de la eximente incompleta del artículo 21.1 del Código Penal⁷¹⁶.

Tampoco se estimó como eximente la alegación de una depresión que se dice sufrida en el tramo temporal en que se produjeron tales conductas obstativas de los derechos del socio minoritario, entendiendo que la alegada enfermedad depresiva debutó el mismo año en que se fundó la mercantil, pero no impidió al administrador hacer un uso calculado de los derechos políticos inherentes al capital que ostentaba, para urdir una sucesión de actos finalísimamente encaminada a hacer suyos los recursos patrimoniales de la entidad de la que era administrador, en perjuicio de la sociedad mercantil y del socio minoritario querellante. Concluye la Sala de la Audiencia Provincial de León, que las decisiones sucesivamente adoptadas por el recurrente no parecen inspiradas por una enfermedad del sistema nervioso, sino antes bien, calculadas en razón de una finalidad que fue la entera descapitalización de la sociedad antes de lo que el Juzgador ha llamado, muy gráficamente, el colapso económico final de la mercantil⁷¹⁷.

La Audiencia Provincial de Segovia rechazó la eximente de existencia en la imputada "crisis parciales complejas" cuando los hechos que se declaran probados determinan una ideación y planificación en absoluto compatibles con la desorientación y disminución del nivel de conciencia que tal diagnóstico conlleva; en todo caso, fue informada en una época muy posterior a los hechos de autos, sin que los compañeros de trabajo, en convivencia directa con ella hubiesen percibido el más mínimo signo de ello⁷¹⁸.

⁷¹⁶ Art. 21. CP. Son circunstancias atenuantes: 1ª) Las causas expresadas en el Capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

⁷¹⁷ SAP (Penal) León de 24 octubre de 2017. EDJ 2017/256847.

⁷¹⁸ SAP (Penal) Segovia de 20 abril de 2011. EDJ 2011/83364.

La Audiencia Provincial de Madrid consideró la ludopatía como circunstancia modificativa de responsabilidad atendiendo a que en una sola semana el acusado había llegado a jugar grandes cantidades de dinero en quinielas, por lo que resulta fácil inferir que se trata de una persona adicta al juego. Ahora bien, ello no quiere decir que actuara penalmente con sus facultades volitivas severamente limitadas. Pues, entre otras razones, ha de ponderarse que el acusado también dedicaba las ingentes cantidades de dinero de que se apoderaba a otros gastos personales. Y así, conviene subrayar que los gastos en "Grandes Almacenes C." durante el periodo comprendido entre los años 1997-2003 alcanzaron la suma de 668.567,31 euros, con una media anual de gasto de 95.509 euros lo que quiere decir que "también actuaba movido por mantener un nivel de vida". En consecuencia, ha de colegirse que la adicción del acusado al juego limitaba, pero no severamente, su capacidad de autocontrol y de encauzar su conducta hacia las exigencias marcadas por la norma penal, y así se aprecia una atenuante analógica de ludopatía, en aplicación del art. 21.6^a (actual art. 21.7^a), en relación con el art. 21.1^a y 20.1^o del C. Penal⁷¹⁹.

La analogía es fuente de alegación de circunstancias eximentes y atenuantes, cumpliendo los requisitos que exige la Jurisprudencia que afirma que ha de atenderse a la existencia de una semejanza del sentido intrínseco entre la conducta apreciada y la definida en el texto legal, desdeñando a tal fin meras similitudes formales y utilizándolo como un instrumento para la individualización de las penas, acercándolas así al nivel de culpabilidad que en los delincuentes se aprecie, pero cuidando también de no abrir un indeseable portillo que permita, cuando falten requisitos básicos de una atenuante reconocida expresamente, la creación de atenuantes incompletas que no han merecido ser recogidas legalmente (sentencias de 3 de febrero de 1996 y 6 de octubre de 1998)⁷²⁰. En otra Sentencia de 2 de julio de 2.001⁷²¹ el Tribunal

⁷¹⁹ SAP (Penal) Madrid de 15 junio de 2007. EDJ 2007/251465.

⁷²⁰ STS (Penal) Sala 2^a de 24 junio de 2005. EDJ 2005/119226

⁷²¹ STS (Penal) 1180/2001, de 2 de julio EDJ 2001/29064, mencionando la STS (Penal) de 20 de diciembre de 2000.

Supremo concreta los requisitos para apreciar circunstancias atenuantes por analogía:

a) semejanza con la estructura y características de las atenuantes restantes del art. 21 del Código Penal;

b) relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como una eximente incompleta;

c) relación con circunstancias atenuantes específicamente descritas en los tipos penales;

d) conexión con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código Penal, y que suponga la "ratio" de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido;

e) por último, aquella analogía que esté directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del art. 21 del Código Penal, lo que, en ocasiones, se ha traducido en la consideración de atenuante como efecto reparador de la vulneración de un derecho fundamental, singularmente el de proscripción o interdicción de dilaciones indebidas.

Y finalmente, el Tribunal Supremo rechaza que la circunstancia atenuante analógica prevista en el art. 21.7^a del Código Penal sirva como una cláusula general de individualización de la pena que ajuste ésta a la verdadera culpabilidad del sujeto activo del delito, al menos como doctrina uniforme de esta Sala casacional

En el supuesto del cooperador necesario, la Audiencia Provincial de Madrid exige que el juicio de imputabilidad alcance no solo a la concurrencia de

los elementos objetivos de la cooperación necesaria (dominio del hecho en razón del carácter decisivo y trascendental de su colaboración para la ejecución del delito) sino que debe concurrir la plena conciencia de que contribuye decisivamente a la comisión de un ilícito criminal⁷²².

7.2.2. El segundo elemento de la culpabilidad es **el conocimiento de la ilicitud** (o de la antijuricidad) que requiere el análisis de si el sujeto capaz de reproche (imputable) obró sabiendo que su conducta era contraria a las normas, o al menos, si actuó pudiendo conocer que lo era. Dicho de otro modo, para poder afirmar que la conducta es culpable, será necesario que el sujeto posea un conocimiento actual del significado antijurídico de la conducta, aunque baste que este conocimiento sea eventual. El conocimiento actual incluye no solo los conocimientos seguros, sino también las situaciones en las que el autor no está totalmente seguro del carácter prohibido de su hecho (supuestos de duda). En otras palabras, basta con que el sujeto considere *probable* que su acción u omisión es contraria a las exigencias del Ordenamiento. En suma, cabe afirmar que el conocimiento actual engloba también un conocimiento *eventual* de la antijuricidad, de forma análoga a lo que sucedía con la figura del dolo eventual⁷²³.

Normalmente la realización dolosa de un tipo penal casi siempre va acompañada de la conciencia de que se hace algo prohibido. La Doctrina afirma que en la práctica no plantea demasiados problemas pues se parte de su existencia en el autor de un hecho típico, no justificado, cuando dicho sujeto es imputable⁷²⁴, y así, es suficiente con que el sujeto tenga conocimiento de la antijuricidad general de los hechos que realiza, esto es, basta con la creencia de que está vulnerando una norma jurídica en general (o contrariedad genérica al Derecho), eso sí, sin

⁷²² SAP (Penal) Madrid de 15 junio de 2007. EDJ 2007/251465.

⁷²³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*. 5ª Edición. 2.016. Págs. 473-474.

⁷²⁴ MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN M. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch. 10ª Edición. Valencia 2019. Pág. 363.

que haya de tratarse de un conocimiento propio de expertos juristas, sino de lo que usualmente denominamos “valoración paralela del autor en la esfera del profano”⁷²⁵, que el autor tenga motivos suficientes para saber que el hecho cometido está *jurídicamente prohibido* y que es contrario a las normas más elementales que rigen la convivencia. La norma penal solo puede motivar al individuo en la medida en que éste pueda conocer, a grandes rasgos, el contenido de sus prohibiciones. Si el sujeto no sabe que su hacer está prohibido, no tiene ninguna razón para abstenerse de su realización; la norma no le motiva y su infracción, si bien es típica y antijurídica, no puede atribuirse a título de culpabilidad⁷²⁶.

Otros autores consideran que las peculiaridades del sector del Derecho Penal económico, que se configura como un Derecho Penal accesorio, preñado de remisiones explícitas a normas extrapenales o de términos normativos jurídicos, y que tipifica delitos que no son directamente lesivos para bienes jurídicos individuales, propician que el ciudadano no identifique aquí fácilmente “prohibición” con “prohibición penal” lo que nos llevan a debatir sobre si el conocimiento de la antijuricidad no debería exigir algo más que la mera conciencia de la contrariedad genérica al Derecho, entendiendo que puede ser más adecuado requerir un conocimiento de que el hecho se encuentra prohibido –en concreto- por el Derecho Penal, es decir, exigir un conocimiento del carácter penal de la prohibición del hecho⁷²⁷. En la Doctrina se sostiene que en el caso de que el sujeto desconozca únicamente el carácter penal de la prohibición no se puede llegar hasta el extremo de eximirlo completamente de pena, por muy invencible que sea el error, puesto que siempre quedaría el remanente de capacidad de motivación que supone conocer la antijuricidad general del hecho; de ahí que proponga que esa disminución de culpabilidad sea tenida en cuenta a

⁷²⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*. 2.016. 5ª Edición. Pág. 476.

⁷²⁶MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN M. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch. 10ª Edición. Valencia 2019. Pág. 341 y 363.

⁷²⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*. 2.016. 5ª Edición. Pág. 476.

través de la aplicación de una atenuante analógica, que en determinados casos podría operar como muy cualificada⁷²⁸.

En definitiva, el conocimiento de la antijuricidad, como los demás elementos subjetivos de la teoría del delito, es también un concepto que requiere del juez una valoración de los diversos componentes, psicológicos y sociales, que inciden en el comportamiento del individuo. Si el sujeto desconoce la antijuricidad de su hacer, actúa entonces en error de prohibición⁷²⁹, que a continuación, es objeto de epígrafe propio.

7.2.2.1. El Error de Prohibición.

La Jurisprudencia afirma que deberá apreciarse cuando el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho, y por tanto, no se trata de conocer, o no, sino de estar en condiciones de conocer o apreciar que lo que se ha hecho es ilícito desde un parámetro de "suficiencia cognoscitiva"⁷³⁰.

Esta clase de error se encuadra en el marco del juicio de reproche que conduce a adoptar las consecuencias de la denominada *teoría de la culpabilidad*, la cual se caracteriza por tratar el conocimiento de la antijuricidad no como elemento del dolo, sino exclusivamente como característica de la culpabilidad separada del dolo⁷³¹. La Jurisprudencia afirma que el error de prohibición

⁷²⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*. 5ª Edición. Pág. 476.

⁷²⁹ MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN M. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch. 10ª Edición. Valencia 2019. Pág. 364.

⁷³⁰ STSJCyL, Sala de lo Civil y Penal, Rollo de Apelación nº 8/2.020, Sentencia nº 14/2020 de 18 de marzo de 2.020. Invocando las SS.TS 1141/1997, de 14 de noviembre; 865/2005, de 24 de junio; 181/2007, de 7 de marzo; 753/2007, de 2 de octubre; y 353/2013, de 19 de abril, citadas en la de STS (Penal) 155/2018 de 4 de abril.

⁷³¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*. 5ª Ed, 2.016, pág. 479.

constituye el reverso de la conciencia de la antijuricidad como elemento constitutivo de la culpabilidad y exige que el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho o, expresado de otro modo, que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente, como podemos leer en el 14.3 CP *error sobre la licitud del hecho constitutivo de la infracción penal* ⁷³², al que se anuda la consecuencia ya de una rebaja obligatoria de pena, en caso de evitabilidad, ya de la exclusión de responsabilidad penal en caso de invencibilidad del error⁷³³. Por tanto, el error sobre la prohibición consiste en un conocimiento equivocado acerca de la ilicitud de su conducta, que excluye el conocimiento de la significación antijurídica de la acción, es decir, que el sujeto, al actuar, no sabe que lo que está haciendo está prohibido y en consecuencia anula la exigencia de conciencia de la ilicitud⁷³⁴.

Este error puede referirse a la existencia de la norma prohibitiva como tal (error de prohibición directo), que sucede cuando el autor desconoce la existencia de una norma que prohíbe su conducta; y también puede referirse a la existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación que autorice la acción –generalmente prohibida- en un caso concreto (error de prohibición indirecto o error sobre las causas de justificación), de manera que el autor sabe que su conducta está prohibida en general, pero cree erróneamente que en el caso concreto se da una causa de justificación que lo permite, que actúa dentro de los límites de la misma o que se dan sus presupuestos objetivos⁷³⁵.

⁷³² STS (Penal) de 24 junio de 2005. EDJ 2005/119226.

⁷³³ Art. 14.3. CP. “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.”

⁷³⁴ ORTS BERENGUER E., GONZÁLEZ CUSSAC J. L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. 8ª Ed. Tirant lo Blanch 2019. pág. 318.

⁷³⁵ MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN M. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch. 10ª Edición. Valencia 2019. Pág. 365.

No estamos ante el error sobre cuál sea la sanción jurídica que se puede derivar de la propia conducta. Conviene añadir, además, que el error de prohibición no puede confundirse con el caso en que exista en el sujeto una situación de duda⁷³⁶. La duda es incompatible con el concepto de creencia errónea. La creencia ha de ser firme, es decir, sin duda al respecto. Cuando el autor duda, existe suficiente conciencia de la antijuricidad pues pese a tal duda se decide a actuar mediante la conducta delictiva. Este conocimiento eventual del injusto es un concepto paralelo al del dolo eventual: en estos casos hay culpabilidad, del mismo modo que en los casos de dolo eventual hay dolo⁷³⁷.

El Tribunal Supremo establece que para apreciar cualquier tipo de error jurídico en la conducta del infractor son fundamentales las condiciones psicológicas y de cultura del agente, las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitan conocer la trascendencia jurídica de su obra. También ha de considerarse la naturaleza del hecho delictivo, sus características y las posibilidades que de él se desprenden para ser conocido el mismo por el sujeto activo. Y así, la Jurisprudencia excluye el error si el agente tiene normal conciencia o una alta probabilidad de antijuricidad -supuesto similar al dolo eventual- sin que sea necesaria la seguridad absoluta del proceder incorrecto; y no será admisible la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente⁷³⁸. En consecuencia, el Tribunal Supremo condena a un administrador ante la evidencia de que es persona conocedora en grado suficiente de la legislación aplicable en la medida que venía ocupándose de hecho de la gestión de la sociedad, participando en Juntas generales en su calidad de asesor fiscal y jefe de contabilidad de la sociedad...", es decir, puede afirmarse

⁷³⁶ STS (Penal) de 14 de noviembre de 1997, núm. 1141/1997 EDJ 1997/8539.

⁷³⁷ STS (Penal) 650/2003, de 9 de mayo. EDJ 2003/263057.

⁷³⁸ EDJ 2002/54110 STS (Penal) Sala 2ª de 26 noviembre de 2002, refiriendo las STS (Penal) de 29 de septiembre de 1.997, nº 1171/97 EDJ 1997/7551 y STS (Penal) de 11 de marzo de 1.996, nº 237/96, EDJ 1996/1135. STS (Penal) de 29 de noviembre de 1994 y de 16 de marzo de 1994.

un grado suficiente de conocimiento técnico y jurídico de la actividad mercantil desarrollada por la sociedad⁷³⁹.

En el ámbito del art. 293 CP la Jurisprudencia rechaza de manera ordinaria los supuestos de error de prohibición, pues la aplicación del precepto exige una abierta infracción de la Legislación en materia de sociedades⁷⁴⁰, restringiendo el ámbito de lo penal a los comportamientos más abiertamente impeditivos del ejercicio de estos derechos básicos...⁷⁴¹. Por tanto, no habrá delito del art. 293 CP si se discute la “relevancia de la información denegada” o “lo incompleto de la documentación aportada”, y no podremos hablar de error en estos casos. La Audiencia Provincial de Barcelona dice que no será susceptible de error la exigencia jurisprudencial de que se trate de una información acerca de los asuntos que figuren en el orden del día o a la de obtener cualquier documento que habrá de ser sometido a la aprobación de la Junta⁷⁴².

Finalmente, mencionamos que hay autores que preconizan que el tratamiento del Error sea diferente en el ámbito de los delitos económicos, apuntando la posibilidad de introducir algún tipo de modificación en el tratamiento legal del error vencible sobre la prohibición, buscando atemperar la

⁷³⁹ STS (Penal) de 26 noviembre de 2002 EDJ 2002/54110, con cita de las S.S.T.S. 237/96, de 11/03 EDJ 1996/1135 o 1171/97, de 29/09 EDJ 1997/7551.

⁷⁴⁰ STS (Penal) 26 de Nov de 2002 EDJ 2002/54110, STS (Penal) de 7 de junio de 2017, nº 413/2017, Rec. 2015/2016. SAP (Penal) Las Palmas Sec. 1ª, de 28 de febrero de 2018, nº 75/2018, Rec. 102/2015.

⁷⁴¹ AP Valladolid, Sec. 4ª (Penal), A 05-04-2018, nº 167/2018, rec. 211/2018, mencionando las SSTS (Penal) de 26 de noviembre 2002 y nº 532/2012 de 26 de junio (EDJ 2012/153786) - STS 26-03-2013 -Rec 739/2012 (EDJ 2013/55353).

⁷⁴²AAP (Penal) Barcelona, sec. 6ª, 19 de marzo de 2018, nº 200/2018, Rec. 175/2018 EDJ 2018/67392, basándose en la STS (Penal) 9 de mayo de 2003.

severidad que comporta la teoría de la culpabilidad proponiendo una sensible ampliación de la esfera de la invencibilidad del error⁷⁴³.

En el ámbito de la legislación comunitaria nos referimos al art. 11.2 del “*Corpus iuris para la protección de los intereses financieros de la U.E.*” que dice literalmente: “El error sobre la prohibición o sobre la interpretación de la ley excluirá la responsabilidad, si el error fuera inevitable para un hombre prudente y razonable. Si el error fuera evitable, la sanción se verá disminuida excluyendo en todo caso la posibilidad de imponer el máximo de la pena prevista”⁷⁴⁴. Una manera de expresión sustancialmente coincidente con el art. 14.3 del Código Penal⁷⁴⁵.

7.2.3. La exigibilidad.

Las causas de inexigibilidad se consideran como vertiente negativa de la exigibilidad en sentido estricto⁷⁴⁶. La Doctrina considera que el Derecho exige la realización de comportamientos más o menos incómodos o difíciles, pero no imposibles ni heroicos; toda norma jurídica tiene un sentido de exigencia, fuera del cual no puede exigirse responsabilidad alguna. Esta exigibilidad es un problema individual del autor concreto, en el caso concreto y cuando la obediencia de la norma pone al sujeto fuera de los límites de la exigibilidad,

⁷⁴³ ORTS BERENGUER, E., GONZÁLEZ CUSSAC J. L. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. 8ª Ed. Tirant lo Blanch 2019. pág. 408, 409 y 410.

⁷⁴⁴ ORTS BERENGUER, E. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. 8ª Ed. Tirant lo Blanch 2019. Pág. 419.

⁷⁴⁵ Art. 14.3. CP. “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.”

⁷⁴⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Parte General. 5ª Edición. Pág. 478-479

faltarán ese elemento, y con él, la culpabilidad. De manera que la no exigibilidad de un comportamiento distinto en determinadas situaciones extremas no excluye la antijuricidad, pero sí la culpabilidad, de manera que su autor no será culpable. La exigibilidad exige la comprobación de si el autor, que realiza un hecho típico y antijurídico, se encuentra en alguna situación tan extrema que no fuera aconsejable, desde el punto de vista de los fines de la pena, imponerle una sanción penal⁷⁴⁷.

7.2.3.1 Causas de inexigibilidad.

Son causas de inexigibilidad el estado de necesidad exculpante (conflicto de bienes de igual valor), el exceso en la legítima defensa y el miedo insuperable exculpante. La Doctrina afirma que son causas que tienen que ver con la cuestión de si puede o debe sancionarse penalmente una conducta socialmente errónea debido a circunstancias especiales del caso⁷⁴⁸.

Descartada la legítima defensa, los delitos económicos –como el del art. 293 CP- en los que el sujeto activo va a ser un administrador, parecen incompatibles con situaciones exculpantes de estado de necesidad (art. 20, 5ª CP), o con el miedo insuperable exculpante (art. 20, 6ª CP).

Respecto del estado de necesidad exculpante (lesión de bienes de igual valor)⁷⁴⁹, la Jurisprudencia afirma que la esencia de la eximente de estado de

⁷⁴⁷ MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN M. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch. 10ª Edición. Valencia 2019. Pág. 341 y 368.

⁷⁴⁸ ROXIN, C. *La Teoría del Delito en la Discusión Actual*. Traducción de Manuel Abanto. Ed. Grijley. Ed. 2007. Pág. 230.

⁷⁴⁹ C.P. Art. 20.5º) El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo.

necesidad, completa o incompleta, radica en la existencia de un conflicto entre distintos bienes o intereses jurídicos, de modo que sea necesario llevar a cabo la realización del mal que el delito supone -dañando el bien jurídico protegido por esa figura delictiva- con la finalidad de librarse del mal grave, real y actual que amenaza al agente, siendo preciso, además, que no exista otro remedio razonable y asequible para evitar este último. Ha de concurrir el requisito de la proporcionalidad del mal causado, de manera que si el mal que se pretende evitar es de superior o igual entidad que la gravedad que entraña el delito cometido para evitarlo, y no hay otro remedio humanamente aceptable, la eximente debe ser aplicada de modo completo, y se aceptará de modo parcial (eximente incompleta) pero si la balanza comparativa se inclina mínimamente en favor de la acción delictiva y se aprecian en el agente poderosas necesidades, la circunstancia modificativa debe aceptarse con carácter parcial; y no se apreciará ni total ni parcialmente si ese escalón comparativo revela una diferencia muy apreciable⁷⁵⁰.

Y no precisa de mayores comentarios para poner de manifiesto que particulares situaciones de dificultad económica, en ningún caso permitirían justificar la comisión de un delito como el del art. 293 CP, pues el mal que se pretendiera evitar ha de ser real, grave y actual o inminente, y siempre habrá de comprobarse que el agente ha agotado todos los medios alternativos lícitos para soslayar ese mal antes de acudir a la vía delictiva, de tal manera que, fracasados aquellos, no quepa otra posibilidad humanamente razonable que el delito, pues a nadie se le puede exigir la heroicidad o el martirio en este ámbito"⁷⁵¹.

Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

⁷⁵⁰ STS (Penal) nº 1002/2011 de 4 de octubre de 2011. Rec. 11169/2011.

⁷⁵¹ STS (Penal) 4 de octubre de 2011, nº 1002/2011, rec. 11169/2011, fundamentándose en la Sentencia del Tribunal Supremo (Penal), sec. 1ª, de 21-01-2010, nº 13/2010, rec. 10624/2009.

Como refiere el Tribunal Supremo, hemos de recordar que al miedo insuperable unas veces se le ha encuadrado entre las causas de justificación, otras entre las de inculpabilidad, e incluso entre los supuestos que niegan la existencia de una acción, en razón a la paralización que sufre quien actúa bajo un estado de miedo; y que en la actualidad es en la inexigibilidad de otra conducta donde puede encontrar mejor acomodo, ya que quien actúa en ese estado, subjetivo, de temor mantiene sus condiciones de imputabilidad, pues el miedo no requiere una perturbación angustiosa sino un temor a que ocurra algo no deseado⁷⁵². La Jurisprudencia impone para su apreciación como eximente completa que el único móvil sea el miedo, requisito que se considera implícito en la palabra "impulsado" que figura en el art. 20.6^a CP. Cuando concurren otros móviles solo cabrá una exención incompleta⁷⁵³ y si concurriera cualquier grado de beneplácito además de atemperar el miedo, se agranda la capacidad de superarlo -la exigibilidad-, lo que además supondría negar la presencia de uno de los requisitos, que imposibilitaría su eficacia modificativa de responsabilidad⁷⁵⁴. De la rigurosidad de los requisitos que se exigen para su aplicación es elocuente el dato de que en los últimos veinte años del siglo XX no haya recaído ni una sola sentencia en que el Tribunal Supremo apreciase la eximente con eficacia exculpante completa⁷⁵⁵. Si bien, desde el año 2000, sin embargo, son menos insólitas las sentencias que acogen la exención caracterizada como una causa de inexigibilidad⁷⁵⁶. La Jurisprudencia afirma que no basta cualquier miedo, incluso el irracional, para la exoneración; lo que no excluye que deban ser atendidas las circunstancias concretas de cada persona para medir su "insuperabilidad". En ese orden de cosas ha de atenderse al "hombre medio"; pero no en abstracto; sino al "hombre medio" situado en la posición del autor⁷⁵⁷, de manera que habrá que estar al caso concreto

⁷⁵² STS (Penal) de 16 de febrero de 2006, nº 180/2006, Rec. 986/2005. EDJ 2006/16025.

⁷⁵³ STS (Penal) de 17 de junio de 2004, nº 778/2004

⁷⁵⁴ STS (Penal) 26 de Julio de 2012, nº 659/2012, Rec. 1677/2011

⁷⁵⁵ STS (Penal) 26 de julio de 2.012, nº 659/2012, Rec. 1677/2011.

⁷⁵⁶ SSTS (Penal) 340/2005, de 8 de marzo EDJ 2005/40666, y 180/2006, de 16 de febrero. EDJ 2006/16025.

⁷⁵⁷ STS (Penal) de 26 de julio de 2012, nº 659/2012, Rec. 1677/2011.

e indagar si la persona que ha actuado, en su concreta situación anímica y social, tuvo posibilidad de actuar conforme prescribe el ordenamiento jurídico. Es decir, se utiliza el recurso el hombre medio sin olvidar las concretas circunstancias concurrentes⁷⁵⁸. Es pues de difícil apreciación esta circunstancia con eficacia exculpatória.

7.3. Conclusión.

No hay ninguna especificidad en el estudio de la culpabilidad relativa al delito del art. 293 CP, el autor deberá reunir las condiciones de capacidad personales que le hagan imputable, de manera que el reproche penal tenga eficacia sobre él. Y cuando no tenga esas condiciones, o estén disminuidas, entrarán en juego las causas de inimputabilidad. En este Capítulo hemos visto supuestos prácticos que obligan al Juzgador a considerar si al tiempo de los hechos existe o no una alteración de las capacidades intelectivas y volitivas, y la respuesta de los tribunales considera si la organización detallada, si la planificación minuciosa de un plan de delincuencia económica es compatible con una disminución de estas facultades. Nos hemos referido a la consideración como circunstancias modificativas de supuestos de depresión, de crisis parciales complejas y de ludopatía. Finalmente, en este apartado de la Imputabilidad, hemos visto las exigencias jurisprudenciales para la eficacia de la analogía como motivo de exculpación, al amparo del art. 21,7^a del CP.

La conciencia de la antijuricidad versa sobre si el sujeto que ya es capaz de reproche sabía –o pudo saber- que su conducta infringía la norma penal. Hemos tratado el problema del conocimiento de una ilicitud compleja, que emana de normas penales en blanco, con la propuesta doctrinal de que se pueda aplicar

⁷⁵⁸ STS (Penal) 16 de febrero de 2006, nº 180/2006, rec. 986/2005. EDJ 2006/16025.

al caso la atenuación analógica. Y su reverso es el Error de prohibición del art. 14, 3 del CP, sea directo (sobre la norma) sea indirecto (sobre la concurrencia de una causa de justificación). La Jurisprudencia rechaza el error de prohibición en la aplicación del art. 293 CP, por ser incompatible con la exigencia de que el autor protagonice una abierta infracción de la Legislación mercantil. El error sobre el elemento normativo “sin causa legal”, es de tipo, y no de prohibición, como hemos visto en el Capítulo 5.2.1.

La exigibilidad es el tercer elemento de la culpabilidad, y su vertiente negativa, la “no exigibilidad” está referida a situaciones extremas que impiden al autor desplegar un comportamiento conforme al Derecho, y que son de muy improbable aplicación, como sucede con el estado de necesidad exculpante puesto que será difícil que las situaciones particulares del administrador puedan considerarse situaciones límite sin medios alternativos lícitos para soslayar ese mal. Y lo mismo sucede respecto al miedo insuperable que impulse al administrador al delito, en el que será complicado que concurren circunstancias concretas que puedan considerarse insuperables en su concreta situación anímica y social, que imposibiliten al administrador para actuar conforme prescribe el ordenamiento jurídico.

El Juez deberá condenar solo si se acredita la concurrencia de los tres requisitos de la culpabilidad, en una tarea de individualización que le obligará a estudiar los datos personales del acusado como es la formación, la situación personal, familiar y económica, y su conexión con el hacer delictivo protagonizado.

8.- Las formas de aparición del delito. El iter criminis. La Consumación. La Tentativa.

Introducción. El Tribunal Supremo ha considerado que el art. 293 CP es un delito permanente en el que el momento consumativo se prolonga hasta el momento en que cesa la situación antijurídica creada por la negativa o el impedimento protagonizado por los administradores. El problema es que si bien es una conducta considerada poco ofensiva (castigada con una pena solo de multa), sin embargo, prolonga el constreñimiento al bien jurídico en el tiempo hasta que se cese la situación antijurídica, lo que impide el comienzo de los plazos de prescripción del delito.

En el art. 293 CP no se conciben formas imperfectas de ejecución.

8.1.- La Consumación. Momento de la consumación. Plus de antijuricidad material.

El art. 61 del Código Penal refiere que cuando la Ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada. Así, el delito consumado constituye el punto de referencia o la imagen conceptual que tiene presente el legislador a la hora de configurar los tipos delictivos en la Parte Especial. En la Doctrina se afirma que, hasta llegar ese momento, el hecho punible doloso recorre un camino más o menos largo (el llamado *iter criminis*), que comienza cuando surge la decisión de cometerlo y concluye con la consecución de las metas últimas pretendidas con su comisión, pasando por su preparación, comienzo de la ejecución, conclusión de la acción ejecutiva y producción del resultado típico⁷⁵⁹.

⁷⁵⁹MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN M. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch. 10ª Edición. Valencia 2019. Pág. 389.

La Jurisprudencia mayoritaria considera que el delito del art. 293 CP constituye una infracción de mera inactividad, de efecto permanente, lo que significa que su consumación se prolonga en el tiempo mientras el administrador no cumple las obligaciones que le vienen impuestas por la legislación mercantil ignorando los requerimientos de los socios⁷⁶⁰. El Tribunal Supremo entiende que se trata de una conducta obstruccionista frente al derecho de los socios, un abuso persistente, una prolongación de efectos que impide que comience el plazo de prescripción del delito⁷⁶¹.

En alguna ocasión, el Tribunal Supremo ha cambiado este criterio del momento consumativo, afirmando que la infracción se comete cuando el administrador no accede a los requerimientos que se le efectúan en demanda de información, momento en el que se impide al socio el ejercicio de su derecho, y desde la solicitud de la información denegada comienza el cómputo del plazo prescriptivo del delito, por lo que declara prescrito el delito antes de la fecha de interposición de la querrela razonando que el momento consumativo no tiene por qué coincidir con el de la celebración de la Junta⁷⁶². Otra Sentencia del Tribunal Supremo de 2.013 puede abonar esta opción en cuanto establece que *no será típica la conducta de quien en una segunda junta sí entrega la documentación solicitada*⁷⁶³. El Tribunal Supremo tendrá que fijar doctrina en sede casacional.

De manera que queda abierto el debate sobre si debemos estar ante un delito de carácter permanente, con el efecto de que el plazo de prescripción se computará a partir del momento en que cesa la fase de consumación de la

⁷⁶⁰ STS (Penal) de 26 noviembre de 2002. Fto 3º EDJ 2002/54110. STS (Penal) de 22 de diciembre de 2.009, nº 1351/2009, Rec. 1339/2009. STS (Penal) de 12 de mayo de 2015, nº 284/2015, Rec. 1563/2014. STS (Penal) 15 de junio de 2017, nº 1045/2017, Rec. 2089/2016.

⁷⁶¹ STS (Penal) 12 de mayo de 2.015, nº 284/2015, Rec. 1563/2014.

⁷⁶² STS (Penal) de 7 de junio de 2011, nº 578/2011, rec. 2649/2010. EDJ 2011/131027.

⁷⁶³ STS (Penal), de 26 de marzo de 2013, nº 330/2013, rec. 739/2012.

conducta típica⁷⁶⁴. En la Doctrina se propone una diferencia en los delitos permanentes en función de si su consumación prolongada entraña una mayor lesividad de la conducta o supone una pérdida de gravedad, entendiendo que es una situación que -pese a su ilicitud- está consolidada sin que se incrementen sus efectos lesivos. Una percepción que en muchos supuestos puede ser atribuible a la tolerancia de la propia víctima (aquí sería el socio) que, pese a poder actuar para impedir la situación antijurídica desde mucho tiempo atrás, no lo hace. Y para este segundo grupo de casos, Ragués i Vallès refiere la opción de que el juez o tribunal sentenciador recurra a los mecanismos atenuatorios que le confiere la ley y, en especial, a la figura de la *atenuante analógica* o, incluso a la solicitud de indulto en casos extremos. De manera que, para moderar el castigo en estos supuestos, el Juzgador deberá valorar a partir de qué momento ha trascendido la realización de la conducta ilícita y, por tanto, a partir de qué momento han existido posibilidades efectivas de iniciar una persecución penal exitosa. Éstas parecen ser las únicas vías posibles para evitar que la previsión legal sobre la prescripción del delito permanente pueda suponer en algunos casos una auténtica declaración de imprescriptibilidad para situaciones públicas, consolidadas e, incluso, toleradas durante largo tiempo por el propio perjudicado⁷⁶⁵.

Siguiendo con la Jurisprudencia mayoritaria, la consumación no llega con negativas del administrador que sean esporádicas, ocasionales, puntuales o aisladas⁷⁶⁶. Como veremos también tratando el tema del concurso de delitos y el delito continuado, si bien para la consumación no se exige en el tipo una reiteración de la obstaculización o del impedimento, es habitual que existan diversos y sucesivos requerimientos y solicitudes de los socios desatendidas por el órgano de administración de la empresa. El momento consumativo requiere una abierta conculcación de la legislación en materia de sociedades,

⁷⁶⁴ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La Prescripción penal: fundamento y aplicación*. Ed. Atelier. Ed. 2004. pág. 121.

⁷⁶⁵ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La Prescripción penal: fundamento y aplicación*. Ed. Atelier. Ed. 2004. pág. 125.

⁷⁶⁶ STS (Penal) de 17 de abril de 2.002. núm. 654/02. EDJ 2002/13415.

protagonizada por unos administradores con un abuso persistente de su cargo⁷⁶⁷, exigiendo que el incumplimiento sea portador de un plus de antijuricidad material. La Jurisprudencia anuda el momento consumativo a la persistencia en el abuso⁷⁶⁸.

El Tribunal Supremo afirma que, en el caso de la negación, se produce la consumación con la ejecución del acto que produce la consecuencia denegatoria del derecho, y en el caso de imposibilitar el ejercicio, con la real obstaculización del ejercicio del derecho⁷⁶⁹. La consumación requiere la vulneración de los derechos de los accionistas que no pertenecen al grupo de control de la sociedad⁷⁷⁰.

Al ser un delito de peligro abstracto, la consumación no precisa de la constatación -en cada caso- de la idoneidad lesiva de la conducta impeditiva de sus derechos objeto de denuncia, y tampoco requiere la causación de un perjuicio económico o patrimonial, como hemos visto en el Capítulo 4.1.7. Una enmienda parlamentaria propuso la inclusión en el precepto que estudiamos de una cláusula del siguiente tenor: *causándole al socio un perjuicio no reparable por las vías previstas en la legislación reguladora de la sociedad de que se trate*. Con esta cláusula se aludía a la causación de perjuicios de índole no económica, puesto que las acciones de impugnación de acuerdos sociales y de responsabilidad contra los administradores previstas en la legislación mercantil permiten precisamente la reparación de los perjuicios económicos directamente causados por el acuerdo

⁷⁶⁷ STS (Penal) de 26 Nov. 2002 EDJ 2002/54110. STS (Penal) de 22 diciembre de 2009. EDJ 2009/321753. STS de 17 de abril de 2.002. núm. 654/02. EDJ 2002/13415.

⁷⁶⁸ STS (Penal) de 17 de abril de 2.002. núm. 654/02. EDJ 2002/13415.

⁷⁶⁹ MATA Y MARTÍN, R.M. "Delitos societarios: Administración desleal y demás figuras delictiva" en *Empresa y Derecho Penal (I)* en *Cuadernos de Derecho Judicial*. Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Pág. 389.

⁷⁷⁰ STS (Penal) de 22 diciembre de 2009. EDJ 2009/321753. Audiencia Nacional Sala de lo Penal, sec. 2ª, S 31-03-2017, nº 8/2017, Rec. 6/2014. EDJ 2017/37275.

social impugnado o por los administradores. La introducción de la exigencia de un perjuicio hubiera sido útil para delimitar el ámbito de aplicación del precepto penal con respecto a la regulación civil⁷⁷¹. Estas opiniones doctrinales coinciden con la Jurisprudencia en que también mantienen 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 resultado⁷⁷².

8.2. La tentativa.

Partimos del concepto legal de tentativa, que requiere legalmente de tres estadios, conforme al art. 16.1 CP:

- a) El sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores.
- b) Practica todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado.
- c) El resultado no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

La distinción entre tentativa y consumación evoca rápidamente una diferenciación de grado puramente objetiva en la fase de ejecución del delito, que repercute después en la determinación de la pena aplicable⁷⁷³, y así a los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado. Esta diferenciación tiene su razón de ser en que la consumación es

⁷⁷¹ FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*. Ed. 2015. Ed. Tirant lo Blanch, pág. 296 y ss.

⁷⁷² STS (Penal) Sala 2ª de 26 noviembre 2002. EDJ 2002/54110.

⁷⁷³ Arts. 61 y 62 CP.

más grave que la tentativa porque en ella el desvalor del resultado no solo es mayor, sino que, a veces implica la lesión irreversible del bien jurídico, que generalmente no se da en la tentativa⁷⁷⁴.

Al tratarse de una infracción de mera inactividad, no consideramos posible que la práctica mercantil ofrezca formas imperfectas de ejecución en el delito del art. 293 CP. Hemos visto en la acción típica cómo los impedimentos del ejercicio de derechos societarios se tipifican con dos verbos rectores terminantes, a saber, se requiere expresamente "negar", que en este contexto equivale a desconocer dichos derechos, o "impedir", que equivale a imposibilitar⁷⁷⁵. No es fácil concebir como una ejecución material parcial del "negar" o del "obstaculizar" un rechazo fragmentario de las pretensiones del socio en ejercicio de tal derecho, o un desconocimiento incompleto de la petición realizada, o una obstrucción, dilación o cortapisa de carácter parcial, cuando la Jurisprudencia exige una contumaz negativa por la parte acusada, que determine la aplicación del tipo penal previsto en el artículo 293 del Código Penal⁷⁷⁶.

Y así, la Jurisprudencia deja fuera del Derecho Penal la discusión sobre la suficiencia del modo en que se ha atendido a los derechos de los accionistas⁷⁷⁷. La Audiencia Provincial de Ourense afirma que será el ámbito mercantil donde se ventilen las posibles ejecuciones no concluidas y en este entorno jurídico extrapenal se tratarán las controversias sobre las demoras, omisiones o simples dificultades⁷⁷⁸. Por tanto, difícilmente un principio de ejecución será compatible con la persistencia en el abuso que la Jurisprudencia exige para posibilitar el

⁷⁷⁴ MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN M. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch. 10ª Edición. Valencia 2019. Pág. 391.

⁷⁷⁵ STS (Penal) de 7 junio de 2017. EDJ 2017/99613.

⁷⁷⁶ ATS, sec. 1ª (Penal) de 28 de junio de 2018, nº 959/2018, Rec. 157/2018. EDJ 2018 /529694.

⁷⁷⁷ STS (Penal) 650/2003, de 9 de mayo. EDJ 2003/263057.

⁷⁷⁸ SAP Ourense, sec. 2ª, (Penal) de 25 de febrero de 2019, nº 72/2019, Rec. 35/2017. EDJ 2019 540424.

ejercicio de la acción penal en estos supuestos⁷⁷⁹. De manera que las exigencias para la aplicación del tipo del art. 293 CP, descartan los principios de ejecución⁷⁸⁰. Y cualquier duda al respecto hay que llevarla al contexto de interpretación restrictiva sobre los supuestos en los que las infracciones de carácter societario deben alcanzar relevancia penal, pues como dice el Tribunal Supremo "*la necesidad de una interpretación estricta, que no convierta toda infracción del régimen jurídico societario en una conducta punible, ha sido expresamente proclamada por esta Sala*"⁷⁸¹.

Por último, la conspiración y la proposición, previstas en el art. 17 CP, y la provocación prevista en el art. 18 CP, no tienen aplicación en el ámbito del Derecho Penal societario, en tanto que solo se castigan si están previstas legalmente⁷⁸², y no lo están.

8.3. Conclusión.

En el tema de las formas de aparición del delito, no existe más particularidad que el debate sobre si la consideración de delito permanente obliga a que no se puedan iniciar los plazos de prescripción hasta que cese la situación antijurídica, porque el administrador cumpla con su obligación de entrega. Parece desproporcionado que un delito con tantas dificultades de aplicación y castigado de manera liviana pueda ser objeto de un procedimiento penal que se inicie en un momento muy alejado de la efectiva negativa o impedimento de los

⁷⁷⁹ STS (Penal) de 22 diciembre de 2009. EDJ 2009/321753.

⁷⁸⁰ STS (Penal) de 16 marzo de 2007, EDJ 2007/32789. STS de 27 de enero de 2006, núm. 42/2006, EDJ 2006/6367.

⁷⁸¹ ATS (Penal) núm. 1822/2013 de 19 de septiembre. EDJ 2013/198131.

⁷⁸² Art. 17.3. CP. La conspiración y la proposición para delinquir solo se castigarán en los casos especialmente previstos en la Ley. Art. 18.2 CP 2. La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea.

derechos del socio. Los derechos de información y participación en la gestión o control de la actividad social, son susceptibles de ser ejercitados en cada Junta general de socios o accionistas (y ha de haber una junta ordinaria al año) donde se tienen que aprobar las cuentas anuales y la distribución del resultado⁷⁸³. Tras un impedimento o negativa de la información o de la participación en la gestión o control de la sociedad se sucederán más juntas generales donde los socios podrán reproducir las peticiones denegadas. Imaginemos que, evidenciando un desinterés, el socio no reitera la solicitud en ninguno de los ejercicios sucesivos, el efecto es que no llegaría nunca el *dies a quo* del plazo de prescripción. Y no parece que un ilícito penal castigado solo con multa deba tener abierta de manera indefinida el comienzo de este cómputo. Al respecto parecen acertadas las consideraciones del profesor Ragués i Vallès sobre la prescripción en los delitos permanentes, distinguiendo dentro de los delitos permanentes en función de si la prolongación en el tiempo entraña una mayor lesividad de la conducta o por el contrario supone una pérdida de gravedad, disminuyendo o suprimiendo sus efectos lesivos.

Podemos apuntar como conveniente considerar este delito como un delito instantáneo de efectos permanentes, esto es, un delito de consumación instantánea, en el que la fecha de su consumación es la del inicio del cómputo para la prescripción, aun cuando sus efectos sean permanentes, entendiendo que es difícil alegar que esta figura vulnera de manera incesante el bien jurídico cuando -sucediendo al menos anualmente una Junta general de socios- el socio cuyo derecho fue vulnerado en una Junta, se olvidara de su petición y no la reiterara más; procedería considerarlo de una naturaleza delictiva similar a la de la falsedad, que se consume de manera instantánea, si bien los efectos de la ilicitud de la conducta permanecen en el tiempo, pero ya deja fijado el *dies a quo* del inicio del plazo de prescripción.

⁷⁸³ Art. 164.1 de la Ley de Sociedades de Capital. La junta general ordinaria, previamente convocada al efecto, se reunirá necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, para, en su caso, aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado.

Consideramos que esta versión se acerca más a la realidad del socio que no vuelve a plantear la solicitud entendiendo que el bien jurídico se lesionó el día que se impidió al socio el ejercicio de unos derechos sociales, y que alguna eficacia penal tendrá el desinterés posterior, y se puede cerrar la cronología delictiva.

9.- La Autoría y la Participación.

Introducción.

La autoría y la participación en el art. 293 CP no presentan especialidades respecto del régimen general del Derecho Penal, al que nos referiremos de manera sucinta. Al considerar la autoría hacemos mención al art. 28 CP que define el autor y -también- a los partícipes a quienes asimila como autores (el inductor y el cooperador necesario). En el Derecho Penal societario es patente la preocupación por hacer responder de los delitos a los reales protagonistas de los planes delictivos que finalmente ejecutan directivos a su cargo, lo que determina las posturas doctrinales sobre el autor mediato, el inductor, el cooperador necesario y el cómplice.

Las cuestiones sobre la autoría en el Derecho Penal económico y -en particular- en el art. 293 CP están condicionadas por la existencia de delitos especiales propios, en los que solo el *administrador de hecho o de derecho* puede ser sujeto activo, lo que influye en la Participación, en el sentido de considerar si son o no sujetos cualificados los partícipes en el delito del administrador, esto es los inductores, cooperadores y cómplices.

Haremos mención a si los criterios de responsabilidad solidaria del artículo 237 de la Ley de Sociedades de Capital⁷⁸⁴ son aplicables en el ámbito penal o si han de seguirse los criterios de atribución personal y directa propios

⁷⁸⁴ LSdC. Artículo 237. “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”.

del Derecho Penal en base al principio de culpabilidad. Y plantearémos la cuestión de cómo atribuir responsabilidad penal al administrador o representante cuando no se dan en éste las cualidades, circunstancias o características específicas que exija el tipo penal, que sí concurren en la persona a la que está representando.

9.1 Autoría. Delito especial propio. Exigencia de base asociativa. Capital en acciones.

Doctrina, Legislador y Judicatura han puesto énfasis en perseguir penalmente las conductas de quienes deciden la comisión de unos delitos que formalmente son ejecutados por otros –también responsables- bajo su mando jerárquico, y a este fin usan el régimen jurídico de las diferentes formas de participación, como la inducción y la complicidad (arts. 28 y 29 CP), dando importancia a la figura de la cooperación necesaria, en virtud de la cual se puede castigar al órgano directivo con la misma pena que al ejecutor directo (art. 28, pfo 2º, b CP⁷⁸⁵).

La Jurisprudencia afirma que el Legislador, al regular los delitos societarios, señala como sujetos activos de los mismos a "los administradores, de hecho o de derecho" poniendo así de relieve que, a los efectos punitivos, lo especialmente relevante no es la denominación del cargo que se ostente sino la función que realmente se desempeñe en el funcionamiento de la sociedad⁷⁸⁶.

El carácter de delito especial propio tiene interés en sede de autoría y participación, en particular cuando intervienen sujetos no cualificados, que

⁷⁸⁵ Art. 28, pfo 2º, b) CP. "También serán considerados autores: b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado".

⁷⁸⁶ STS (Penal) de 23 de febrero de 2009, nº 213/2009, rec. 866/2008. EDJ 2009 / 22887.

carecen de las condiciones o cualidades para ser autor. Es el caso en el que el sujeto que ejecuta inmediata y materialmente la acción típica no ostenta la específica cualidad o condición exigida por el tipo especial (administrador de hecho o de derecho), y no puede ser calificado como autor del delito, por lo que el hecho delictivo puede quedar sin castigo al no existir un paralelo delito común del que pueda ser considerado autor.

Como hemos dicho al principio del Capítulo, en materia de delitos socioeconómicos la regla general es la existencia de injustos típicos apoyados en la atribución de una determinada característica objetiva al autor que es la de ser administrador de una sociedad, de manera que se configuran como delitos especiales, a los que la Doctrina se refiere cuando menciona que *“en ciertos casos, el Código Penal exige ciertos requisitos para poder ser sujeto activo del delito doloso, modalidad que recibe el nombre de delitos especiales”*. A su vez, los delitos especiales se dividen en especiales propios (aquellos que solo se han previsto para sujetos cualificados y no existen al margen de éstos como delito común) y los especiales impropios (aquellos que, junto a una modalidad para sujetos cualificados, admiten otra para sujetos no cualificados)⁷⁸⁷.

Gómez Martín distingue un concepto simple de delito especial, y otro complejo. El primer modelo conceptual se caracterizaría porque, en su virtud, el delito especial se definiría como aquella clase de tipo penal que se distinguiría por describir una conducta que solo será punible a título de autor cuando sea realizada por ciertos sujetos que posean ciertas condiciones especiales que requiera la ley. El modelo complejo se caracterizaría por incorporar, además, la fundamentación material de la restricción del círculo de autores operada por el tipo⁷⁸⁸.

⁷⁸⁷ GÓMEZ MARTÍN, V. *Los delitos especiales*. Ed. B df. 2006. Pág.16, aludiendo al concepto de Cerezo Mir.

⁷⁸⁸ GÓMEZ MARTÍN, V. *Los delitos especiales*. Ed. B df. 2006. Pág.11.

Otros autores afirman que el que los socios puedan ser sujetos activos permite sostener que no siempre estamos ante un delito especial, sino solo cuando el autor realiza la acción con facultades jurídicas expresas, y estaremos ante un delito común en el caso del administrador de hecho que carece de la cualificación jurídica de administrador, y así, los administradores de hecho o de derecho solo podrán ser aquellos que tengan la posibilidad de negar o impedir a un socio el ejercicio de determinados derechos (los previstos en el art. 293 CP), pues se trata de sujetos que incumplen deberes que provienen de su estatus en la sociedad, son delitos de infracción de deber; y los no administradores también podrían impedir o negar el ejercicio de los derechos del art. 293 CP, u obstaculizar la acción supervisora del art. 294 CP, aunque no sean socios ni tengan un estatus específico en la sociedad; pero en estos casos, la respuesta penal vendrá desde el ámbito del Derecho Penal no societario, con la aplicación de las figuras de las amenazas (arts. 169 y ss. CP) o de las coacciones (arts. 172 y ss. CP)⁷⁸⁹.

Partimos del régimen jurídico general contenido en el Título II del Libro I del Código Penal en el que se encuentra el artículo 28 CP que define los autores como *quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento*; y que extiende la cualidad de autor (dos partícipes) *a los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo* (el inductor) *y a los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado* (cooperador necesario). En la Doctrina se considera que no es un concepto general de autor ni tampoco una definición de autor propiamente dicha, sino una mera referencia legal al autor en sentido estricto, que serviría de imagen o presupuesto para acudir a las concretas figuras de la Parte especial⁷⁹⁰.

⁷⁸⁹ BACIGALUPO, E. "Curso de Derecho penal económico". 2ª Ed. Marcial Pons. 2005. Pág. 420.

⁷⁹⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. "Derecho Penal económico y de la empresa. Parte General". 5ª Ed. 2016. Págs. 505-506.

Este régimen incluye la coautoría (“*conjuntamente*”) en tanto que realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran consciente y voluntariamente. Distinguimos la coautoría ejecutiva de la no ejecutiva. En la coautoría ejecutiva distinguimos la ejecutiva directa, en la que todos los autores realizan todos los actos ejecutivos; mientras que en la coautoría ejecutiva parcial se produce un reparto de las tareas ejecutivas entre los diversos intervinientes en la realización del delito, en los que ha de concurrir el criterio material del dominio (funcional) del hecho, de manera que lo decisivo en la coautoría es que el dominio del hecho lo tienen varias personas que, en virtud del principio del reparto funcional de roles, asumen por igual la responsabilidad de su realización, y así las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente de la entidad material de su intervención. La Doctrina afirma que las contribuciones deben poder estimarse como un eslabón importante de todo el acontecer delictivo, lo que se considerará atendiendo a las circunstancias del caso⁷⁹¹. Dice el Tribunal Supremo que *será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo con dominio de la acción, que será funcional si existe la división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría*⁷⁹².

Parte de la Doctrina afirma que el Código Penal establece en sus arts. 27 a 29 un diverso tratamiento penal de las distintas personas responsables del delito y las importantes particularidades jurídicas de cada una de ellas, lo que obliga a una mención separada. Partimos de que una cosa es lo que, a efectos de pena, el Código Penal considere autores y otra cosa es lo que desde un punto de vista conceptual pueda entenderse como tal. No toda conducta de participación en el delito puede considerarse como autoría del mismo, aunque sí pueda castigarse con la misma pena en los casos en que la participación tenga la misma gravedad que la autoría, pero distinta entidad conceptual. La inducción y la cooperación

⁷⁹¹ MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN M. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch. 10ª Edición. Valencia 2019. Pág. 413-414.

⁷⁹² STS (Penal) 3323/2016 de 7 de julio de 2.016. Recurso nº 10001/2016. Resolución nº 602/2016.

necesaria están en el art. 28 CP, pero son conceptualmente distintos al autor, en cuyo delito son partícipes. Finalmente, la complicidad no solo es una forma menos grave de intervención en el delito, sino también es conceptualmente distinto que la autoría⁷⁹³.

Otros autores sostienen que estas figuras delictivas no solo se produce una limitación del círculo de posibles autores sino también una restricción del injusto típico a determinadas esferas o estructuras sociales⁷⁹⁴. Son delitos en los que no debería ser castigado como autor el sujeto formalmente obligado por el deber jurídico extrapenal previsto en el tipo, sino que debe serlo el sujeto que, además de ser *formalmente* el *intranseus*, tenga bajo su control *material* el ámbito funcional de dominio en el que se encuentre implicado el bien jurídico lesionado o puesto en peligro, y es ésta la dirección que propone un sector de la doctrina y de la jurisprudencia⁷⁹⁵. Estas teorías topan con un obstáculo difícilmente salvable: la extraordinaria vaguedad del concepto *dominio del hecho*, un concepto abierto⁷⁹⁶. Otros autores defienden que partiendo de la consideración de este delito como *de dominio*, es posible extender el concepto de administrador de hecho a todas aquellas personas que tengan el dominio social de las funciones de administración⁷⁹⁷.

Ya hemos hablado, en el Capítulo Tres dedicado al Sujeto activo, del esfuerzo legislativo y judicial desplegado para castigar a quien domina de forma esencial la realización de un hecho típico, trazando el plan delictivo con pleno

⁷⁹³ MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN M. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch. 10ª Edición. Valencia 2019. Pág. 408.

⁷⁹⁴ GÓMEZ MARTÍN, V. *Los delitos especiales*. Ed. B df. Ed. 2006. Pág.29.

⁷⁹⁵ GÓMEZ MARTÍN, V. *Los delitos especiales*. Ed. B df. Ed. 2006. Pág.215.

⁷⁹⁶ GÓMEZ MARTÍN, V. *Los delitos especiales*. Ed. B df. Ed. 2006. Pág.224. Citando a Roxin.

⁷⁹⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2019. 6ª Edición. Pág. 560.

control sobre los medios y sobre los instrumentos a través de los cuales se despliega la actividad criminal. Lo más frecuente será usar la figura de la autoría mediata (art. 28, pº 1º del CP⁷⁹⁸) acreditando que el sujeto subordinado ejecuta materialmente el hecho como un mero instrumento en manos de los superiores jerárquicos. Siempre existirá el problema del subordinado que ejecuta directamente el hecho como autor plenamente libre, responsable y doloso, con plena visión de la situación fáctica (y jurídica), o también cuando el subordinado inmediatamente dependiente en la escala jerárquica es, a su vez, un autor mediato plenamente responsable, casos frecuentes en el seno de una organización empresarial en los que no resulta sencillo construir una autoría mediata activa en la actuación del órgano directivo que domina finalmente todo el acontecer delictivo⁷⁹⁹.

En Derecho Penal societario es frecuente la existencia de una administración colegiada, una coautoría que puede extenderse a todos o a algunos de sus componentes. El Derecho mercantil regula esta situación en el art. 237 de la Ley de Sociedades de Capital, que establece el carácter solidario de la responsabilidad afirmando 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”*. La existencia de esta norma da lugar a valorar si una decisión constitutiva de delito del órgano colegiado origina la responsabilidad penal de todos sus miembros.

⁷⁹⁸ Art. 28, pº 1º del CP. “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento”.

⁷⁹⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*. 5ª Ed. 2.016. Pág. 520.

Al respecto, la Doctrina penal es unánime asumiendo que hay que estar al principio de culpabilidad que rige el Derecho Penal, de manera que la decisión de un Consejo de administración no implica la automática imputación penal para todos sus miembros en el mismo grado de responsabilidad, sino que ha de analizarse cuál fue la contribución de cada uno a la producción del delito, lo que deberá hacerse sin sujeción a reglas mercantiles⁸⁰⁰, atendiendo a las normas penales que prevén la responsabilidad en los supuestos de delitos cometidos por varias personas, y con base a tales reglas habrá que averiguar cuál fue la contribución real de cada sujeto a la ejecución de un hecho delictivo⁸⁰¹.

En consecuencia, se evitan los supuestos de responsabilidad objetiva, de manera que no resulta suficiente que el sujeto pertenezca a alguna de las categorías señaladas (administrador o socio) para establecer de manera automática su responsabilidad penal; y -en cada caso concreto- ha de constatarse necesariamente la concurrencia de todos los criterios de imputación en el seno de la estructura empresarial: esto es, que el resultado pueda ser imputado objetivamente a la acción del sujeto, que se cumplan los elementos del tipo subjetivo, y que el hecho le pueda ser atribuido personal y directamente. En el caso de delitos de dominio, el resultado producido solo podrá ser atribuido a aquellos sujetos que ostentan el control fáctico de la estructura social; mientras que los delitos de infracción de un deber solo podrán imputarse a quien incumbe el cumplimiento de ese deber específico. La atribución del resultado típico

⁸⁰⁰ QUINTERO OLIVARES, G. "Delitos societarios". En *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*. nº 12, Septiembre de 2.017.

⁸⁰¹ LAUNA ORIOL, C. Curso "Delitos societarios. El delito de la administración desleal". Centro de Estudios Jurídicos. Madrid. 11 y 12 de mayo de 2.017.

precisará aplicar las reglas generales de intervención y participación en el delito y averiguar la concreta contribución real de cada uno de los intervinientes⁸⁰².

En la Doctrina se plantea el problema de los escollos que presenta la imputación de un delito de comisión activa al órgano directivo, y apunta la solución de acudir a la estructura de la comisión por omisión con el fin de atribuir una responsabilidad penal por omisión impropia a aquellos órganos directivos, superiores jerárquicos en la organización empresarial, que no hubiesen evitado que el hecho delictivo se ejecutase por parte de sus subordinados, siempre y cuando pueda acreditarse que el órgano directivo se hallaba en el ejercicio de una concreta situación específica que le obligaba a controlar todos los factores de peligro derivados de ella y, consecuentemente, a evitar la realización de delitos por su subordinados en la cadena jerárquica de la empresa⁸⁰³.

9.1.1. Autoría en el art. 293 CP. Exigencia de base asociativa.

Ya hemos visto cómo el Tribunal Supremo afirma que “los delitos societarios tienen la consideración de delitos especiales propios, puesto que la ley delimita el círculo de sus posibles autores a quienes tienen la consideración de administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad, y considerando además que el Código Penal no incluye un delito equivalente y común para quienes participen en la ejecución de los hechos y carezcan de tal condición”⁸⁰⁴, afirmando que para la aplicación del delito del art. 293 CP se exige que la realización del hecho sea efectuada por quien tiene un deber especial de actuación

⁸⁰² NÚÑEZ CASTAÑO E. *"Delitos Societarios Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa"*. Tirant lo Blanch. 3ª Edición. Valencia, 2019. Pág. 218.

⁸⁰³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*. 5ª Ed. 2.016. Pág. 524.

⁸⁰⁴ STS (Penal) Sala 2ª de 29 octubre de 2018. EDJ 2018/649872.

impuesta por la norma⁸⁰⁵, de manera que en el art. 293 CP la conducta típica se centra en solo los administradores de hecho o de derecho, únicos que pueden ser sujetos activos del delito⁸⁰⁶, cuya antijuricidad se basa en el incumplimiento del deber de actuación⁸⁰⁷.

La Doctrina defiende también una reducción del círculo de quienes puedan ser considerados autores, en función de dos criterios, la base asociativa y la acción típica⁸⁰⁸. La exigencia de que sean administradores en una entidad de base asociativa se deriva de la inclusión del término “socio”–como sujeto pasivo- en un tipo que -al tiempo- se refiere expresamente a “cualquier sociedad”, lo que puede suponer un problema pues deja la acción fuera del tipo cuando se trate de entidades que no tienen “socios”, por carecer, como ya se dijo, de base propiamente asociativa, aunque se desarrollen en el seno de importantes personas jurídicas. Y así, se excluiría de la autoría a los administradores de cajas de ahorro, pese a que participen de manera permanente en el mercado para el cumplimiento de sus fines. Y tampoco serían sujetos activos los responsables de las fundaciones (presidente y vocales del patronato), por carecer de la condición de socios los beneficiarios de los supuestos derechos de información⁸⁰⁹. Más concretamente, la exigencia de una base asociativa integrada por dueños de acciones, no de participaciones, es relevante en lo que se refiere al ejercicio de suscripción preferente de acciones, que impide considerar autor de esta modalidad de delito del art. 293 CP a administradores que no lo sean de mercantiles anónimas de manera que queda fuera del tipo de delito el ejercicio de

⁸⁰⁵ STS (Penal) de 26 de enero de 2007 nº 59/2007, Rec. nº 1064/2006.

⁸⁰⁶ SAP (Penal) Baleares, sec. 2ª, S 25 de mayo de 2015, nº 82/2015, rec. 45/2014.

⁸⁰⁷ FARALDO CABANA, P. *Tratado de Derecho Penal Económico*. Tirant lo Blanch. 1ª Ed. 2019. (A. Camacho Vizcaíno, Director). pág. 1.201.

⁸⁰⁸ FARALDO CABANA, P. “Los delitos societarios”, en *Colección Monografías*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1.996. pág. 55.

⁸⁰⁹ CONDE PUMPIDO, C. *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*. Vol III. Ed. Trivium. Madrid 1.996.

ese mismo derecho de preferencia en las sociedades limitadas, pues su capital está dividido en participaciones sociales, no en acciones⁸¹⁰.

El segundo criterio en la Doctrina para la determinación de quiénes pueden ser los autores del art. 293 CP, es la acción típica. Es decir que, respecto de cada uno de los derechos de información, participación en el control o gestión de la sociedad, o derecho de suscripción preferente, deberá examinarse:

- a) si en la clase de sociedad de que se trate, están reconocidos “*legalmente*” tales derechos;
- b) si están reconocidos, además, a los “*socios*”;
- c) y además, en el supuesto de suscripción preferente, si el capital social se halla o no dividido en títulos denominados “*acciones*”.

9.2. Autoría Mediata.

El artículo 28 CP también comprende la autoría mediata (“*por medio de otro del que se sirven como instrumento*”), de manera que a la autoría inmediata se equipara la mediata, que es aquélla en la que el autor no realiza directa y personalmente el delito, sino que se sirve de otra persona, generalmente no responsable, que es quien lo realiza. En estos casos el criterio que permite castigar al autor real y no a su instrumento, es el del dominio del hecho, de manera que son situaciones en que es autor quien domina finalmente la realización del delito. En la Doctrina se afirma que el dominio del hecho se fundamenta en el dominio de la voluntad del que actúa por parte del autor mediato, lo que normalmente supone la ausencia de acción en el instrumento humano del que se sirve⁸¹¹.

⁸¹⁰ LSdC. Art. 1.2. En la sociedad de responsabilidad limitada, el capital, que estará dividido en participaciones sociales, se integrará por las aportaciones de todos los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales.

⁸¹¹ MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN M. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch. 10ª Edición. Valencia 2019. Pág. 411.

Dentro de la autoría mediata es importante la cuestión del dominio de la organización. En la Doctrina se afirma que la autoría mediata con aparatos organizados de poder requiere que el aparato funcione en su globalidad al margen del marco del ordenamiento jurídico⁸¹², lo que se erige en obstáculo para admitir la autoría mediata por dominio de la organización en los casos en que la empresa comete ocasionalmente algún delito, pero no se opondría a admitirla en los supuestos de empresas cuya finalidad exclusiva o principal es dedicarse a la comisión de delitos⁸¹³.

Veamos a continuación la inducción y la cooperación necesaria, que aunque son partícipes, el artículo 28 del CP los asimila a la autoría en penalidad⁸¹⁴.

9.3. La participación.

La participación no es un concepto autónomo, sino dependiente del concepto de autor, y solo en base a éste puede enjuiciarse la conducta del partícipe. Es decir, el delito por el que pueden ser enjuiciados los distintos intervinientes en su realización es el mismo para todos (*unidad del título de imputación*), pero la responsabilidad del partícipe viene subordinada al hecho cometido por el autor (*accesoriedad de la participación*). Si no existe un hecho por lo menos típico y antijurídico, cometido por alguien como autor, no puede hablarse de participación (*accesoriedad limitada*), ya que no hay por qué castigar

⁸¹² FARALDO CABANA, P. *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*. Ed. Tirant lo Blanch. 2.004. Págs 305 y ss.

⁸¹³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*. 5ª Ed. 2.016. Pág. 521.

⁸¹⁴ MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN M. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch. 10ª Edición. Valencia 2019. Pág. 409.

a alguien que se limita a participar en un hecho penalmente irrelevante o lícito para su autor. Como se afirma en la Doctrina, no es preciso que el autor sea culpable, ya que la culpabilidad es una cuestión personal que puede ser distinta para cada interviniente en el delito, e incluso faltar en alguno de ellos (así, el autor puede ser menor de catorce años o una persona con un trastorno mental sin que ello afecte a la responsabilidad del partícipe, que, por ejemplo, le ha inducido a cometer el delito)⁸¹⁵.

Las formas de participación reconocidas en nuestro Código penal no ofrecen, en principio, peculiaridades dignas de mención en el ámbito de los delitos socioeconómicos. Ya hemos visto cómo en los delitos especiales propios no hay obstáculo para castigar las conductas de participación de aquellos intervinientes que no reúnen las características personales necesarias para ser sujetos activos del delito de que se trate, aplicando la regla punitiva del art. 65.3 CP. Por consiguiente, la conducta de estos sujetos (*extranei*) podrá ser siempre castigada como actos de participación en el delito cometido por el autor idóneo (*intraneus*), lo cual evita la impunidad de tales conductas en aquellos casos en que el legislador no ha previsto un tipo común paralelo ejecutable por cualquier persona⁸¹⁶. Parte de la Doctrina defiende la aplicación de la atenuante analógica del art. 21.7ª CP⁸¹⁷ con el fin de rebajar la pena sobre la base de entender que en el partícipe *extraneus* no concurre la infracción del específico deber extrapenal que incumbe al autor, y que ello justifica una disminución de la pena con respecto a la que la Ley prevé para el autor del delito⁸¹⁸.

⁸¹⁵ MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN M. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch, 10ª Edición. Valencia 2019. Pág. 416.

⁸¹⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*. 5ª Edición. Pág. 620.

⁸¹⁷ Art. 21 CP: Son circunstancias atenuantes: 7ª) Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores.

⁸¹⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*. 5ª Edición. Pág. 620.

Vamos a referirnos a continuación a las distintas formas de participación, comenzando por la inducción y la cooperación necesaria, que están equiparadas a la autoría a efectos penológicos en el art. 28 CP.

9.3.1.- La inducción.

El artículo 28 CP considera autores a “*los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo*”. La inducción es una forma de participación que por su entidad cualitativa el legislador equipara a la autoría a efectos de la pena. Se caracteriza porque el inductor hace surgir en otra persona (“inducido”) la idea de cometer el delito, de manera que existe una conexión causal desde el punto de vista psíquico entre inductor e inducido. Esta relación exige el art. 28 a) CP que sea directa, esto es, que debe haber una relación personal e inmediata entre el inductor y el destinatario de la incitación. Y, además, la inducción ha de ser eficaz, es preciso que tenga entidad suficiente para que el inducido decida cometer el delito y comience, por lo menos, su ejecución⁸¹⁹.

9.3.2.- Cooperador necesario.

El art. 28 CP segundo párrafo, letra b) también considera autores a los cooperadores necesarios, que son “... *los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.*” Es una forma de autoría que se puede presentar en los procedimientos que versan sobre el art. 293 CP, prestando colaboración eficaz a la ejecución normalmente con actos materiales y externos de carácter necesario, con el efecto de que equipara la pena a la autoría. Excepcionalmente se admite la cooperación moral o psíquica y el debate está abierto entre los que admiten la cooperación necesaria omisiva y los que lo consideran una interpretación extensiva de la previsión legal. Nos extendemos en

⁸¹⁹ MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN M. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch. 10ª Edición. Valencia 2019. Pág. 421.

esta figura de la cooperación necesaria por ser la que más trascendencia y particularidad presenta en los delitos societarios.

Será cooperador el que realiza una aportación relevante al hecho de otro, con actos anteriores o simultáneos a la ejecución. También constituye cooperación la promesa de aportación posterior al hecho, en cuanto suponga un apoyo a la ejecución mediante la garantía de una actuación posterior que se asegura previamente. La importancia de la aportación, según el caso, determinará que la cooperación se valore como cooperación necesaria del artículo 28 CP o como complicidad, prevista en el artículo 29 CP y más levemente sancionada⁸²⁰.

La Jurisprudencia afirma que concurre la cooperación necesaria cuando la participación supone una aportación imprescindible a la ejecución del hecho. Ha de suponer un favorecimiento o facilitamiento de la acción o de la producción del resultado. Se exige así la aportación a la ejecución del hecho de otro, la realización de actos anteriores o simultáneos, que deben caracterizarse por ser necesarios para la ejecución, lo que nos introduce en la cooperación necesaria por su relevancia a la consecución del éxito⁸²¹. Cuando la aportación de la cooperación tiene lugar antes del comienzo de la ejecución del hecho, el conocimiento de los elementos de la ilicitud del hecho principal se identifica con el conocimiento del plan del autor⁸²².

El Tribunal Supremo señala la especial relevancia de la diferencia entre cooperador necesario y coautor y al respecto adopta el criterio del dominio del hecho para diferenciar entre autores (coautores y autores mediatos) y partícipes. La cooperación necesaria en sentido estricto se refiere a quienes ponen una

⁸²⁰ STS (Penal) Sala 2ª, de 17 de julio de 2008, nº 503/2008, Rec. 10012/2008. EDJ 2008/161761.

⁸²¹ STS (Penal) de 11 de junio de 2019, nº 305/2019, Rec. 417/2018. EDJ 2019/618454.

⁸²² STS núm. 258/2007, de 19 de julio. EDJ 2007/127524.

condición necesaria, pero no tienen el dominio del hecho, pues no toman parte en la ejecución del mismo, sino que, realizado su aporte, dejan la ejecución en manos de otros que ostentan el dominio del mismo⁸²³.

En cuanto al dolo que ha de concurrir en el cooperador necesario, la Jurisprudencia establece que cuando se trata de un cooperador bastará un dolo eventual que deberá manifestarse en el conocimiento, de un lado, de la probable intención del autor principal, y de otro, en el de las probables consecuencias de su aportación respecto a la ejecución por el autor principal de un hecho mínimamente determinado. Por lo tanto, el cooperador debe conocer que existe el peligro concreto de realización del tipo por parte del autor principal, y que su aportación significa un incremento de tal riesgo. La importancia de su aportación, reflejada en el nivel de incremento del riesgo, determinará la imputación como cooperador necesario o, en un estrato inferior, como cómplice. Por tanto, es preciso un doble dolo para que proceda la condena como cooperador necesario, concretado en que el sujeto conozca el propósito criminal del autor y que la voluntad del cooperador se oriente a contribuir de un modo consciente a la realización de aquél⁸²⁴. Debe conocer, pues no solo su propia acción sino, además, las circunstancias esenciales del hecho principal que ejecuta el autor, en el que colabora⁸²⁵. También ha de concurrir un concierto de voluntades (*pactum scaeleris*) entre autor y cooperador⁸²⁶.

Finalmente reiteramos que el art. 65.3 CP establece una penalidad atenuada para el inductor o cooperador necesario que participan en los delitos especiales propios, en el que nos extendemos en el Capítulo Décimo relativo a la penalidad (10.3).

⁸²³ STS núm. 258/2007, de 19 de julio. EDJ 2007/127524.

⁸²⁴ STS (Penal), 17 de julio de 2008, nº 503/2008, Rec. 10012/2008. EDJ 2008/161761.

⁸²⁵ STS (Penal) de 11 de junio de 2019, nº 305/2019, Rec. 417/2018. EDJ 2019/618454.

⁸²⁶ STS (Penal), 17 de julio de 2008, nº 503/2008, Rec. 10012/2008. EDJ 2008/161761.

9.3.3. La Complicidad.

El art. 29 CP define a los cómplices como *los que, no hallándose comprendidos en el artículo 28 CP, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos*. El cómplice es un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados. La Jurisprudencia afirma que se trata de una participación accidental y de carácter secundario⁸²⁷, cuyos actos, en ningún caso, pueden ser considerados como de autoría. La distingue de las demás formas de participación su menor entidad material y se castiga con la pena inferior en un grado a la prevista para los autores del delito (art. 63 CP⁸²⁸). Se trata de una conducta que habrá de tener una eficacia causal en el comportamiento del autor, de manera que realmente haya acelerado, asegurado o facilitado la ejecución del hecho o intensificado el resultado del delito en la forma en que era previsible. En la Doctrina se exige que reúna cierta peligrosidad, de manera que desde una perspectiva *ex ante*, represente un incremento relevante de las posibilidades de éxito del autor y, con ello, de la puesta en peligro o lesión de un bien jurídico⁸²⁹.

⁸²⁷ STS (Penal) de 31 octubre de 2019, EDJ 2019/726105, basándose en STS (Penal) 518/2010, de 17 de mayo (reproducida entre otras en las SSTS (Penal) 554/2014, de 16 de junio, 881/2014, de 15 de diciembre, 793/2015, de 1 de diciembre, o en la 386/2016, de 5 de mayo, o 990/2016, de 12 de enero de 2017.

⁸²⁸ Art. 63 CP: A los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito.

⁸²⁹ MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN M. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch. 10ª Edición. Valencia 2019. Pág. 424

La Audiencia Provincial de León afirma que “complicidad” se apreciará cuando exista una participación accidental, de carácter secundario y no condicionante. La complicidad, requiere el concierto previo o por adhesión ("*pactum scaeleris*"), la conciencia de la ilicitud del acto proyectado ("*consciencia scaeleris*") y el denominado "*animus adiuuandi*" o voluntad de participar, contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito y finalmente la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar, para la realización del empeño común. Se distingue de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en sentido de ser fácilmente sustituible al no tratarse de un bien escaso⁸³⁰.

La Jurisprudencia afirma que la complicidad es una participación accidental y de importancia secundaria en la acción criminal, cuya realización por el autor principal se facilita, mediante alguna ayuda material en el momento de la preparación o de la ejecución de la misma⁸³¹. Y para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél. Es un auxiliar del autor, que –como dice la Jurisprudencia- contribuye a la producción del fenómeno delictivo a través del empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del proyecto que anima al autor, al inductor o al cooperador necesario, participando del común

⁸³⁰ Sentencia de 10 de marzo de 2.016, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de León, Causa con Jurado nº 37/2.015.

⁸³¹ STS (Penal) de 13 octubre de 2009. EDJ 2009/265739. Asunto GESCARTERA, mencionando las SSTs (Penal) 888/2006, de 20 de septiembre EDJ 2006/273674, 1226/2006, de 13 de diciembre EDJ 2006/345602, entre muchas.

propósito mediante su colaboración voluntaria concretada en actos secundarios, no necesarios para el desarrollo del *iter criminis* ⁸³².

La distinción entre actos necesarios y no necesarios dio lugar en la Doctrina a la “teoría de la fungibilidad o de la sustituibilidad” de Rodríguez Devesa, según la cual la actividad desplegada por un cooperador en el delito será necesaria o imprescindible cuando ninguno de los que en él intervienen hubiera podido *sustituírle*. Si el acto realizado hubiera podido verificarse por cualquiera de los demás que intervienen, su cooperación habría de verificarse en la categoría de simple complicidad⁸³³. Otra teoría doctrinal es la de “los bienes escasos” de Gimbernat, que afirma que será considerado cómplice necesario aquél que además de no dominar el hecho brinda un aporte escaso de acuerdo con las posibilidades de adquisición que pueda tener el autor, mientras que el cómplice no necesario brinda un aporte que no plantea dificultad alguna en su obtención. De acuerdo con el doctrinario español, puede considerarse como un bien escaso cualquier objeto que tenga un precio elevado o cuya obtención, por el motivo que sea, presente dificultades. Por ejemplo, entregar una pistola a un joven, la cual difícilmente podrá adquirir de forma legal por su edad⁸³⁴.

Y respecto a si debe permanecer impune el cómplice en los delitos especiales propios, la doctrina mayoritaria considera con carácter general (en referencia a todos los delitos especiales propios) que, si bien resulta discutible

⁸³² STS (Penal) de 31 octubre de 2019. EDJ 2019/726105, con mención de Sala 518/2010, de 17 de mayo (reproducida entre otras en las SSTs (Penal) 554/2014, de 16 de junio, 881/2014, de 15 de diciembre, 793/2015, de 1 de diciembre, o en la 386/2016, de 5 de mayo, o 990/2016, de 12 de enero de 2017).

⁸³³ RODRÍGUEZ DEVESA. J.M. *Derecho Penal Español. Parte General*. Ed. Madrid. 1.983, pág. 768.

⁸³⁴ GIMBERNAT ORDEIG, E. *Autor y Cómplice en Derecho Penal*. Ed B de f. Buenos Aires. Ed 2006. Pág. 155.

que el cómplice pueda llegar a recibir la misma pena que el inductor y el cooperador necesario, es claro que de *lege data* procede su castigo⁸³⁵.

Respecto de la distinción entre la cooperación necesaria y la complicidad, la Jurisprudencia aplica la teoría de la relevancia, de manera que lo decisivo a este respecto es la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores, entendiendo que el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el momento de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene, en principio, el dominio del hecho y así será un partícipe necesario, pero no coautor⁸³⁶. El Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que la complicidad se distingue de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en el sentido de ser fácilmente sustituible al no tratarse de un bien escaso. Lo decisivo para deslindar la cooperación necesaria de la complicidad es la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores; la complicidad requiere una participación meramente accesorio, no esencial, que se ha interpretado en términos de prescindibilidad concreta o relacionada con el caso enjuiciado, no en términos de hipotéticas coyunturas comisivas, debiendo existir entre la conducta del cómplice y la ejecución de la infracción una aportación que aunque, no sea necesaria, facilite eficazmente la realización del delito de autor principal⁸³⁷.

Por tanto, lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen; lo decisivo es la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores. La Jurisprudencia

⁸³⁵ Martínez-Buján Pérez, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*. 5ª Edición. 2.016. Pág. 628.

⁸³⁶ SsTS (Penal) 128/2008 de 27 de febrero, 1370/2009 de 22 de Diciembre, y 526/2013 de 25 de Junio.

⁸³⁷ STS (Penal) de 31 octubre de 2019. EDJ 2019/726105, mencionando las SSTS. 676/2002, de 7 de mayo; 1216/2002, de 28 de junio; 185/2005, de 21 de febrero; 94/2006, de 10 de enero; 16/2009, de 27 de enero; y 109/2012, de 14 de febrero o 165/2016, de 2 de marzo.

afirma⁸³⁸ que la cuestión de si el delito se hubiera podido cometer o no sin una aportación debe ser considerada dentro del plan del autor que recibe la cooperación, de manera que si en el plan la cooperación resulta necesaria, será de aplicación el art. 28, 2º, b) CP. Si no lo es, será aplicable el art. 29 CP. No se trata, en consecuencia, de la aplicación del criterio causal de la teoría de la *conditio sine qua non*, sino de la necesidad de la aportación para la realización del plan concreto"⁸³⁹.

9.4. La cláusula del art. 31 CP.

En la delincuencia económica se plantea el problema de cómo atribuir responsabilidad al administrador o representante cuando no se dan en éste las cualidades, circunstancias o características específicas que exija el tipo penal, que sí concurren en la persona a la que está representando. El art. 31 del CP⁸⁴⁰ regula las actuaciones en nombre de otro y da solución a los casos de delitos especiales en los que un administrador o representante en el que no concurren las cualidades exigidas en el tipo realiza materialmente la conducta típica por cuenta de una persona jurídica o física en quien sí concurren esas cualidades típicas.

De no existir este precepto, ambos sujetos quedarían impunes pues el *intraneus* (quien sí posee la cualidad específica) no realiza conducta típica alguna por la que responder, y el *extraneus* (quien realiza la conducta) no cumple con las exigencias personales específicas del tipo penal, de modo que no puede responder

⁸³⁸ STS 563/2015, de 24 de septiembre, que se remitió a su vez a la 1187/2003, de 24 de septiembre.

⁸³⁹ STS (Penal) de 31 octubre de 2019. EDJ 2019/726105.

⁸⁴⁰ Art. 31 CP. "El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre"

como autor, pero tampoco como partícipe en el delito de otro dado que no hay conducta antijurídica alguna por parte del *intraneus*.

Los requisitos para la aplicación del art. 31 del Código Penal, y que se explican a continuación, son los siguientes:

- 1) Que se trate de un delito especial.
- 2) Que el sujeto activo sea administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o representante legal o voluntario de otro.
- 3) Que dicho administrador o representante realice la conducta típica.
- 4) Que no concurren en él las cualidades típicas específicas y sí en la persona jurídica o en el representado⁸⁴¹.

Lo que permite la cláusula del art. 31 es imputar formalmente a título de autor a quien en realidad ya lo es, por haber realizado la conducta descrita en el tipo penal, aunque no concurren en él los requisitos subjetivos exigidos, siempre que concurren en la entidad o persona a la que representa⁸⁴².

No hay, por tanto, ningún atisbo de responsabilidad objetiva en este precepto, pues no se está haciendo responder a una persona por el comportamiento de otra, sino que simplemente se está salvando la ausencia de las características subjetivas específicas que el tipo penal exige al sujeto activo. El Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas ocasiones negando,

⁸⁴¹ Benito Sánchez, D. "Problemas específicos de autoría y participación" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (Dir.) *Tratado de Derecho Penal Económico*. Tirant lo Blanch. 1ª Ed. 2019. Pág. 80.

⁸⁴² Benito Sánchez, D. "Problemas específicos de autoría y participación" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (Dir.). *Tratado de Derecho Penal Económico*. Tirant lo Blanch. 1ª Ed. 2019. Págs. 87-88.

precisamente, que el art. 31 acoja algún supuesto de responsabilidad objetiva por el cargo. También el Tribunal Constitucional ha señalado (en relación con el art. 15 bis del anterior Código Penal, antecedente directo del actual art. 31) que el precepto “no vino en modo alguno a introducir una regla de responsabilidad objetiva que hubiera de actuar indiscriminada y automáticamente, siempre que, probada la existencia de una conducta delictiva cometida al amparo de una persona jurídica, no resulte posible averiguar quiénes, de entre sus miembros, han sido los auténticos responsables de la misma, pues ello sería contrario al derecho a la presunción de inocencia y al propio tenor del precepto”. Siempre teniendo en cuenta que para que el administrador pueda responder penalmente por la conducta realizada es necesario que ésta se le pueda atribuir conforme a las reglas generales de imputación objetiva y subjetiva. De no ser así, se provocaría, como ha señalado nuestra Jurisprudencia, una “inaceptable responsabilidad objetiva por el cargo” ⁸⁴³.

La Jurisprudencia afirma que el art. 31 CP persigue evitar la impunidad en que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas por el administrador o representante que son perfectamente individualizables, cuando por tratarse de un delito especial propio, es decir, de un delito cuya autoría exige necesariamente la presencia de ciertas características, éstas únicamente concurren en la persona jurídica o en el representado; de manera que no se presenta como una forma de responsabilidad objetiva, contraria al principio de culpabilidad ⁸⁴⁴.

Finalmente, dejamos apuntado que a continuación del art. 31 del CP tenemos los arts. 31 bis a 31 quinquies en los que los legisladores de 2010 y de

⁸⁴³ BENITO SÁNCHEZ, D. “Problemas específicos de autoría y participación” en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (Dir.). *Tratado de Derecho Penal Económico*. Tirant lo Blanch. 1ª Ed. 2019. Pág. 88.

⁸⁴⁴ STS (Penal) de 23 octubre de 2019, EDJ 2019/715802. STS nº 1828/2002, de 25 de octubre (EDJ 2002/54109); STS 368/2004, de 21 de marzo; STS nº 207/2005, de 18 de febrero (EDJ 2005/23840); SSTS nº 816/2006, de 26 de julio; y nº 79/2007, de 7 de febrero.

2015 implantaron un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Expresamente el art. 31 bis 1 CP se refiere a los supuestos previstos en el Código, de manera que solo si concurre esta previsión habrá responsabilidad penal corporativa⁸⁴⁵, cosa que no sucede en los delitos societarios.

9.5. Conclusión.

El esfuerzo conjunto de la Doctrina y Legislador penal, así como de los Tribunales, por localizar y castigar en el contexto de una compañía mercantil al real diseñador y responsable de los planes delictivos y de la colocación de sus peones y alfiles en la comisión criminal en el ámbito penal societario, obliga a trabajar con las formas de autoría y de participación penal. Nos hemos detenido en la consideración de la coautoría por cuanto los órganos de responsabilidad en las empresas pueden ser colegiados, y aunque al respecto el art. 237 de la Ley de Sociedades de Capital establece una presunción *iuris tamtum* de responsabilidad civil solidaria, en sede penal se rechaza la imputación penal automática en base el principio de culpabilidad, lo que obliga a estar al caso concreto, examinando la contribución real de cada consejero.

Como delito especial propio, el art. 293 CP presenta particularidades en relación con la autoría y a la participación, relacionadas con la intervención de sujetos no cualificados, que no podrán ser autores por carecer de la cualidad de administrador, pero sí podrán ser partícipes.

La autoría requiere que el administrador de hecho o de derecho tenga un control material de su ámbito funcional del dominio y un protagonismo en la creación del riesgo.

⁸⁴⁵ STS (Penal) de 18 diciembre de 2019. EDJ 2019/763050

La autoría mediata del artículo 28 CP (“por medio de otro del que se sirven como instrumento”) es una de las vías para imputar la conducta penal al “hombre de atrás”, y no a su instrumento, basándose en el criterio del “dominio del hecho”. En la Doctrina se la considerará unas veces “coautor”, y en otros casos se va a exigir que el aparato organizativo que en su totalidad se sitúe al margen del ordenamiento jurídico, excluyendo los casos de comisión ocasional.

Respecto de la Participación comenzamos con la Inducción, que no tiene particularidades dignas de mención. Al respecto se va a exigir que la conexión psíquica, personal e inmediata entre inductor e inducido tenga la entidad suficiente para causar la decisión de delinquir. La Cooperación necesaria exigirá que la aportación sea eficaz y relevante, pero sin tener el dominio del hecho, pues realizan su aportación al hecho del autor. Y siempre atendiendo a la necesaria concurrencia de la doble referencia al dolo, tanto en la referencia al peligro concreto de la realización de la conducta típica por el autor principal, como a lo significativo de la aportación. La complicidad alude a una participación secundaria, de menor entidad material, con eficacia causal y cierta peligrosidad. Es una ejecución de actos accesorios o periféricos, con conocimiento del propósito criminal del autor y una voluntad de contribuir con sus hechos de una manera consciente y eficaz.

Para los que responden a título de inductor y de cooperador necesario existe el art. 65.3 del CP que faculta al Juez para imponer la pena inferior en grado, lo que obliga a éste a valorar la entidad de la intervención. La complicidad parte de la consideración de una aportación de menor entidad material, una participación accidental, secundaria. El cómplice se distinguirá del cooperador necesario en base a la teoría de la relevancia, a lo decisivo de su aportación para la comisión del delito en el momento de la preparación.

La regulación de la autoría sigue precisando un esfuerzo legislativo que permita que el Derecho Penal alcance a los auténticos responsables en un entramado empresarial. El castigo penal al verdadero autor, a quien diseña la trama delictiva, ha de venir por la vía de la prueba de indicios, que permita traer al procedimiento datos y hechos que permitan conducir el procedimiento contra el protagonista del delito, analizando quién tiene la capacidad de decidir.

Ha de buscarse la posibilidad de sancionar de manera proporcional a la gravedad de su intervención en la comisión delictiva al “hombre de atrás” como autor (administrador de hecho) aun cuando a su lado y bajo sus órdenes actúe un administrador de derecho, plenamente imputable, que hoy va a ser autor, mientras que “el hombre de atrás” puede ser castigado como inductor, por lo que no recibirá una pena mayor que el administrador de derecho.

La actual regulación de la autoría mediata tampoco sirve totalmente, pues el “instrumento” no va a ser un inimputable, sino un directivo, que sabe y conoce la real trascendencia penal de lo que hace, y a pesar de no ser quien tiene el mando, acabará siendo castigado como autor. La interpretación del término “administrador de hecho” debería poder alcanzar a quien realmente toma la decisión de delinquir, sea o no formalmente un superior jerárquico, quien se puede servir de personal cualificado –directivos- que no van a ser considerados como “instrumento” a efectos penales.

Por último, hemos visto cómo la utilidad de la cláusula del art. 31 CP es imputar formalmente a título de autor a quien en realidad ya lo es. Por eso, el administrador debe haber realizado la conducta descrita en el tipo penal, aunque no concurren en él los requisitos subjetivos exigidos, siempre que concurren en la persona a la que representa. Es una respuesta alejada de la responsabilidad objetiva, que simplemente se está “compensando” la ausencia de las características subjetivas específicas que el tipo penal exige al sujeto activo.

10.- Concursos. El delito continuado.

10.1. Introducción. Delito único y Pluralidad de delitos.

Hablar del concurso de delitos es tratar el problema de cómo contar los delitos, una cuestión previa a la determinación de la pena. Partimos de una cuestión metodológica que es la de cómo decidir, en los casos límite, si estamos ante un solo delito o ante varios. Al tratar este tema acudimos a la afirmación de Max Ernst Mayer, citada por Sanz Morán: *“el arte de contar los delitos es difícil, mientras no haya claridad acerca de lo que realmente se deba contar”*. La primera tarea es separar los casos en los que en realidad hay un solo delito, de aquéllos en los que hay una pluralidad⁸⁴⁶. Comenzamos exponiendo supuestos que en la Doctrina se consideran realmente una infracción única, a saber, las unidades típicas en sentido estricto, el concurso aparente de leyes penales y las unidades típicas en sentido amplio, donde tratamos el delito continuado, tanto en general como en particular respecto al art. 293 CP. Y a continuación trataremos los supuestos de concurso de delitos: ideal o formal, medial y real.

La regulación del concurso en el ámbito del art. 293 CP no ofrece particularidades respecto de la regulación general. Los posibles concursos se plantean en las situaciones en las que suceden falsedades de cuentas (art. 290 CP), imposición de acuerdos abusivos o lesivos (arts. 291 y 292 CP) junto con una administración desleal (actual art. 252 CP) o con una privación de los derechos del socio sobre el control y gestión de la sociedad, lo que en principio son delitos con sustantividad propia e independiente. Hay que tener presente para considerar el problema del delito continuado en el art. 293 CP, que la Jurisprudencia lo considera un delito permanente y afirma que los impedimentos de los administradores hechos adquieren relevancia penal cuando estamos ante

⁸⁴⁶ SANZ MORÁN, A.J. "La reiteración delictiva: modelos de respuesta". En MALDONADO FUENTES, F., (Coordinador) "Reincidencia y Concurso de delitos. Reiteración delictiva". Montevideo, Buenos Aires. Ed. B d f. 2.016. Pág. 4.

varias negativas o varias obstaculizaciones del ejercicio de los derechos del socio, que se van a considerar integradas en una sola consumación delictiva y no como varios delitos independientes.

10.2. Supuestos de infracción única.

Ya hemos señalado que pese a lo que pudiera parecer a simple vista, hay situaciones en las que estamos ante una única infracción, y no frente a una pluralidad de delitos a cargo de un mismo autor. En la Doctrina, Sanz Morán señala tres supuestos de infracción única:

1. Las “unidades típicas en sentido estricto”, en los que la formulación típica “capta o abraza” actos singulares desde el punto de vista naturalístico, haciendo de ellos una unidad valorativa o legal. Entran en esta categoría fenómenos legislativos como los “delitos complejos” (formados a partir de otros), los “delitos permanentes” (en los que se prolonga la constricción del bien jurídico tutelado y, por tanto, el periodo consumativo), los delitos “habituales” (constituidos por una serie de acciones que individualmente consideradas no revisten carácter delictivo), los delitos “de varios actos”, los tipos que contienen “conceptos globales”, los “tipos mixtos alternativos”, etc.

2. Las hipótesis de “concurso aparente de leyes penales”, donde la interpretación de la conexión existente entre los tipos formalmente concurrentes conduce a la aplicación de unos solo de ellos (el “especial”, o el “principal”, etc.) lo que supone apreciar un solo delito.

3. Las “unidades típicas en sentido amplio”, donde la sucesiva realización del mismo tipo no multiplica el número de delitos, siempre que pueda hablarse de una simple intensificación (en términos cuantitativos) del contenido del

injusto del hecho, persistente una misma situación de motivación o culpabilidad unitaria. Aquí cabe distinguir la “unidad natural de acción” (el torrente de expresiones injuriosas constituye un único delito de injurias), y el “delito continuado” como modalidad extrema de la denominada “unidad típica en sentido amplio”. En uno y otro caso se tendrá en cuenta un límite: la pluralidad de sujetos pasivos rompe la unidad delictiva siempre que el bien jurídico atacado sea de los denominados “eminentemente personales”⁸⁴⁷.

El Tribunal Supremo considera la "unidad natural de acción", como la conjunción de varias acciones y omisiones que están en una estrecha conexión espacial y temporal que puede reconocerse objetivamente y con una vinculación de significado que permita una unidad de valoración jurídica y que pueden ser juzgadas como una sola acción⁸⁴⁸. Son aquellos supuestos en los que, aunque ontológicamente concurren varios actos, desde una perspectiva socio-normativa se consideran como una sola acción (quien lesiona a otro dándole, sin solución de continuidad, varios puñetazos y patadas, que se califican como un único delito de lesiones) de manera que se sanciona una sucesión de acciones como un solo delito cuando los actos que ejecuta un sujeto presentan una unidad espacial y una inmediatez temporal que, desde una dimensión socio-normativa, permiten apreciar un único supuesto fáctico subsumible en un solo tipo penal (especialmente en delitos de falsedad documental o contra la libertad sexual)⁸⁴⁹. En suma, la ley penal no atiende exclusivamente a la naturalidad de las acciones, sino a sus componentes jurídicos⁸⁵⁰ y engarza o ensambla varios actos o varias unidades naturales de acción en un único tipo penal (tráfico de drogas, delitos contra el medio ambiente y de intrusismo, entre otros) unificados como objeto único de valoración jurídica por el tipo penal. De forma que varios actos, que contemplados aisladamente, colman individualmente las exigencias de un tipo de

⁸⁴⁷ SANZ MORÁN, A.J. "La reiteración delictiva: modelos de respuesta". En MALDONADO FUENTES, F., (Coordinador) "Reincidencia y Concurso de delitos. Reiteración delictiva". Montevideo, Buenos Aires. Ed. B d f. 2.016. Pág. 6.

⁸⁴⁸ STS (Penal) 354/2014, de 9 de mayo (EDJ 2014/70971).

⁸⁴⁹ STS (Penal) de 29 de diciembre de 2014, nº 905/2014, rec. 465/2014. EDJ 2014/240322.

⁸⁵⁰ STS (Penal) 566/2006, de 9 de mayo (EDJ 2006/83847) STS (Penal) 125/2018, de 15 de marzo (EDJ 2018/22183), y 826/2017, de 14 de diciembre (EDJ 2017/262682).

injusto se valoran sin embargo por el Derecho Penal desde un punto de vista unitario⁸⁵¹.

10.2.1. El aparente concurso de normas del art. 293 CP con otros preceptos.

En el concurso de los diversos preceptos penales aparentemente aplicables a un mismo hecho solo uno de ellos va a ser realmente aplicable, quedando desplazados las demás conforme a diversos criterios interpretativos ya elaborados hace tiempo por la doctrina y la jurisprudencia, y que ahora se recogen en el art. 8 CP⁸⁵², que evidencian que no estamos ante un auténtico concurso, sino ante un problema de interpretación para determinar el precepto penal aplicable⁸⁵³.

La defensa del derecho de información de los socios que protege el art. 293 CP está relacionado con el de falsedad de cuentas anuales del artículo 290 CP, ya que la falsedad en alguno de los documentos sociales supone también una quiebra del derecho de información; en la Doctrina se afirma que se aplicará el art. 290 CP por relación de especialidad⁸⁵⁴.

⁸⁵¹ STS (Penal) de 29 de diciembre de 2014 nº 905/2014, rec. 465/2014. EDJ 2014/240322.

⁸⁵² Art. 8 CP. “Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los arts. 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: 1ª) El precepto especial se aplicará con preferencia al general. 2ª) El precepto subsidiario se aplicará solo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible. 3ª) El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél. 4ª) En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor”.

⁸⁵³ MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch. 10ª Ed. 2019. Pág. 448.

⁸⁵⁴ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. *Los delitos societarios en el Código Penal español*. Ed. Dykinson. Madrid. 1998. Pág. 279 CP.

El artículo 291 CP (imposición de acuerdos abusivos) plantea importantes problemas concursales con el artículo 293 CP. Así, la denegación o el impedimento del ejercicio de los derechos del socio que conforman la conducta típica del artículo 293 CP, puede constituir al mismo tiempo el contenido del acuerdo abusivo que los autores imponen prevaleciendo de su situación mayoritaria. El desvalor del artículo 293 CP es completamente absorbido por el artículo 291 CP, aplicándose en consecuencia únicamente éste último. No existe un concurso medial de delitos, sino un concurso aparente de leyes penales⁸⁵⁵. En la relación del art. 293 CP con el art. 291 CP (imposición de acuerdos abusivos) éste puede absorber la figura contenida en el art. 293 CP en el caso de que la imposición del acuerdo abusivo constituya ya alguna de las conductas descritas en este último precepto y resulten obstaculizados precisamente los derechos de aquellos sujetos sobre los que recaerá el acuerdo abusivo⁸⁵⁶. Otro tanto sucederá con la imposición de acuerdo lesivo, prevista y penada en el art. 292 CP, si para su logro se negare u obstaculizare el derecho de información.

Existe una interrelación entre los distintos derechos referidos en el art. 293 CP, pues un ataque al derecho de información puede a su vez lesionar el derecho al voto, facultad englobada en el derecho de participación y control de la gestión social; esta relación interna entre ambos derechos se resuelve por el principio de especialidad, considerándose lesionado el derecho de información⁸⁵⁷.

⁸⁵⁵ FARALDO CABANA, P. *Tratado de Derecho Penal Económico*. Tirant lo Blanch. 1ª Ed. 2019, pág. 1180.

⁸⁵⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*. 6ª Edición. 2019. Tirant Lo Blanch. Pág. 538.

⁸⁵⁷ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. *Los delitos societarios en el Código Penal español*. Ed. Dykinson. Madrid. 1998. Pág. 279.

10.2.2. La continuidad delictiva.

10.2.2.1. Delito continuado.

El artículo 74 CP presenta una figura que trae causa de una ficción jurídica cuyo origen histórico se encuentra en la praxis jurisprudencial medieval de considerar que solo había un delito de hurto para evitar las graves penas que había que imponer a los autores del tercer hurto, cuando ya no quedaban más manos que cortar⁸⁵⁸. Los arts. 73 y 74 del Código Penal establecen las reglas especiales para la aplicación de las penas, el primero de los cuales manda imponer al responsable de dos o más delitos todas las penas correspondientes a las diversas infracciones cometidas, y el segundo establece una respuesta punitiva distinta para el caso de que se ejecute un plan preconcebido o se aproveche idéntica ocasión, y se realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos y que infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, con una peculiaridad cuando se trate de infracciones contra el patrimonio, y haciendo constar que no se aplicará esta respuesta penal cuando se trate de ofensas a bienes eminentemente personales.

La Doctrina afirma que nos encontramos o ante un delito único, o ante un concurso real homogéneo y que como tal debe ser tratado. Estamos en el problema de determinar si en una situación concreta, lo que desde un punto de vista formal aparece como reiterada realización del tipo, puede ser caracterizado, valorativamente, como un solo delito por darse los requisitos subjetivo (idéntica situación de motivación) y objetivo (intensificación simplemente cuantitativa del injusto)⁸⁵⁹.

⁸⁵⁸ MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch. 10ª Edición. Valencia 2019. Pág. 446.

⁸⁵⁹ SANZ MORÁN A.J. "La reiteración delictiva: modelos de respuesta". En MALDONADO FUENTES, F., (Coordinador) "Reincidencia y Concurso de delitos. Reiteración delictiva". Montevideo, Buenos Aires. Ed. B d f. 2.016. Pág. 8.

La Jurisprudencia⁸⁶⁰ afirma que el delito continuado se caracteriza porque una pluralidad o diversidad de acciones infractoras de los mismos o semejantes preceptos penales se refunden merced a dos posibles criterios legales, uno objetivo, cuando haya aprovechamiento de idéntica ocasión, como dice el art. 74 CP, y otro subjetivo, referido a la existencia de un plan preconcebido por parte del agente en un dolo unitario que justifica la unificación en una sola infracción de las diversas acciones, también subrayado en el precepto de forma alternativa al anterior, lo que equivale a entender la suficiencia de uno u otro de los criterios mencionados para entender aplicable la continuidad⁸⁶¹. El Tribunal Supremo establece que el delito continuado aparece integrado por varias unidades típicas de acción que se integran en una unidad jurídica de acción, a la que, por su intensificación del injusto, se aplica una pena agravada con respecto al delito único propio de la unidad típica de acción. Para ello tiene en cuenta el Legislador que las acciones obedezcan a un plan preconcebido o al aprovechamiento de idéntica ocasión, así como a la homogeneidad de la infracción de la misma norma penal o a preceptos de igual o semejante naturaleza, y de no darse tales condiciones, las acciones habrían de subsumirse en un concurso real de delitos⁸⁶².

El Tribunal Supremo establece los requisitos del delito continuado⁸⁶³:

a) Un elemento fáctico consistente en la pluralidad de acciones u omisiones dentro de la unidad final, que es lo que distingue al delito continuado del concurso ideal de delitos, ya que "en éstos la acción es única, aunque los delitos sean plurales; en aquél las acciones son plurales pero el delito se valora como único".

⁸⁶⁰ STS (Penal) 26 de marzo de 2013, nº 330/2013, Rec. 739/2012.

⁸⁶¹ STS (Penal) núm. 258/00, de 21 de febrero, EDJ 2000/2183.

⁸⁶² STS (Penal) de 29 de diciembre de 2014, nº 905/2014, rec. 465/2014. EDJ 2014/240322, con apoyo en la STS 487/2014, de 9 de junio.

⁸⁶³ STS (Penal) de 29 marzo de 2017. EDJ 2017/32809. STS (Penal) Sala 2ª, de 26 de enero de 2017, nº 31/2017, Rec. 1177/2016.

b) Una cierta "conexidad temporal" dentro de esa pluralidad, no debiendo transcurrir un lapso excesivo, pues una gran diferencia temporal debilitaría o haría desaparecer la idea del plan que como elemento ineludible de esta figura delictiva examinaremos a continuación.

c) El requisito subjetivo de que el sujeto activo de las diversas acciones opere "*en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión*". Es el elemento más importante que realmente provoca la unidad delictiva en que consiste la continuidad, aunque deba distinguirse entre lo que supone el plan preconcebido y el aprovechamiento de una igual ocasión. Lo primero hace referencia al dolo conjunto o unitario que debe apreciarse en el sujeto al iniciarse las diversas acciones, y que se trata de "*una especie de culpabilidad homogénea, una trama preparada con carácter previo programada para la realización de varios actos muy parecidos*"; lo segundo se da cuando el dolo se produce ante una situación idéntica a la anterior que hace "caer" al delincuente en la comisión delictiva, repitiéndola.

d) Homogeneidad del "modus operandi" en las diversas acciones, utilizando métodos, medios o técnicas de carácter análogo o parecido.

e) El elemento normativo de que sean iguales o semejantes los preceptos penales conculcados, tengan como substrato la misma norma y que ésta tutele el mismo bien jurídico, (homogeneidad normativa).

f) Que el sujeto activo sea el mismo en las diversas acciones fraccionadas", aunque la moderna doctrina jurisprudencial admite la participación adhesiva, por lo que cabría la variación de sujeto activo⁸⁶⁴.

⁸⁶⁴ STS (Penal) de 26 de enero de 2017, nº 31/2017, Rec. 1177/2016. Fto 10º. SSTS (Penal) nº 97/2010 de 20 de febrero, nº 89/2010 de 10 de febrero, nº 860/2008 de 17 de diciembre, nº 554/2008 de 24 de septiembre, nº 11/2007 de 16 de enero y nº 309/2006 de 16 de marzo.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo ha tratado de señalar pautas que ayuden a diferenciar el delito continuado frente a la unidad natural de acción o hecho único, y partiendo de que el concepto de unidad natural de acción no ha provocado en la doctrina un entendimiento unánime. La originaria perspectiva natural explicaba aquel concepto poniendo el acento en la necesidad de que los distintos actos apareciesen en su ejecución y fueran percibidos como una unidad para cualquier tercero. Las limitaciones de ese enfoque exclusivamente naturalístico llevaron a completar aquella idea con la de unidad de resolución del sujeto activo. Conforme a esta visión, la unidad de acción podía afirmarse en todos aquellos en los que existiera una unidad de propósito y una conexión espacio-temporal o, con otras palabras, habría unidad de acción si la base de la misma está constituida por un único acto de voluntad⁸⁶⁵.

Finalmente, el Tribunal Supremo también explica lo que no es el delito continuado, rechazando que sea una figura destinada a resolver en beneficio del reo los problemas de aplicación de penas que plantea el concurso de delitos, sino como una verdadera "realidad jurídica", que permite construir un proceso unitario sobre una pluralidad de acciones que presentan una determinada unidad objetiva y subjetiva⁸⁶⁶.

⁸⁶⁵ STS (Penal) nº 213/2008 de 5 de mayo y nº 1394/2009 de 25 de enero de 2010.

⁸⁶⁶ STS (Penal) de 29 marzo de 2017, EDJ 2017/32809. SSTS (Penal) nº 228/2013 de 22 marzo, 627/2014 de 7 octubre SSTS (Penal) 190/2000 de 7 de febrero 461/2006 de 17 de abril 1018/2007 de 5 de diciembre 563/2008 de 24 de septiembre 1075/2009 de 9 de octubre.

10.2.2.2. La Continuidad delictiva y el art. 293 CP.-

En la exposición realizada respecto de los supuestos de infracción única, el artículo 293 CP se engloba en las unidades típicas en sentido estricto, como delito permanente.

Suprimida la exigencia de que el comportamiento de los administradores fuera “malicioso y reiterado” tal como hacían sus antecedentes inmediatos, sin añadir, no obstante, ningún otro atributo que permita diferenciar ambas actitudes⁸⁶⁷, vemos cómo literalmente, en el tenor del art. 293 CP no se da la premisa básica de existencia de diversas acciones (u omisiones) infractoras del mismo precepto, pero ya hemos comentado al tratar de la acción típica (4.1.3 y 4.1.7.2.) cómo la aplicación de este artículo está bajo la exigencia jurisprudencial de un abuso persistente del cargo de administrador⁸⁶⁸, de manera que no irrumpen en este tipo las negativas esporádicas, ocasionales, puntuales o aisladas⁸⁶⁹, hasta el punto de considerar que *no será típica la conducta de quien en una segunda junta sí entrega la documentación solicitada*⁸⁷⁰. Las sucesivas desatenciones se incorporan a la misma consumación, como hemos desarrollado en el Capítulo 8, apartado 1.

Como hemos visto en el apartado anterior, en ocasiones la Ley prevé la existencia de varios actos para integrar el tipo penal, creando supuestos de unidad típica de acción o unidad jurídica, como sucede en los denominados delitos permanentes, -como el art. 293 CP- en los que se entiende que la vulneración del bien jurídico protegido puede tener lugar de manera sucesiva en el tiempo, pero

⁸⁶⁷ STS (Penal) Sala 2ª de 22 diciembre de 2009. EDJ 2009/321753.

⁸⁶⁸ STS (Penal) de 26 Noviembre de 2002 EDJ 2002/54110. STS (Penal) de 22 diciembre de 2009. EDJ 2009/321753. STS (Penal) de 17 de abril de 2.002. núm. 654/02. EDJ 2002/13415.

⁸⁶⁹ STS (Penal) de 17 de abril de 2.002. núm. 654/02. EDJ 2002/13415.

⁸⁷⁰ STS (Penal) de 26 de marzo de 2013, nº 330/2013, rec. 739/2012.

su valoración, a efectos punitivos, se realiza como si se tratase de un único delito⁸⁷¹.

La Jurisprudencia dificulta la apreciación del delito continuado en el tipo del artículo 293 CP, afirmando 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 antijuricidad material la conducta típica”⁸⁷² (en el factum de esta Sentencia se relataba una persistencia en el desconocimiento de los derechos de los socios, sin solución de continuidad, con hitos apreciables repetidos en sucesivos años en las juntas de tres años seguidos). De estas menciones se desprende que frecuentemente nos vamos a encontrar con una pluralidad de requerimientos del socio y de desatenciones del administrador, acciones y omisiones que consumarán la ejecución de un delito, y que lejos de suponer un delito por cada nueva negativa, viene a constituir una consolidación de la misma y, por tanto, existe un solo delito⁸⁷³.

La Audiencia Provincial de Valladolid rechaza la continuidad delictiva respecto del art. 293 del Código Penal, basándose en que el Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de noviembre de 2002 considera que *se trata de una infracción permanente, lo que comporta la imposibilidad de apreciar la continuidad delictiva*⁸⁷⁴. También la Audiencia de Salamanca afirma que la pluralidad de obstaculizaciones no constituye acciones típicas distintas, sino que consolidan el abuso ejercido por aquél, lo que impregna de antijuricidad material la conducta típica”, de manera que la renovación o reproducción del

⁸⁷¹ STS (Penal) 885/2003 de 13 de junio, STS (Penal) de 30 de septiembre de 2.000, nº 1478/2000, Rec. 1617/1999. EDJ 2000/29845.

⁸⁷² STS (Penal) 1953/2002, de 26 de noviembre. Rec. 1131/2001. EDJ 2002/54110.

⁸⁷³ STS (Penal) de 7 de junio de 2017, nº 413/2017, Rec. 2.015/2016, mencionando la STS (Penal) 330/2013 de 26 de marzo (EDJ 2013/55353).

⁸⁷⁴ SAP (Penal) Valladolid, sec. 4ª, de 2 de diciembre 2013, nº 437/2013, rec. 17/2013. EDJ 2013/259712.

requerimiento y su desconocimiento por el infractor, no constituyen acciones típicas distintas⁸⁷⁵.

Por el contrario, la Audiencia de Barcelona⁸⁷⁶ ha condenado en base al artículo 293 CP apreciando continuidad delictiva en hechos distanciados en el tiempo, estimando el desvalor de la conducta en base a la repetida negación de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social de la perjudicada, sucesión de acciones que se llevaron a cabo concurriendo "idéntica ocasión" tal y como exige los requisitos del delito continuado del art. 74 CP. Los hechos se llevan a cabo en varias anualidades en las que se desatienden los requerimientos de documentación mercantil relevante como el Balance de situación y el Balance de pérdidas y ganancias de distintos ejercicios, el Balance de sumas y saldos, el Informe del administrador sobre la causa de disolución, liquidación y gestión y para que exhibiera los libros contables necesarios para la comprobación de los balances. Fueron tres los requerimientos notariales que pretendían información sobre las pérdidas de la empresa como causa de disolución formalmente invocada. La acusada se negó a tener reuniones con la socia solicitante, dejándole claro que *"era ella la que lo llevaba todo"*, y *"que no era nadie, que a mí no me tenía que dar explicaciones"*. Así las cosas, esta sentencia establece que *"a efectos de la determinación de la pena deberá valorarse el especial desvalor de la conducta de la acusada y la continuidad delictiva con que actuó"*.

⁸⁷⁵ SAP (Penal) Salamanca, Sec. 1ª, de 2 de diciembre de 2016, nº 49/2016, Rec. 53/2016. EDJ 2014/177400.

⁸⁷⁶ SAP (Penal) Barcelona de 27 abril 2011. EDJ 2011/87921.

10.3. Supuestos de pluralidad de delitos.

10.3.1. Concurso ideal de delitos.

En el concurso ideal una sola acción da lugar a dos o más delitos que -en función del bien jurídico lesionado- pueden ser homogéneos o heterogéneos. Habrá unidad de hecho cuando la actuación corresponda a una misma manifestación de voluntad y sea valorada unitariamente en un tipo penal. Es una unidad de hecho que da lugar a la realización de varios tipos delictivos.

En 2.015 el Legislador modificó el art. 77 CP⁸⁷⁷ y suprimió la tradicional equiparación punitiva entre concurso ideal y conexión medial o teleológica entre delitos, estableciendo un régimen sancionador distinto para cada uno de ellos; aplicando para el concurso ideal la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior, con el límite de la que pudiera corresponder al castigo separado. En la Doctrina se afirma que el dato fundamental para determinar la existencia de un concurso ideal entre dos tipos penales es la coincidencia, al menos parcial, de los presupuestos fácticos que están en la base de los mismos, del proceso ejecutivo en ellos previsto o supuesto, del ámbito de referencia en el que se superponen las diferentes descripciones típicas⁸⁷⁸.

⁸⁷⁷ Art. 77 CP. **1.** Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro. **2.** En el primer caso, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado. **3.** En el segundo, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior.

⁸⁷⁸SANZ MORÁN A.J. "La reiteración delictiva: modelos de respuesta". En MALDONADO FUENTES, F., (Coordinador) "Reincidencia y Concurso de delitos. Reiteración delictiva". Montevideo, Buenos Aires. Ed. B d f. 2.016. Pág. 11.

10.3.2. Concurso medial de delitos.

Son dos hechos perfectamente diferenciados en relación de medio a fin, que se tratará necesariamente de una relación de necesidad, que ha de ser entendida en un sentido real, concreto y restrictivo, de manera que será preciso que en el caso concreto un delito no pueda producirse objetivamente sin otro delito, que esté tipificado como tal de forma independiente (por ejemplo, falsedad-estafa)⁸⁷⁹. La nueva redacción del art. 77 CP tras la reforma de 2015 estableció para el concurso medial una pena superior a la que correspondería para la infracción individual más grave.

Es frecuente la concurrencia del art. 293 CP con el artículo 290 CP que es el delito societario de falsedad contable, que frecuentemente es instrumental de otros ilícitos penales y que tutela la transparencia externa de la administración social castigando la infracción del deber de veracidad en la elaboración de las cuentas anuales y otros documentos de la sociedad⁸⁸⁰. Lo tratamos a continuación.

10.3.3. Concurso real de delitos.

Siempre que los diversos delitos no tengan en su base una sola acción, que no exista identidad, al menos parcial, en los correspondientes procesos

⁸⁷⁹ MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M. *“Derecho Penal. Parte General”*. Tirant lo Blanch. 10ª Ed. 2019. Pág. 444.

⁸⁸⁰ STS (Penal) núm. 863/2009, de 16 de julio.

ejecutivos, estaremos ante un concurso real o material de infracciones⁸⁸¹. En el concurso real convergen varias acciones o hechos, cada uno constitutivo de un delito autónomo. Está previsto en el art. 73 CP⁸⁸² y no presenta más problema que el que resulta de lo draconiano de una aplicación aritmética cumulativa de tantas penas como hechos, cuestión que se soluciona con reglas de aplicación de penas (arts. 74, 76 y 77 CP) que procuran un castigo proporcional al desvalor global que merecen las diversas acciones y delitos cometidos y a su posible cumplimiento efectivo⁸⁸³.

10.4. Supuestos prácticos.

En la práctica judicial existen situaciones de concursos reales “a tres” del art. 293 CP con el artículo 290 CP (falsedad de las cuentas anuales), y con el delito de administración desleal (derogado art. 295 CP) en las que la Audiencia Provincial de Madrid considera que se trata de tres acciones independientes⁸⁸⁴.

El Tribunal Supremo en un caso en el que el acusado había impedido a los socios perjudicados participar en las juntas generales, celebradas finalmente sin la presencia de ellos, y que ha expedido las correspondientes certificaciones para la presentación de las cuentas anuales en el Registro Mercantil, afirma que el falseamiento de los documentos sociales del art. 290 CP para posibilitar la presentación de las cuentas anuales, es una acción independiente de la de impedir a los socios el ejercicio del derecho de información o de participación en la gestión

⁸⁸¹SANZ MORÁN A.J. "La reiteración delictiva: modelos de respuesta". En MALDONADO FUENTES, F., (Coordinador) "Reincidencia y Concurso de delitos. Reiteración delictiva". Montevideo, Buenos Aires. Ed. B d f. 2.016. Pág. 12.

⁸⁸² Art. 73 CP. "Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas".

⁸⁸³ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, GARCÍA ARÁN, MERCEDES. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch. 10ª Ed. 2019. Pág. 445.

⁸⁸⁴ SAP (Penal) Madrid de 27 abril de 2009. EDJ 2009/123398. En el mismo sentido la SAP (Penal) Santa Cruz de Tenerife de 25 abril de 2017 EDJ 2017/131162.

y control de la actividad social prevista en el art. 293 CP. En este supuesto afirma el Alto Tribunal que no obstante, las acciones posteriores tendentes a asegurar, aprovechar, utilizar o encubrir un primer hecho punible o los beneficios de éste obtenidos, constituyen hechos posteriores copenados que quedan consumidos en el tipo más gravemente penado, en los términos del art. 8.4^a CP⁸⁸⁵. Y así, la expedición de las certificaciones constituye precisamente un acto tendente al aprovechamiento de la exclusión de los socios no informados de la realización de las Juntas y, consecuentemente, es un hecho posterior copenado, razón por la cual se excluiría la concurrencia real de los tipos de los arts. 290 y 293 CP, aplicando solamente la pena del art. 290 CP. Por el contrario, el Tribunal Supremo considera correcto el concurso real del delito de falseamiento de cuentas del art. 290 con el delito del derogado art. 295 CP (administración desleal), dado que la acción de disponer fraudulentamente de las fincas que se detallan en los hechos probados, aportándolas a una sociedad ad hoc, excluyendo a un socio del control de tal operación, sí es una acción independiente de la del art. 290 CP⁸⁸⁶

Respecto de la concurrencia del art. 293 CP con la imposición de acuerdo lesivo del art. 292 CP, hemos de considerar el último inciso del artículo 292 CP, que dice “*sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituyese otro delito*”, lo que constituye un reconocimiento expreso del concurso de delitos en los casos en que los medios utilizados para crear la mayoría ficticia sean, por sí solos, constitutivos de delito⁸⁸⁷, y podrá apreciarse un concurso de delitos con el artículo 293 CP, salvo si el injusto de este precepto reside precisamente en la negación o el impedimento ilícitos del ejercicio del derecho de voto a quienes lo tienen legalmente reconocido, en cuyo caso, existe un concurso de normas que se

⁸⁸⁵ Art. 8.4^a. CP. “En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor”.

⁸⁸⁶ STS (Penal) de 1 febrero de 2010. EDJ 2010/37597.

⁸⁸⁷ P. FARALDO CABANA. “Delitos societarios”. Capítulo 25. En (Dir.) Camacho Vizcaíno, Antonio *Tratado de Derecho Penal Económico*. Tirant lo Blanch. 1^a Ed. 2019. pág. 1.191

resuelve con arreglo al principio de consunción a favor del artículo 292 CP⁸⁸⁸. De manera que, en este caso concreto, el concurso podrá existir con otras figuras delictivas que se cometan al ejecutar las modalidades específicas de acción del delito societario encaminadas a lograr la mayoría ficticia⁸⁸⁹.

La Audiencia Provincial de Las Palmas afirma que sí hay concurso real en un supuesto de lesión patrimonial con disposición fraudulenta de los fondos sociales, que podrían integrar un delito de apropiación indebida del art 253 CP, o el de la administración desleal del actual art. 252 CP, de manera que la existencia de este tipo de comportamientos no absorbe el desvalor de la conducta que sanciona el tipo penal del art. 293 CP⁸⁹⁰.

En la Doctrina se afirma que la relación con comportamientos subsumibles en las amenazas o coacciones llevarían al concurso de delitos, que será ideal cuando el mismo hecho constituye simultáneamente el delito societario de obstrucción de los derechos de los socios y un delito de amenazas o coacciones, y teleológico o medial cuando las amenazas o coacciones son el medio utilizado para obstruir el ejercicio de los derechos de los socios, o viceversa (art. 77 CP)⁸⁹¹. De manera que, si la conducta del art. 293 CP va acompañada de un comportamiento propio de las figuras de amenazas o coacciones, habría que apreciar un concurso de delitos, que será real o teleológico, según los casos⁸⁹².

⁸⁸⁸ P. FARALDO CABANA. "Delitos societarios". Capítulo 25. En (Dir.) Camacho Vizcaíno, Antonio *Tratado de Derecho Penal Económico*. Tirant lo Blanch. 1ª Ed. 2019. Pág. 1192.

⁸⁸⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*. Tirant lo Blanch. 6ª Ed. 2019. Pág. 550.

⁸⁹⁰ SAP (Penal) de Las Palmas, Sec. 1ª, de 9 de febrero de 2018, nº 45/2018, rec. 108/2016, EDJ 2018 / 66655.

⁸⁹¹ FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*. Tirant lo Blanch. Ed. 2015. Pág. 305.

⁸⁹² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*. Tirant lo Blanch. 6ª Ed. 2019. Pág. 562.

En el caso de falsedades documentales, o estafa se podría apreciar un concurso de delitos, real o ideal, según el supuesto concreto⁸⁹³.

10.5. Conclusión.

La pluralidad de obstaculizaciones o impedimentos a los derechos del socio, dentro de una situación temporal próxima, no va a suponer un concurso real homogéneo, ni va a plantear situaciones de continuidad delictiva. Hay que estar a la exigencia jurisprudencial de reiteración de la conducta para entender consumado el delito del art. 293 CP, por lo que siempre vamos a ver varias acciones u omisiones que quedan integradas en la unidad jurídica de este artículo, rechazando las negativas aisladas. La consideración de delito permanente también abunda en que las distintas negaciones o impedimentos se unan en una única consumación delictiva.

Hemos visto en este Capítulo respuestas jurisprudenciales a supuestos concretos sobre si hay o no un concurso real en situaciones en las que concurre una falsedad de cuentas (art. 290 CP) y una privación de los derechos del socio sobre el control y gestión de la sociedad, y la solución ha sido considerar que existe un aparente concurso de leyes, puesto que el desvalor de las conductas del art. 293 CP queda consumido en el art. 290 CP por ser el más gravemente penado, y se resuelve con la aplicación del art. 8 CP. Otro tanto sucede en la concurrencia del art. 291 CP (imposición de acuerdos abusivos) con el artículo 293 CP, considerando la Jurisprudencia que el desvalor del artículo 293 CP es completamente absorbido por el artículo 291 CP, aplicándose en consecuencia únicamente éste último. Y la misma respuesta jurisprudencial recibe la concurrencia del art. 293 CP con el art. 292 CP (imposición de acuerdo lesivo).

⁸⁹³ GALÁN MUÑOZ, A., NÚÑEZ CASTAÑO, E. *Manual de Derecho penal económico y de la Empresa. Problemas concursales*. Tirant lo Blanch. 3ª Edición. Valencia, 2019. Pág. 234.

Tampoco en el delito continuado hay singularidades en el Derecho Penal societario. La Jurisprudencia no considera como delitos independientes las sucesivas obstaculizaciones de los derechos del socio, sino que las integra y consolida en una misma consumación delictiva. El concurso del art. 293 CP con otros delitos “no económicos” como las amenazas o coacciones, las falsedades documentales, o la estafa será real o ideal según los casos.

11.- La Penalidad. Introducción.

11.- Introducción.

El art. 293 CP establece como pena única la multa de seis a doce meses, una respuesta que no parece acomodada a la intención del Legislador de proteger realmente a los accionistas minoritarios de las negativas e impedimentos de los administradores a sus derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones reconocidos por las Leyes. En la Doctrina se echa en falta otras penas idóneas para este delito como la inhabilitación profesional y la anotación de la condena del administrador en el Registro Mercantil o en registros especiales para directivos de banca y seguros⁸⁹⁴.

Los problemas también se encuentran en la determinación del importe de la multa pues faltar un trámite procesal en la Instrucción penal que permita conocer con alguna certeza la situación económica de la persona contra la que se dirige el procedimiento, de manera que el importe pedido pueda causar el efecto de prevención general y especial que una pena pretende. Y continúan las dificultades porque si bien existe una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, a consecuencia del incumplimiento del pago, ésta puede quedarse en suspenso, lo que abre la posibilidad de dejar la respuesta penal en nada.

Estudiaremos supuestos concretos de circunstancias modificativas de aplicación a los delitos societarios y finalmente nos referiremos a la facultad de

⁸⁹⁴ MATA y MARTÍN, R.M. "Los delitos societarios en el Código Penal de 1.995". En *Revista Aranzadi. Derecho de sociedades*. 1995, pág. 7.

rebajar la pena en un grado que prevé el art. 65.3 CP para el supuesto del inductor o el cooperador necesario en estos delitos especiales propios.

11.1. La Pena de Multa. La motivación del importe.

Como hemos dicho, el hecho de que el Código Penal establezca la pena de multa como pena única en este delito del art. 293 CP es alabado por unos y ampliamente denostado por otros. En la Doctrina se afirma que la pena de multa es, junto con la prisión, la pena más utilizada por el Legislador español, lo que se hace mucho más evidente si nos situamos en los tipos penales del Derecho Penal económico presentes en nuestra legislación. A favor de la multa juega el recurso el argumento de que supone una privación de bienes patrimoniales, lo que puede tener una capacidad de disuasión frente a los delitos que persiguen obtener un ilícito beneficio o lucro, en tanto privan de una parte del patrimonio del sujeto, siempre que la multa sea capaz de incidir sobre el cálculo de eficiencia subjetiva del destinatario, de tal modo que su importe sea superior a los eventuales beneficios que el autor del comportamiento delictivo pueda esperar como consecuencia del delito⁸⁹⁵. Pero, como desarrollaremos en este Capítulo, lo normal es que, en la práctica, la cuantía de la multa ni siquiera se aproxime al beneficio que se logra con la comisión del delito societario.

La pena de multa, como destaca la Doctrina, tiene a su favor el hecho de que carece de efectos degradantes sobre el condenado, que es fácilmente graduable y adaptable a la situación económica del reo, y que incluso no provoca gastos de ejecución al Estado, sino ingresos⁸⁹⁶. Sin embargo, los autores llaman la atención acerca de la escasa gravedad de la pena prevista para este delito, que conduce a una nula eficacia preventivo-general y especial, y que lo convierte en

⁸⁹⁵ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. *Instituciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Lex Nova 1ª Ed. 2.013. Pág. 155.

⁸⁹⁶ MUÑOZ CONDE F., GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch. 10ª Edición. Valencia 2019. Pág. 501.

una figura puramente simbólica destacando lo inconsecuente de que el Código Penal castigue conductas del ámbito societario para después asignarles una pena tan benigna, por lo que hubiese sido más congruente recurrir a sanciones más graves, que desplieguen efectos preventivos tanto en la colectividad como en el culpable. Sin ir más lejos, en el texto del Proyecto del CP 1.992, 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 años⁸⁹⁷.

La pena de seis a doce meses multa es la más leve de las establecidas en el Capítulo de delitos societarios. Es una respuesta que refleja la conciencia del Legislador penal de que la gravedad de los comportamientos descritos en dicho artículo es exigua. Ante una respuesta tan escasa, hay autores que afirman que estas conductas debieran haberse dejado en el marco del injusto civil, conforme al principio de intervención mínima⁸⁹⁸, pues no se alcanza el efecto intimidatorio porque del análisis coste-beneficio puede resultar un bajo coste y un alto beneficio derivado de la actividad delictiva⁸⁹⁹.

⁸⁹⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*. 6ª Edición. 2.019. Pág. 551. El Texto del art. 303 del PCP de 1992 era el siguiente: “Los que, como administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad mercantil, maliciosa y reiteradamente, negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social reconocidos por las leyes, serán castigados con pena de multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de dos a cinco años”.

El Texto del art. 303 del PCP de 1992 era el siguiente: “Los que, como administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad mercantil, maliciosa y reiteradamente, negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social reconocidos por las leyes, serán castigados con pena de multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de dos a cinco años”.

⁸⁹⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Estudios de Derecho Penal Económico*. Civitas. Ed. 2009. Pág. 120.

⁸⁹⁹ FERNÁNDEZ-TERUELO, J. G. *Instituciones de Derecho Penal y de la Empresa*. Ed. Lex Nova. 2013. Pág. 73.

En la Doctrina se rechaza el argumento favorable de que la pena de multa es ideal para aquellos sujetos no necesitados de resocialización, de manera que quienes entienden que el delincuente económico es un sujeto socializado y por tanto no necesitado de reinserción carcelaria ven en la multa la pena ideal como sustitutiva en abstracto de una pena de prisión que para ellos no tendría sentido⁹⁰⁰. Es obvio que la multa tiene menor capacidad de intimidación y puede resultar ineficaz desde el punto de vista preventivo. Otros autores afirman que la multa plantea problemas en relación a las situaciones de desigualdad que puede generar para los condenados que disponen de medios económicos⁹⁰¹, y que a partir de determinado nivel de patrimonio las multas, aun siendo elevadas, pueden carecer de contenido real aflictivo en la medida en que no suelen ser capaces de reducir el nivel de vida del condenado, de manera que la limitación de 400 €/día hace que las multas puedan quedarse cortas en los casos de los grandes delitos económicos, protagonizados por sujetos con unos ingresos también millonarios, lo que no afectaría a su calidad de vida, por lo que el objetivo de la pena quedaría frustrado⁹⁰².

En esta cuestión incide el problema de la organización de los grandes patrimonios personales en sociedades mercantiles -nacionales o extranjeras- con el efecto de que los principales activos de la persona física, aunque están bajo su plena disponibilidad, no están formalmente bajo su titularidad, de manera que no influirán ni en la concreción del importe del día-multa, ni podrán ser objeto de traba judicial. Lo que lleva a pensar en otros castigos de más entidad que la multa, como la inhabilitación especial o la suspensión de empleo.

A favor de la pena de multa están las posibilidades que ofrece nuestro Derecho respecto de la individualización de su importe, lo que favorece el

⁹⁰⁰ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. *Instituciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Lex Nova. 1ª Ed. 2.013. Pág. 155.

⁹⁰¹ MUÑOZ CONDE F., GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch. 10ª Edición. Valencia 2019. Pág. 501.

⁹⁰² FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. *Instituciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Lex Nova 1ª Ed. 2.013. Pág. 157.

principio de igualdad. Es una graduación que se asienta sobre dos baremos: a) la duración temporal o extensión, que se establece en días, meses o años, y b) la cuota a pagar se fijará dentro de los márgenes establecidos en el CP, entre los dos y los cuatrocientos €uros. Este sistema procura una mejor adecuación al principio de igualdad ante la ley⁹⁰³.

En contraste con la entidad de esta pena de multa, el Legislador prevé sanciones pecuniarias en el ámbito de la defensa de la concurrencia en los mercados, que pueden llegar al 10% del volumen de facturación o a multas de hasta diez millones de €uros, y se puede imponer una multa de hasta 60.000 €uros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión⁹⁰⁴.

11.1.1. Sobre la Motivación del importe del día multa.

La relevancia jurídica del proceso de motivación en la fase final de individualización de la pena ha sido insistentemente destacada por la Jurisprudencia, considerando que así se fija un mecanismo explícito de control y fiscalización de la justicia de la decisión, proscribiendo, ante todo, la arbitrariedad en la determinación de los límites de la pena a imponer⁹⁰⁵. Solo cuando el órgano judicial sentenciador omita todo razonamiento sobre la proporcionalidad de la pena adecuada o acuda a argumentos o razones absurdas o arbitrarias, podría ser corregido el arbitrio ejercido. La Jurisprudencia considera que no es arbitraria una cuota diaria de doce euros justificada en la renuencia y persistencia en el mantenimiento de una situación delictual en perjuicio de los socios, en situaciones en que el penado es administrador de varias

⁹⁰³ MUÑOZ CONDE F., GARCÍA ARÁN, MERCEDES. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch. 10ª Edición. Valencia 2.019. Pág. 502.

⁹⁰⁴ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007. Art. 63.

⁹⁰⁵ STS (Penal) 18 de junio de 2009. Nº 700/2009, Rec. 11525/2008. EDJ 2009/150954.

sociedades, teniendo en cuenta los recursos que se derivan de la actividad económica a la que se dedica, y considerando que no ha propuesto ni practicado prueba alternativa encaminada a cuestionar el importe, limitando el esfuerzo argumental a considerar excesivo el valor de la multa, solicitando que le sea impuesta la mínima⁹⁰⁶. En otro supuesto, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre el importe de diez €uros/día decidiendo que es correcto porque está próximo al mínimo legal, y porque de los datos que obran en las actuaciones se infiere una capacidad económica que justifica la cuota diaria impuesta⁹⁰⁷. La Jurisprudencia mantiene que aun no argumentándose la procedencia de una cuota de diez euros en relación a la situación económica, procede su imposición en estos términos por estar dentro del mínimo legal, ante la frecuente penuria o insuficiencia de datos sobre la capacidad económica del acusado, y aplicando una interpretación flexible del art. 50.5 CP⁹⁰⁸.

En la práctica lo normal es que en los Tribunales la cuantía del día multa no exceda de diez €uros, pues no existe en la Instrucción penal un trámite de indagación de solvencia que permita mejorar la concreción de la cuantía de la multa que ha de constar en los escritos de acusación. Sin este paso procesal que justifique la procedencia de los importes, la cuantía será necesariamente baja. La postura jurisprudencial se ha ido decantando hacia el criterio de imponer una cuota de día-multa en la zona baja, cercana al mínimo legal, para lo que no se requiere un expreso fundamento. Cuando la Defensa ha pretendido reducir aún más el importe –así ya reducido- del día-multa, la respuesta de la Jurisprudencia es que la fijación no requiere mayor justificación para ser consideradas conformes a Derecho, puesto que "una cifra menor habría que considerarla

⁹⁰⁶ STS (Penal) de 28 junio 2016. Tribunal Supremo, nº 565/2016, Rec. 348/2016 EDJ 2016/98914.

⁹⁰⁷ STS (Penal) de 28 junio 2016 nº 565/2016, Rec. 348/2016. EDJ 2016/98914.

⁹⁰⁸ STS (Penal), sec. 1ª, 08 de mayo de 2019, nº 230/2019, rec. 2909/2017 EDJ 2019/ 573537, refiriendo las STS (Penal) 17/2014, de 28 de enero (EDJ 2014/4879) , SSTS (Penal) 111/2006 de 15 de noviembre, 1257/2009 de 2 de diciembre (EDJ 2009/299977) y 483/2012 de 7 de junio (EDJ 2012/125263).

insuficientemente reparadora y disuasoria, por lo que la sanción penal no cumpliría adecuadamente su función de prevención general positiva"⁹⁰⁹.

La Jurisprudencia afirma que la motivación del importe que refleja el art. 50.5 CP no significa que los Tribunales deban efectuar una inquisición exhaustiva de todos los factores directos o indirectos que puedan afectar a las disponibilidades económicas del acusado, lo que resulta imposible y es, además desproporcionado, sino únicamente se deben tomar en consideración aquellos datos esenciales que permiten efectuar una razonable ponderación de la cuantía proporcionada de la multa que haya de imponerse⁹¹⁰. Por tanto, el Tribunal Supremo atempera la exigencia de motivación cuando se impone una cuota cercana al mínimo legal, siempre que no conste que el acusado esté en situación de extrema indigencia. Una cuota baja, así determinada no podrá calificarse de excesiva o arbitraria. Así ya desde el comienzo de la interpretación del art. 50.5 CP, el Tribunal Supremo estableció que la insuficiencia de datos no lleva automáticamente a la imposición de la pena de multa con una cuota diaria cifrada en su umbral mínimo absoluto (dos euros/día, art. 50.4 CP), pues sería vaciar de contenido el sistema de penas establecido en el Código Penal convirtiendo la pena de multa en algo nuclearmente simbólico, en el que el contenido efectivo de las penas impuestas por hechos tipificados en el CP acabe resultando inferior a las sanciones impuestas por infracciones administrativas similares, que tienen menor entidad que las penales⁹¹¹. Y afirma que el reducido nivel mínimo de la pena de multa en el Código Penal quedará reservado para casos extremos de indigencia o miseria, por lo que en casos ordinarios en que no concurren los dichas circunstancias extremas, resulta adecuada la imposición de una cuota prudencial situada en el tramo inferior, como sucede en el caso actual con la cuota diaria de diez euros⁹¹², que es una cuota que se encuentra mucho más cercana al mínimo posible de dos euros diarios que al máximo de cuatrocientos euros, por

⁹⁰⁹ SSTS (Penal) de 20 de noviembre de 2000 y 15 de octubre de 2001.

⁹¹⁰ STS (Penal) de 12 de febrero de 2001. nº 175/2001.

⁹¹¹ STS (Penal) de 7 de julio de 1999.

⁹¹² SsTS (Penal) núm. 41/2011 de 10 de febrero, rec. núm. 1948/2010 y núm. 320/2012 de 3 de mayo de 2012, rec. 1389/2011.

lo que en realidad no precisaría de una motivación especial. La cuantía de diez Euros/día, parte de que no existen elementos de hecho que permitan suponer que el recurrente se encuentra en una situación de indigencia o similar que pudiera justificar la imposición del mínimo absoluto previsto en la ley.

La ausencia en el enjuiciamiento criminal de una posibilidad procesal de investigar la capacidad económica de la persona contra la que se dirige el procedimiento aboca a que la fijación de una cuantía baja de la multa, incluso inferior a la equivalente impuesta por la Administración en el ejercicio de su función sancionadora. Bastaría insertar un trámite al concluir la Instrucción similar al que ya se realiza en la ejecución civil⁹¹³ como es la consulta vía telemática de averiguación patrimonial, en cuyos resultados constará la solvencia “oficial” del investigado o del acusado mediante sus declaraciones fiscales, sus cotizaciones laborales, la titularidad de sus bienes inmuebles a raíz de la información catastral, y la de sus vehículos conforme los datos de la Dirección General de Tráfico. El artículo 591 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar su colaboración en las actuaciones de ejecución, un trámite similar convendría al enjuiciamiento criminal que facilitara al Juez penal y a las acusaciones personadas el conocimiento de las circunstancias económicas del investigado, lo que conduciría a la petición de cuantías más justas y proporcionadas a la real situación económica del futuro acusado.

No hay particularidad respecto de la concreción temporal de la multa que será determinada por el órgano judicial teniendo en cuenta las normas contenidas en el Capítulo II del Título III del Libro I del Código Penal, relativas a las reglas generales de aplicación de las penas en función del grado de ejecución, forma de participación y concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

⁹¹³ Arts. 589 y ss. de la LECi.

11.2. El Incumplimiento del pago de la multa. Art. 53.1 CP.

En caso de falta de pago de los importes de la multa la consecuencia legal es la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, conforme prevé el artículo 53.1 CP, de manera que el impago de la multa puede provocar una situación de arresto sustitutorio aplicable al condenado a pena de multa que no satisface su pago. El Código lo regula utilizando la expresión “responsabilidad personal subsidiaria” que se concreta en un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas (art. 53.1 CP)⁹¹⁴.

El Tribunal Constitucional ha despejado las dudas de constitucionalidad planteadas respecto de establecer una responsabilidad personal como subsidiaria de la pena de multa inejecutable, afirmando que no entraña conculcación del derecho fundamental de libertad personal, ni menosprecio de tal derecho. Compara esta respuesta con los supuestos en los que la misma ley penal establece alternativamente, para un mismo ilícito, penas patrimoniales o de privación de libertad y afirma que *la norma no pretende establecer equivalencias abstractas entre los bienes objeto de la condena, sino atender a exigencias de política criminal, inobjetable en sí mismas, consistentes ya en la más correcta individualización judicial de la pena, ya en la predisposición de una sanción sustitutiva de la que, impuesta con carácter principal, resultó de ejecución imposible*⁹¹⁵.

El art. 35 del CP prevé la pena subsidiaria de privación de libertad, pero conforme al art. 80.1 CP su ejecución puede ser suspendida. Hemos visto cómo la pena del art. 293 CP tiene el máximo de doce meses multa, que tornaría -en caso de impago- en seis meses de privación de libertad, una condena inferior a dos

⁹¹⁴ MUÑOZ CONDE F., GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch. 10ª Edición. Valencia 2019. Pág. 504.

⁹¹⁵ STC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 5). EDJ 1988/335.

años, por lo que es posible su suspensión. En definitiva, tras una instrucción penal, tras la fase de plenario, con la posterior tramitación de un posible recurso de apelación y toda una ejecutoria penal completa, podríamos encontrarnos con una ausencia de castigo, con una “nada punitiva”.

Si se quiere castigar de manera efectiva las conductas de privación de los derechos de los socios previstas en el art. 293 CP la consecuencia final ha de ser un castigo que realmente prive de derechos al condenado. Hay que evitar que una tramitación procesal penal de años suponga –en caso de condena- una pena de privación de libertad corta que tenga muchas posibilidades de no ser cumplida, o de ser suspendida.

Concluyendo, es difícil ver en la pena del art. 293 CP una capacidad de intimidación que sea útil para la función de prevención general negativa, entendida como pretensión orientada a evitar que cualquier sujeto pueda llevar a cabo la conducta penalmente sancionada, o que sirva a la prevención general positiva que intenta motivar a los ciudadanos para que aprendan a respetar las normas penales⁹¹⁶.

11.3 Penalidad atenuada para el inductor o cooperador necesario- Tanto el inductor como el cooperador necesario, son partícipes considerados como autores, conforme a los apartados a) y b) del artículo 28 CP. Lo hemos desarrollado en el Capítulo 9.3.1 y 9.3.2. sobre la Autoría y la Participación.

⁹¹⁶ FERNÁNDEZ-TERUELO, J. G. *Instituciones de Derecho Penal y de la Empresa*. Ed. Lex Nova. 2013. Pág 73.

El párrafo tercero del art. 65 CP tiene la finalidad de establecer una penalidad atenuada para el inductor o cooperador necesario en el que no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, con la finalidad de resolver el problema de la situación del *extraneus* partícipe de un delito especial propio con una facultativa atenuación de la pena.

Estamos ante la participación de un cooperador necesario (*extraneus*, no administrador) en el delito cometido por el *intraneus* (administrador), en el que habrá de responder *el extraneus* por su participación delictiva conforme al principio de accesoriedad en relación con el delito realmente ejecutado, sin perjuicio de que se modere la penalidad atendiendo a la ausencia de la condición especial de administrador. Con este artículo 65.3 CP se resuelve el supuesto del *extraneus* que coadyuva eficazmente en la realización de la actividad en el delito de propia mano, anudándole una respuesta penal atenuada, como es la pena inferior en grado⁹¹⁷. Se trata de una regla potestativa de rebaja de penológica del artículo 65.3 del Código Penal, considerando el Tribunal Supremo que respecto del *extraneus* solo se justifica una punición equivalente a la del autor, cuando la intervención del partícipe venga acompañada de elementos o circunstancias que permitan establecer una semejanza mediante un juicio entre la antijuridicidad de ambas conductas⁹¹⁸.

11.4. Conclusión.

Si la privación de un derecho como respuesta a una conducta ilícita es la peculiaridad del ordenamiento penal, el artículo 293 CP ha de mejorar la consecuencia punitiva de su infracción para procurar el efecto disuasorio que se

⁹¹⁷ STS (Penal) de 19 de abril de 2.012, nº 286/2012, Rec. 731/2011.

⁹¹⁸ STS (Penal) de 29 de octubre de 2018, nº 512/2018, Rec. 1837/2017. EDJ 2018/649872. STS (Penal) 765/13, de 22 de octubre. EDJ 2013/201205.

espera de un castigo penal. Bastaría que se aumentara la multa y se estableciera una inhabilitación especial, como preveía el Proyecto de Código Penal de 1.992. Y que la publicidad de una sentencia condenatoria llegue al Registro Mercantil.

A un castigo reducido como es la multa se une el que en la mayor parte de los casos su importe es mínimo, como consecuencia de una falta de acreditación de la situación económica del reo, (patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares) así como de las demás circunstancias personales del mismo, como obliga el art. 50.5 CP. Es preciso que en la causa penal exista un trámite procesal que permita el análisis de las circunstancias que conducen a la determinación del importe. El art. 50.4 CP prevé que la cuantía del día multa ha de moverse en un marco de dos a cuatrocientos euros/día, pero lo normal es que el importe no exceda de diez euros/día, casi siempre huérfana de una indagación sobre las circunstancias económicas del investigado.

Es necesario que en el enjuiciamiento penal exista la posibilidad de acceso al actual Punto Neutro Judicial como red de servicios que le ofrece accesos directos a aplicaciones y bases de datos del Consejo General del Poder Judicial, así como de otros organismos de la Administración General del Estado y de otras instituciones, incluso con Colegios Profesionales, Entidades Financieras, Registros etc...). El uso de esta información facilitaría una correcta motivación del importe del día multa –conforme imponen los arts. 50.5 y 52.2 CP- e impediría que la cuantía de una sanción penal quedara fijada en cifras inferiores –o muy inferiores- a las multas administrativas, como hemos hecho mención respecto de los sesenta mil euros de multa con los que se puede sancionar a los administradores que vulneran la Ley de Defensa de la Competencia.

12.- Circunstancias modificativas de la responsabilidad.

Introducción.

Hacemos mención a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que pueden operar en nuestro Derecho Penal societario, comenzando por las atenuantes de confesión, dilaciones indebidas y la atenuante analógica y continuando con las agravantes de abuso de superioridad, precio, recompensa o promesa, abuso de confianza y reincidencia; y concluyendo con la circunstancia mixta de parentesco.

12.1. Atenuantes.

12.1.1 Confesión.

El artículo 21.4 del Código Penal prevé como causa de atenuación *el haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades*. El Tribunal Supremo afirma que su justificación está en la utilidad que efectivamente reporta a la Justicia, ahorrando esfuerzos de investigación y facilitando la instrucción y enjuiciamiento y no en razones subjetivas de premio a una conducta moral de arrepentimiento del sujeto⁹¹⁹, y exige que se trate de una verdadera confesión y que sea veraz en lo sustancial, lo que ha dado lugar a su no apreciación cuando recae sobre aspectos intrascendentes, y cuando se trate de confesiones parciales o inexactas y que hayan sido realizadas de modo interesado por el acusado buscando un mejor tratamiento penal⁹²⁰.

El Código penal exige el requisito cronológico de que se produzca antes del inicio del procedimiento judicial, entendiendo por tal no solo las diligencias propiamente dichas del Juzgado, sino también las que a la Policía correspondan,

⁹¹⁹ STS (Penal) 1177/2003, de 12 de septiembre.

⁹²⁰ STS (Penal) 251/2004, de 26 de febrero (EDJ 2004/12768).

concretamente el atestado, cuya iniciación supone ya la apertura de dicho procedimiento judicial"⁹²¹.

En la Jurisprudencia prima la finalidad utilitarista de la atenuante, y así, ha declarado su improcedencia *ante la evidencia ya descubierta o que está a punto de descubrirse*⁹²², de manera que para reconocer valor atenuatorio a la confesión o al reconocimiento de los hechos se exige que venga acompañado de una aportación relevante que contribuya de modo decisivo a la restauración del orden jurídico alterado por el delito, entendiéndose por tal aquella que permita un esclarecimiento de lo sucedido mediante la comunicación a la autoridad de aspectos de importancia aún no conocidos y que no resultaran de descubrimiento inevitable y que, además, se ajuste a la realidad de los hechos según resulte de la valoración de la prueba realizada por el Tribunal⁹²³.

El Tribunal Supremo también la aplica como atenuante analógica en el supuesto de realización de actos de colaboración con la Justicia cuando ya se había iniciado la investigación de los hechos, partiendo de que es aplicable en todos aquellos supuestos en los que no concurra el elemento cronológico exigido en la expresa previsión atenuatoria, pero que aparezca una actuación colaboradora del investigado que sea reflejo de la asunción de su responsabilidad y que facilite la depuración del reproche que legalmente merecen los hechos en los que participó; exigiéndose por ello, así como por razones pragmáticas de política criminal, que el comportamiento del encausado en el seno de la investigación -si bien de manera tardía- favorezca de forma eficaz el esclarecimiento de los hechos y de los responsables, denegándose cuando los datos aportados ya sean conocidos o evidentes para la investigación. Así, cuando la confesión se produce una vez que la investigación ya ha principiado, “es

⁹²¹ STS (Penal) 366/1997, de 21 de marzo.

⁹²² STS (Penal) 251/2004, de 26 de febrero (EDJ 2004/12768).

⁹²³ STS (Penal) de 26 de noviembre de 2019, nº 578/2019, rec. 1894/2018, mencionando la STS (Penal) nº 505/2016 de 9 de junio. Rec. nº 10497/2015. EDJ 2019/ 744681.

necesario que suponga un acto de colaboración de gran relevancia”, como cuando el acusado identificó y facilitó el acceso al lugar en que se ocultaba la mercancía de ilícito comercio lo que, además de ser una confesión expresa de su responsabilidad, fue una aportación decisiva, no ya para el esclarecimiento del delito, sino para la posterior condena, en tanto que la sentencia de instancia tuvo como soporte fundamental estas dos pruebas⁹²⁴.

Es una circunstancia que puede operar en el Derecho Penal societario.

12.1.2. Dilaciones indebidas.

La prolongación del proceso penal, ya en instrucción, ya en la fase intermedia, es frecuente en las condenas por delitos económicos. A la hora de interpretar la atenuante de dilaciones indebidas⁹²⁵, el Tribunal Supremo ha destacado que son dos los aspectos que han de exigirse en la causa penal, de un lado, la existencia de un *plazo razonable* que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial y *que no existan dilaciones indebidas*, una suerte de prohibición de retrasos en la tramitación que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa, y que está fundamentado en el artículo 24.2. de la Constitución⁹²⁶.

Para ponderar la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas en la modalidad de “muy cualificada”, la Jurisprudencia establece que ha de partirse

⁹²⁴ STS (Penal) de 26 noviembre de 2019, EDJ 2019/744681, basándose en las STS (Penal) de 10 de marzo de 2.004, STS (Penal) 695/2016 de 28 de juicio y STS 1044/2002, de 7 de junio.

⁹²⁵ Art. 21. 6ª CP. “Son circunstancias atenuantes: 6ª La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa”.

⁹²⁶ STS (Penal) de 29 octubre de 2018. EDJ 2018/649872. SSTS (Penal) 81/10, de 15 de febrero o 416/13, de 26 de abril.

de la premisa de que no es suficiente con que las circunstancias particulares del caso permitan hablar de una dilación del proceso extraordinaria, sino que ha de tratarse de una dilación especialmente *extraordinaria o superextraordinaria*, a tenor de la redacción que le ha dado el legislador en el actual art. 21.6^a del C. Penal. Pues si para apreciar la atenuante genérica o simple se requiere una dilación indebida y extraordinaria en su extensión temporal (analizando la complejidad de la causa, personaciones, periciales y necesidad de resolver recursos), para la muy cualificada siempre se requerirá un tiempo superior al extraordinario, esto es, supuestos excepcionales de dilaciones verdaderamente clamorosas y que se sitúan muy fuera de lo corriente o de lo más frecuente. A pesar de causas que se hayan prolongado durante más de nueve años al mero transcurso del tiempo, que supone la base de la dilación, debe añadirse una inactividad judicial, que ha de alegarse y acreditarse para su apreciación⁹²⁷.

Respecto de la ralentización de las causas judiciales, el Tribunal Supremo da eficacia atenuatoria a la "parsimonia un tanto exagerada, que puede calificarse de no usual o extraordinaria"⁹²⁸; en cambio, la rechaza, aunque la duración del procedimiento haya sido extensa, si no se indican los periodos de paralización en la instrucción o durante la tramitación de la fase intermedia, exigiendo que se acredite que la duración total del proceso se muestre desacompañada con el contenido de una instrucción que haya resultado compleja por su contenido, o por el volumen de las indagaciones realizadas, o el de los varios recursos interpuestos por las partes. Finalmente, la consideración será como atenuante "simple" cuando el proceso esté lejos de la extraordinaria anomalía que exige su consideración como "muy cualificada"⁹²⁹.

⁹²⁷ Tribunal Supremo Sec. 1^a, Auto de 13 de septiembre de 2018, n^o 1293/2018, rec. 973/2018, mencionando las SSTS 739/2011, de 14 de julio (EDJ 2011/155242); 484/2012, de 12 de junio (EDJ 2012/135355); 554/2014, de 16 de junio (EDJ 2014/120862).

⁹²⁸ STS 12 de mayo de 2015, n^o 269/2015, rec. 2055/2014.

⁹²⁹ STS Sala 2^a de 29 octubre de 2018. EDJ 2018/649872.

12.1.3. Atenuante analógica.

Es otra circunstancia aplicable a los delitos socioeconómicos. La Jurisprudencia afirma que el Código Penal en su artículo 21.7^a reconoce la posibilidad de apreciar circunstancias atenuantes por analogía cuando el hecho a tomar en consideración guarde semejanza con la estructura y características de cualquiera de las circunstancias atenuantes reconocidas en el artículo 21 del Código Penal⁹³⁰, si bien también ha precisado el Tribunal Supremo, de un lado, que la atenuante de análoga significación no puede ser aplicada cuando falten los requisitos básicos de la atenuante-tipo, porque en tal caso se establecería un criterio contrario al mandato legal, y, de otro, que tampoco puede exigirse una similitud y una correspondencia absoluta entre la atenuante analógica y la que sirve de tipo, pues ello equivaldría a hacer inoperante el humanitario y plausible propósito que con la misma se pretende⁹³¹.

12.1.3.1. La cuasiprescripción.

Es una circunstancia de creación jurisprudencial por la vía de la atenuación analógica (art. 21, 7^a CP) que rebaja la punibilidad del hecho, en situaciones en las que no se completó el periodo legal de prescripción del delito. Tiene en cuenta que el tiempo transcurrido desde su comisión sin investigación atenúa la culpabilidad, que es el presupuesto y la medida de la punibilidad, por lo que la disminución de aquélla debe tener incidencia en la determinación de ésta,

⁹³⁰ Art. 21 7^a CP Son circunstancias atenuantes: 7.^a Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores.

⁹³¹ STS (Penal) de 26 noviembre de 2019. EDJ 2019/744681. STS nº 1247/2009, de 11 de diciembre (EDJ 2009/299983), mencionando las SSTs de 28 de enero de 1.980, de 11 de mayo de 1.992, de 5 de enero de 1.999, de 27 de enero de 2.003, y de 2 de abril de 2.004.

porque ha estado muy próximo el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos hasta su investigación prevista por la Ley para la prescripción⁹³².

Se ha apreciado en un supuesto en el que se habían iniciado las actuaciones penales nueve años después de los hechos, cuando el plazo de prescripción del delito estaba a punto de concluir⁹³³. En otro supuesto se justificó su aplicación porque cuando fueron denunciados los hechos, había transcurrido el 80% del plazo para la prescripción⁹³⁴, o incluso porque la tardanza en denunciar “respondía a una dosificada estrategia de la parte denunciante que convertía el ejercicio de la acción penal, en un elemento más de una hipotética negociación extrajudicial para la reparación del daño sufrido” y rechazando así que el transcurso desmesurado del tiempo, provocado de forma voluntaria por el perjudicado tenga eficacia por la vía de la atenuación analógica⁹³⁵.

Concluyendo, la denominada atenuante de "cuasi prescripción" ha sido apreciada por el Tribunal Supremo para contrarrestar dilaciones que puede provocar la parte perjudicada sobre todo en aquellos delitos en los que la denuncia actúa como presupuesto de perseguibilidad, convirtiendo la incoación del proceso en una soberana decisión solo al alcance del perjudicado⁹³⁶, tal y como sucede en el art. 293 CP.

12.2. En el ámbito de las **circunstancias agravantes** descritas en el art. 22 CP, vemos posibilidad de aplicación de algunas en concreto al ámbito del artículo 293 CP.

⁹³² STS (Penal) sec. 1ª, de 17 de mayo de 2016, nº 416/2016, rec. 2236/2015 de 17 mayo de 2016. EDJ 2016/61360.

⁹³³ STS 77/2006 de 1 de febrero de 2.006. (EDJ 2006/8463).

⁹³⁴ STS 116/2011, de 1 de febrero de 2.011 (EDJ 2011/13895).

⁹³⁵ STS 883/2009, de 10 de septiembre de 2009 (EDJ 2009/225086).

⁹³⁶ STS de 17 de mayo de 2016, Sec. 1ª, nº 416/2016, rec. 2236/2015. EDJ 2016/61360.

12.2.1. La ejecución del hecho con abuso de superioridad.

Es la agravante genérica prevista en el nº 2 del art. 22 del CP. La Jurisprudencia considera su concurrencia en supuestos de situación de preeminencia, de desequilibrio de fuerzas del autor frente al sujeto pasivo. Esta situación objetiva requiere un elemento de naturaleza subjetiva consistente en que haya abuso de esa superioridad, en tanto que el elemento subjetivo de esta agravante reside simplemente en el conocimiento de la superioridad y en su consciente aprovechamiento o, dicho de otra forma, en la representación de la desigualdad de fuerzas o medios comisivos y en la voluntad de actuar al amparo o bajo la cobertura de dicha desigualdad⁹³⁷.

Por último, es necesario que esa superioridad de la que se abusa no sea inherente al delito, bien por constituir uno de sus elementos típicos, bien porque el delito necesariamente tuviera que realizarse así⁹³⁸. Así sucede en el ámbito de los delitos societarios en el art. 291 CP, (la imposición de acuerdos abusivos) en el que se prevé el abuso de superioridad como agravante específica, exigiendo el tipo el prevalimiento *de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración*⁹³⁹.

⁹³⁷ STS de 18 de octubre de 2018, nº 487/2018, Rec. 10009/2018. EDJ 2018/60705.

⁹³⁸ STS 856/2014 de 26 de diciembre (EDJ 2014/230612), STS 421/2015 de 21 de mayo (EDJ 2015/116881).

⁹³⁹ Art. 291 CP. “Los que, prevaliéndose de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieren acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triple del beneficio obtenido.”

12.2.2. Ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa. Art. 22, 3ª CP.

La Jurisprudencia ha señalado que para poder apreciar la agravante de precio o recompensa "... es preciso que sea claramente el motor de la acción criminal, y requiere las siguientes circunstancias para su existencia: a) en cuanto a la actividad, el recibo o promesa de una merced de tipo económico para la ejecución del hecho delictivo; b) en cuanto a la culpabilidad, que el precio influya como causa motriz del delito, mediante el «*pactum sceleris*» remuneratorio, afectándole tanto al que entrega como al que recibe el precio ; y c) en cuanto a la antijuridicidad, que la merced tenga la suficiente intensidad para ser repudiada por el ente social, en virtud de la inmoralidad y falta de escrúpulo que revela"⁹⁴⁰.

El debate sobre esta agravante se centra en si es posible su concurrencia en los delitos societarios, cuando concurre la inducción mediante precio, pues la Jurisprudencia no ha mantenido un criterio uniforme en cuanto a su naturaleza, y así, mientras en algunas sentencias han afirmado la naturaleza bilateral de la agravación en supuestos de inducción mediante precio⁹⁴¹, en otras se ha erradicado la apreciación de la agravante de «precio , recompensa o promesa » respecto del inductor por respeto al principio «*non bis in idem*», pues cuando *la inducción o instigación aparece fundada únicamente en el ofrecimiento del precio , resulta evidente que tal merced no puede ser valorada dos veces: una como productora de la instigación y otra como circunstancia de agravación de la misma, sin vulnerar el elemental principio penal del "non bis in idem" que impide penar dos veces la conducta*⁹⁴². La cuestión, de todos modos, no se ha

⁹⁴⁰ STS Sala 2ª de 2 de abril de 2014, nº 278/2014, rec. 10917/2013. EDJ 71696, basándose en la STS 791/1998, de 13 de noviembre.

⁹⁴¹ STS 13 de noviembre de 1998 EDJ 1998/26949 y las que cita: SSTS 7 de julio de 1983 EDJ 1983/4073, 25 de abril de 1985 EDJ 1985/2387 , 21 de octubre de 1991 y 14 de septiembre de 1992 EDJ 1992/8766.

⁹⁴² SSTS 25 de enero de 1993, 10 de marzo de 1986, 5 de noviembre de 1985, 25 de julio de 1976, 17 de noviembre de 1973.

decidido de forma definitiva en la Jurisprudencia, y no faltan sentencias en donde se compagina la actuación del inductor con la agravante de precio⁹⁴³.

12.2.3. Obrar con abuso de confianza. Art. 22, 6ª CP.

Es una circunstancia que puede concurrir en los delitos societarios y que se fundamenta en el quebranto de la lealtad entre personas vinculadas por una relación de confianza que es aprovechada por el autor para la realización del delito⁹⁴⁴. La lealtad es un deber específico del administrador y así la Ley de Sociedades de Capital (art. 227.1) establece el deber de los administradores de *desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad.*

12.2.4. Reincidencia. Art. 22, 8ª CP.

El Código penal no solo exige para su aplicación que "*al delinquir, el culpable, haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título*", sino que, además, requiere que éste sea de la misma naturaleza que el delito al que se le aplique la circunstancia. Por ello, en base al principio de legalidad, y por tratarse de una circunstancia agravante, no cabrá extenderla a delitos que hemos considerado económicos pero que están sistemáticamente ubicados fuera del Título XIII. En sentido contrario, y por la misma razón, no podrá aplicarse a aquellos supuestos en los que, habiéndose cometido delitos ubicados en el mismo Título, y aun hallándose en alguna de esas dos partes netamente diferenciadas por el Capítulo X, no compartan la misma naturaleza. Por último, habrá supuestos en los que podrá aplicarse la agravante a pesar de

⁹⁴³ STS 12 de marzo de 2012, nº 268/2012, Rec. 10787/2011. EDJ 2012/66923.

⁹⁴⁴ STS Sala 2ª, S 18 de enero de 2017, nº 3/2017, rec. 10545/2016. EDJ 2017/2127. (STS 1788/2002, de 28 de octubre EDJ 2002/44564.

que los delitos se encuentren en alguna de esas dos partes diferenciadas del Título, siempre y cuando compartan naturaleza, y ello, porque el Capítulo X, por más relevancia que tenga a efectos de la causa personal de exención de pena, no asigna naturaleza *per se*⁹⁴⁵.

12.3 La circunstancia mixta de parentesco.

El art. 23 CP contempla el parentesco como circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad en atención a la naturaleza, motivos o efectos del delito penal⁹⁴⁶. La Jurisprudencia considera el parentesco como atenuante en los delitos contra el patrimonio -entre los que están los societarios- y como agravante en los delitos contra la integridad física y contra la libertad sexual, pero ha entendido que en cada caso hay que valorar si la circunstancia de parentesco determina un mayor o menor reproche social o si es irrelevante⁹⁴⁷.

Es una de las manifestaciones de la influencia de los vínculos familiares en el Derecho Penal, otras como la prohibición de accionar penalmente entre parientes prevista en el art. 103 LECri y la excusa absolutoria del art. 268 CP, las veremos en el Capítulo 14.

⁹⁴⁵ PERIS RIERA, J. M. "Derecho penal económico y Código Penal español de 1995: delitos patrimoniales y delitos contra el orden socioeconómico (una aproximación sistemática)" en *Cuadernos Digitales de Formación* 14 - 2008 18. Págs. 17 y 18.

⁹⁴⁶ Código Penal. 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.

⁹⁴⁷ STS (Penal) 15 de septiembre de 1.986 EDJ 1986/5492; STS (Penal) 8 de febrero de 1.990, EDJ 1990/1235; STS (Penal) 13 de octubre de 1.993 EDJ 1993/9017 y 15 de junio de 1.994, EDJ 1994/5364.

La concurrencia del parentesco en determinados hechos puede agravar la pena, normalmente en los delitos contra la integridad física, y atenuarla en los delitos patrimoniales. El artículo 23 CP manifiesta que es una circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, la de ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o la de ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente. El vínculo familiar puede llegar a excluir la pena, como veremos en la excusa absolutoria del art. 268 CP⁹⁴⁸.

12.4. Conclusión.

El Derecho Penal económico no tiene un listado ni un tratamiento específico de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. En este capítulo hemos mencionado las que hemos entendido de posible aplicación en este ámbito, mencionando su tenor literal en el Código Penal acompañada de una interpretación jurisprudencial actual.

Parecen de más fácil aplicación a los delitos socioeconómicos las circunstancias atenuantes de confesión (art. 21.4^a CP), dilaciones extraordinarias e indebidas (art. 21, 6^a CP), y otras de análoga significación (art. 21. 7^a CP), entre

⁹⁴⁸ Art. 268 CP. **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.

las que destacamos la de cuasiprescripción, y la mixta parentesco, que operará como atenuante (art. 23 CP).

Las agravantes que vemos de mejor acomodo en este ámbito penal societario son las de abuso de superioridad (art. 22.2^a CP), el precio, recompensa o promesa (art. 22, 3^a CP) el abuso de confianza (art. 22, 6^a CP) y la reincidencia (22, 8^a CP).

13.- Extinción de la responsabilidad penal. La Prescripción del delito.

Introducción.

Al art. 293 CP le son aplicables los conceptos y plazos generales de la prescripción del delito y de la pena. Al tratarse de un delito de mera actividad, considerado por el Tribunal Supremo como un delito permanente, la fijación del *dies a quo* para el inicio del cómputo del plazo de prescripción puede no llegar nunca, lo que debería evitarse pues estamos ante un delito menos grave, castigado solo con pena de multa, y existen supuestos en los que, tras un primer requerimiento, el socio no vuelve a insistir en la solicitud de información, con lo que difícilmente puede considerarse que se está incrementando su lesividad, sino que más bien parece que el transcurso del tiempo hace perder ofensividad a la conducta, como hemos desarrollado en el Capítulo 8.

La prescripción de la pena sigue también los conceptos y plazos generales.

13.1. Concepto.

El artículo 130.1 del Código Penal se refiere -entre otras- a la prescripción del delito y la de la pena como causas de extinción de la responsabilidad criminal⁹⁴⁹, una institución fundamentada en la acción del tiempo sobre los

⁹⁴⁹ Art.130. 1. CP. "La responsabilidad criminal se extingue: 6º) Por la prescripción del delito. 7º) Por la prescripción de la pena o de la medida de seguridad".

acontecimientos humanos, no solo por razones de seguridad jurídica, sino también en consideraciones de estricta Justicia material. En la Doctrina se afirma que se trata de impedir el ejercicio del poder punitivo una vez que han transcurrido determinados plazos a partir de la comisión del delito o del pronunciamiento de la condena sin haberse iniciado actuaciones penales o sin comenzar a cumplirse la sanción⁹⁵⁰.

La Jurisprudencia afirma que la prescripción penal es una institución de larga tradición histórica y generalmente aceptada, que supone una autolimitación o renuncia del Estado al *ius puniendi* por el transcurso del tiempo, fundamentada en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculcado así como su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal; a lo que añade que este instituto encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica⁹⁵¹.

La Doctrina afirma que la presencia de la prescripción en el ordenamiento jurídico solamente puede explicarse desde las razones que explican la creación y el mantenimiento a lo largo del tiempo del sistema de normas y sanciones penales del Estado, y centran su fundamento en la ausencia de necesidad de pena que lleva a rechazar los supuestos en los que ya no es necesario castigar por la pérdida de actualidad⁹⁵². Recordamos el desarrollo en este trabajo de la atenuante analógica de cuasiprescripción⁹⁵³, de creación jurisprudencial, aplicable –bajo determinadas condiciones- cuando no se han completado los plazos de prescripción.

⁹⁵⁰ MUÑOZ CONDE F., GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch. 10ª Edición. Valencia 2019. Pág. 384.

⁹⁵¹ STS (Penal) 14 de diciembre de 2018, nº 649/2018, Rec. 3022/2017. EDJ 2018/ 654406.

⁹⁵² RAGUÉS i VALLÈS, R. *La Prescripción penal: fundamento y aplicación*. Ed. Atelier. Ed. 2004. págs. 41, 67 y 68.

⁹⁵³ Capítulo 12. Sobre las Circunstancias modificativas de la responsabilidad. 12.2.3.1.

La Jurisprudencia afirma que la prescripción del delito tiene un doble fundamento material y procesal. Por un lado, se reconoce a la prescripción una naturaleza jurídica material, en tanto se afirma que el transcurso del tiempo excluye la necesidad de aplicación de la pena, tanto desde la perspectiva de la retribución como de la prevención general o especial; y desde la perspectiva procesal, se destacan las dificultades probatorias suscitadas en el enjuiciamiento de hechos muy distanciados en el tiempo respecto del momento del juicio⁹⁵⁴.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos manifiesta que la prescripción no supone una merma del derecho de acción de los acusadores⁹⁵⁵, ni afecta a derecho fundamental alguno⁹⁵⁶. Lo mismo dice nuestro Tribunal Constitucional que considera esta institución como de carácter sustantivo y material, y no procesal, afirmando que lo que prescribe no es la acción penal para perseguir el delito sino el delito mismo⁹⁵⁷.

Si bien hemos hablado del doble aspecto procesal y material de la institución de la prescripción, lo cierto es que la Jurisprudencia destaca que la prescripción presenta naturaleza sustantiva, de legalidad ordinaria y próxima al instituto de la caducidad, y que, por responder a principios de orden público y de interés general, puede ser proclamada de oficio en cualquier estado del proceso en que se manifieste con claridad la concurrencia de los requisitos que la definen y condicionan⁹⁵⁸.

⁹⁵⁴ STS (Penal) de 30 diciembre 2009. J2009/321754.

⁹⁵⁵ STEDH de 22 de octubre de 1996, caso Stubbings, § 46 y ss.

⁹⁵⁶ STC 195/2009, 28 de septiembre (EDJ 2009/216689) -con cita de las SSTC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 3 (EDJ 1990/9495), y 63/2005, de 14 de marzo, FJ 2 (EDJ 2005/29886).

⁹⁵⁷ STC nº 63/2005 de 14 de marzo.

⁹⁵⁸ SsTS (Penal) del Tribunal Supremo núms. 793/2011, de 8 de julio, y 1048/2013, de 19 de septiembre.

13.2. Plazos.

El plazo de prescripción del delito del art. 293 CP es de cinco años⁹⁵⁹, ampliado desde los tres años por la reforma del Código penal de marzo de 2.015. La Jurisprudencia establece que hemos de tener en cuenta la pena máxima señalada al delito "en abstracto" y no la pena "en concreto" que finalmente imponga el Tribunal sentenciador resultante de las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, por indudables razones de legalidad y seguridad⁹⁶⁰. Es una doctrina jurisprudencial reiterada⁹⁶¹.

Una vez conocido el plazo, el debate siguiente es el del comienzo del cómputo de este plazo, que es el día en el que se haya cometido la infracción, pero el art. 132.1 CP establece precisiones para casos especiales de consumación: el delito continuado empieza a prescribir cuando se comete la última infracción; el delito permanente, desde que cesa la situación ilícita y las infracciones que requieren habitualidad, desde que cesa la conducta⁹⁶². El art. 293 CP es un delito permanente⁹⁶³, que en la Doctrina se considera como aquél en el que el momento consumativo se mantiene en el tiempo hasta un instante posterior que suele denominarse de *terminación*, con el efecto de que el plazo de prescripción se

⁹⁵⁹ Los delitos prescriben. A los cinco años, los demás delitos, excepto los delitos leves y los delitos de injurias y calumnias, que prescriben al año. Última redacción por Art. único.72 de LO 1/2015 de 30 marzo de 2015.

⁹⁶⁰ STS (Penal) 6 de marzo de 2.019, nº 64/2019. Rec. 2568/2017. EDJ 2019/ 506309.

⁹⁶¹ SSTS (Penal) 316/2013, de 17 de abril (EDJ 2013/67866) ; 64/2014, de 11 de febrero (EDJ 2014/12342) ; 18/2018, de 17 de enero (EDJ 2018/1600) ; 171/2018, de 11 de abril (EDJ 2018/42036) ; y 209/2018, de 3 de mayo de 2.018 (EDJ 2018/57766)

⁹⁶² Artículo 132 1. Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta.

⁹⁶³ Visto en el Capítulo 9.1.

computará “desde que se eliminó la situación ilícita”, esto es, a partir del momento en que cesa la fase de consumación de la conducta típica⁹⁶⁴.

La Jurisprudencia cataloga este delito como infracción de mera inactividad, siendo de efecto permanente, lo que significa que su consumación se prolonga en el tiempo mientras el administrador, no cumpla con las obligaciones que le vienen impuestas por la legislación mercantil. 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 permanentes⁹⁶⁵. Así las cosas, el Tribunal Supremo, en un supuesto en el que la querellante denunció que el Administrador se negaba a facilitarle cualquier información relativa a la sociedad, consideró que el requerimiento de los accionistas persiste en el tiempo y que no se inicia el plazo de prescripción mientras no cese la negativa, por lo que revocó el auto de sobreseimiento que había estimado la concurrencia de la prescripción en este ámbito societario. En los hechos probados de esta Sentencia no solo contempla un requerimiento sino una insistencia posterior de los socios frente al administrador⁹⁶⁶.

Pero como hemos desarrollado en el Capítulo ocho de este trabajo, relativo a la Consumación, existe al menos una sentencia del Tribunal Supremo que no concibe este delito como permanente, sino de consumación instantánea, afirmando que la infracción se comete cuando se impide al socio el ejercicio de su derecho a la información, al no acceder el administrador a los requerimientos que

⁹⁶⁴ RAGUÉS i VALLÈS, R. *La Prescripción penal: fundamento y aplicación*. Ed. Atelier. Ed. 2004. pág. 121.

⁹⁶⁵ STS (Penal) 7 de junio 2017, nº 413/2017, rec. 2015/2016 EDJ 2017/ 99613. STS (Penal) 284/2015, de 12 de mayo (EDJ 2015/80738) STS (Penal) 1953/2002, de 26 de noviembre (EDJ 2002/54110).

⁹⁶⁶ STS (Penal) de 12 mayo de 2015. EDJ 2015/80738.

se le efectúan en demanda de esa información, y cuenta el plazo prescriptivo desde esa fecha⁹⁶⁷.

En la Doctrina se analiza la STS (Penal) de once de diciembre de 1.998⁹⁶⁸ respecto del art. 408 CP (funcionario que deja de perseguir delitos), que contiene el razonamiento de que reconocer carácter permanente a este delito “llevaría a la conclusión de que el plazo para su prescripción no podría empezar a correr sino cuando se hubiese extinguido la responsabilidad penal nacida del delito no perseguido, lo que la mayoría de las veces no ocurrirá sino cuando este delito prescriba a su vez, solución absurda porque equivaldría a declarar, en algunos casos, la práctica imprescriptibilidad de este delito de prevaricación, un delito considerado menos grave por el CP vigente”⁹⁶⁹.

Otro debate –general- que se plantea en este tema es el de la interrupción del plazo de prescripción, previsto por el Legislador en el art. 132.2 del CP⁹⁷⁰

⁹⁶⁷ STS (Penal) 07 de junio de 2011, nº 578/2011, rec. 2649/2010. EDJ 2011/131027.

⁹⁶⁸ STS (Penal) 11 de diciembre de 1.998. EDJ 1998/28034.

⁹⁶⁹ RAGUÉS i VALLÈS, R. "*La Prescripción penal: fundamento y aplicación*". Ed. Atelier. Ed. 2004. pág. 123.

⁹⁷⁰ Art. 132.2. CP. La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena de acuerdo con las reglas siguientes:

1ª Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito.

2ª No obstante lo anterior, la presentación de querrela o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses, a contar desde la misma fecha de presentación de la querrela o de formulación de la denuncia.

Si dentro de dicho plazo se dicta contra el querrellado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, alguna de las resoluciones judiciales mencionadas en la regla

(actual versión que procede de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal). La Jurisprudencia manifiesta que en una victoria de la seguridad jurídica, esta nueva regulación del Código Penal (art. 132.2.2ª CP), refunde los distintos criterios mantenidos al respecto por el Tribunal Supremo -fecha de presentación querrela- y el Tribunal Constitucional -resolución de imputación-, y establece una norma que impone que la interposición de una querrela o denuncia interrumpe el plazo de prescripción, como sostenía la doctrina del Tribunal Supremo, pero siempre y cuando en el plazo de seis meses desde la interposición de la misma se dicte una resolución judicial motivada en la que se atribuya a una persona en concreto su presunta participación en unos hechos que puedan ser constitutivos de delito o falta, como sostenía la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁹⁷¹.

Y así, dice el Código Penal que la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena (art. 132.2 CP). Y se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución

1ª, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querrela o denuncia.

Por el contrario, el cómputo del término de prescripción continuará desde la fecha de presentación de la querrela o denuncia si, dentro del plazo de seis meses, recae resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querrela o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querrelada o denunciada. La continuación del cómputo se producirá también si, dentro de dicho plazo, el juez de instrucción no adoptara ninguna de las resoluciones previstas en este artículo.

3. A los efectos de este artículo, la persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho.

⁹⁷¹ STS (Penal) de 6 de febrero 2019, nº 64/2019, Rec. 2568/2017. EDJ 2019/ 506309.

judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, conforme dispone el art. 132.2.1ª CP.

Sobre el momento procesal para alegar la prescripción, en principio, la LECri recoge dos momentos, en función del tipo de procedimiento. El primero es en el término de los tres días siguientes a la entrega de los autos para la calificación⁹⁷² como artículo de previo pronunciamiento en el proceso ordinario, conforme al art. 666.3 LECrim⁹⁷³. El segundo momento, en el ámbito del procedimiento abreviado, es al comienzo del juicio oral, como cuestión previa, conforme dispone el art 786.2 de la LECri⁹⁷⁴. No obstante, la Jurisprudencia sostiene que la prescripción del delito debe estimarse siempre que concurren los presupuestos sobre los que asienta -lapso de tiempo correspondiente o paralización del procedimiento- aunque la solicitud no se inserte en el cauce procesal adecuado y aunque dejen de observarse las exigencias procesales formales concebidas al efecto, y así se evita que resulte condenada una persona que, por expresa voluntad de la Ley, tiene extinguida la posible responsabilidad penal⁹⁷⁵. Por lo que puede aplicarse incluso de oficio y en fase de recurso, después de celebrado el juicio oral y de dictarse sentencia⁹⁷⁶. La reiterada jurisprudencia

⁹⁷² Art. 667 LECri. Las cuestiones expresadas en el artículo anterior podrán proponerse en el término de tres días, a contar desde el de la entrega de los autos para la calificación de los hechos.

⁹⁷³ Art. 666 LECri. Serán tan solo objeto de artículos de previo pronunciamiento las cuestiones o excepciones siguientes: 3ª) La de prescripción del delito.

⁹⁷⁴ Artº. 786.2 LECri. El Juicio oral comenzará con la lectura de los escritos de acusación y de defensa. Seguidamente, a instancia de parte, el Juez o Tribunal abrirá un turno de intervenciones para que puedan las partes exponer lo que estimen oportuno acerca de..., ...la existencia de artículos de previo pronunciamiento, El Juez o Tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones planteadas. Frente a la decisión adoptada no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de la pertinente protesta y de que la cuestión pueda ser reproducida, en su caso, en el recurso frente a la sentencia.

⁹⁷⁵ STS (Penal) 14 de diciembre de 2018, nº 649/2018, Rec. 3022/2017. EDJ 2018/ 654406, citando la STS. 387/2007 de 10 de mayo.

⁹⁷⁶ STS (Penal) 30 de noviembre de 2004, nº 1404/2004, Rec. 2443/2002 EDJ 2004/219336. STS (Penal) 30 de marzo de 2004, nº 421/2004, rec. 2998/2002 EDJ 2002/31407.

de la Sala Segunda parte de la naturaleza sustantiva de la prescripción y establece la posibilidad de ser apreciada de oficio en cualquier instancia de la causa en cuanto se manifiesten con claridad los requisitos que la definen y condicionan⁹⁷⁷. Ciertamente, la prescripción de los delitos es de orden público y puede estimarse en cualquier momento de la causa⁹⁷⁸.

Respecto del pronunciamiento judicial sobre la concurrencia de la prescripción, mencionamos una especialidad que es el supuesto de peticiones de acusación calificando provisionalmente los hechos con subtipos agravados o situaciones de continuidad delictiva, en el que la Jurisprudencia dice que procede diferir el pronunciamiento sobre la prescripción al tribunal sentenciador hasta después de la celebración del juicio oral y resolver la cuestión en sentencia⁹⁷⁹. Son supuestos que permitirían ampliar el marco de la acusación a unas penas que determinarían un plazo prescriptivo mayor.

En la delincuencia económica son frecuentes los comportamientos delictivos complejos que requieren el enjuiciamiento de una unidad delictiva íntimamente cohesionada de modo material, lo que plantea el problema de *la prescripción separada*, considerando aisladamente parcelas de la realidad delictiva. La doctrina del Tribunal Supremo, acudiendo para la resolución de esta cuestión a los fundamentos procesales y especialmente a los materiales del propio instituto de la prescripción que se interpreta, estima que en estos supuestos *la unidad delictiva prescribe de modo conjunto* de modo que no cabe apreciar la prescripción aislada del delito instrumental mientras no prescriba el delito más grave o principal. La Jurisprudencia lo fundamenta en que no concurren los

⁹⁷⁷ STS (Penal) nº 224/2002 de 12 de febrero. EDJ 2002/2130.

⁹⁷⁸ STS (Penal) de 12 de mayo de 2015, nº 284/2015. Rec. 1563/2014. EDJ 2015/ 80738.

⁹⁷⁹ SSTS (Penal) 336/2007, de 13 de junio; 511/2011, de 16 de mayo (EDJ 2011/113866); 1294/2011, de 21 de noviembre (EDJ 2011/280481), de 14 de diciembre de 2018, nº 649/2018, EDJ 2018/ 654406.

fundamentos en que se apoya la prescripción pues el transcurso del tiempo no puede excluir la necesidad de aplicación de la pena para un único segmento subordinado de la conducta cuando subsiste para la acción delictiva principal, tanto si se contempla desde la perspectiva de la retribución como de la prevención general o especial, ni, por otro lado, en el ámbito procesal, puede mantenerse la subsistencia de dificultades probatorias suscitadas por el transcurso del tiempo que solo afecten a un segmento de la acción y no a la conducta delictiva en su conjunto. Las razones que avalan este criterio son de carácter sustantivo, por lo que no resultará aplicable en supuestos de mera conexidad procesal⁹⁸⁰.

13.3. La prescripción de la pena del art. 293 CP.

Es una pena por delito menos grave, y al respecto el artículo 133.1 CP establece que la pena prescribe a los cinco años, que habrá que contar desde la fecha de la sentencia firme (art. 134 CP).

13.4. Conclusión.

En la delincuencia económica la prescripción del delito y de la pena no presentan caracteres especiales. El plazo de prescripción del delito es de cinco años, y como hemos visto en el Capítulo Octavo de este trabajo, al ser considerado un delito permanente, el *dies a quo* será el día en que se eliminó la situación ilícita, conforme dispone el art 132.1 CP. El plazo de prescripción del delito se interrumpirá con la interposición de querrela o denuncia, si en el plazo de seis meses desde la interposición se dirige el procedimiento contra la persona indiciariamente responsable (art. 132.2 CP). La alegación de la prescripción podrá hacerse en cualquier momento, incluso en fase de recurso, y el pronunciamiento sobre la misma podrá realizarse como cuestión previa o

⁹⁸⁰ STS (Penal) de 30 diciembre 2009 (J2009/321754), mencionando la STS (Penal) de 29 de julio de 1998.

también en sentencia en los casos de subtipos agravados o continuidad delictiva, a fin de que se practique en el juicio la prueba de los hechos previa a las calificaciones definitivas. En los supuestos de unidades delictiva no opera la prescripción separada, sino conjunta.

La prescripción de la pena, en tanto que delito menos grave, requiere el transcurso de cinco años desde la firmeza de la sentencia.

14.- Art. 296 CP sobre la Condición de perseguibilidad. Art. 103 LECri sobre el ejercicio de la acción penal entre parientes. Art. 268 CP sobre la Excusa absolutoria.

Introducción.

El art. 296 CP establece un requisito de procedibilidad aplicable a todo su Capítulo XIII, lo que –como regla general- convierte a estos delitos en semipúblicos, de manera que será el agraviado quien decidirá si se inicia la causa penal, pero su perdón no extinguirá la acción penal. En el Capítulo 12.3 de este trabajo relativo a las Circunstancias modificativas hemos visto cómo la circunstancia mixta del parentesco (art. 23 CP) opera en los delitos patrimoniales como atenuante de la responsabilidad penal; aquí hacemos referencia a otros dos supuestos de influencia del parentesco en la aplicación del Código Penal en el ámbito societario, ya limitando el ejercicio de la acción penal entre parientes, (art. 103 de la LECri), ya excluyendo la pena (art. 268 CP), ésta última pensada en principio para los capítulos anteriores al décimo de los del Título XIII, por lo que, también en principio, no sería de aplicación al art. 293 CP; no obstante su aplicación a la totalidad de los delitos patrimoniales -incluido los societarios- es objeto de debate.

14.1. Requisito de perseguibilidad, art. 296 CP.

El art. 296 CP refiere: *“1. Los hechos descritos en el presente capítulo solo 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.”

El Tribunal Supremo ha entendido que el requisito de la denuncia que prevé el artículo 296 CP convierte en semipúblicos tales delitos, lo que deja en un plano secundario la vía penal, basándose en que el ejercicio de acciones en vía civil pudiera ser de suficiente para conseguir la tutela de los derechos de los asociados, evitando criminalizaciones innecesarias⁹⁸¹; y afirma que son supuestos en los que la persona agraviada podrá decidir sobre el inicio del procedimiento penal, pero su perdón o la posterior renuncia del mismo al ejercicio de las acciones penales no impedirá la continuación del procedimiento. Solo 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 misma⁹⁸².

La doctrina mayoritaria diferencia entre los delitos propiamente privados –no perseguibles de oficio- y los delitos públicos y coloca en un lugar intermedio los tradicionales delitos semipúblicos que, aunque guardan cierto parentesco con los delitos privados, son más asimilables a los delitos públicos⁹⁸³. En los delitos societarios de los arts. 290 á 294 del Código Penal, la persecución penal está legalmente condicionada a la interposición de la denuncia, como condición de procedibilidad, lo que implica una limitación al acceso al enjuiciamiento de la delincuencia societaria. Hay autores en contra de esta decisión de dejar en manos del agraviado la iniciativa procesal en estos delitos cuando otros tan parecidos como la apropiación indebida, la estafa o las falsedades no precisan denuncia⁹⁸⁴.

⁹⁸¹ STS (Penal) 18 de octubre de 2011 y STS (Penal) 15 de diciembre de 2.000.

⁹⁸² STS (Penal) de 17 de abril de 2013, nº 316/2013, Rec. 452/2012. EDJ 2013/67866.

⁹⁸³ FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*. 2ª Ed. Tirant lo Blanch. 2015. Pág. 89.

⁹⁸⁴ FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*. 2ª Ed. Tirant lo Blanch. 2015. pág. 86.

En estos delitos se establece un margen de intervención al Ministerio Fiscal⁹⁸⁵, que tiene la facultad de denunciar en aquellos casos en los que los comportamientos realizados afecten a menores, discapaces o desvalidos; pero que está obligado a intervenir si la conducta delictiva perjudica los intereses generales o a una pluralidad de personas, lo que lleva a que estaremos ante un delito público si cuenta con una clara dimensión socioeconómica, como se afirma en la Doctrina⁹⁸⁶. Estos dos últimos supuestos abonan en la Doctrina la tesis de que los delitos societarios son delitos semipúblicos muy próximos a los públicos⁹⁸⁷. Otros autores afirman que no es del todo preciso calificar a los delitos societarios como delitos semipúblicos, puesto también hay que estar al segundo apartado del art. 296 CP que establece la persecución de oficio al margen de la voluntad de los perjudicados⁹⁸⁸.

La Jurisprudencia afirma que la referencia al agraviado que se recoge en el artículo 296 del Código Penal, no tiene por qué coincidir necesariamente con los perjudicados, sino que lo que la regla procesatoria impone es la existencia de una denuncia o querrela de quienes soportan efectivamente los perjuicios, 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 social⁹⁸⁹. La Doctrina afirma que el agraviado que ha de denunciar es el sujeto pasivo del delito, pero no siempre será el perjudicado. Sujeto pasivo del delito o agraviado es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito, mientras que perjudicado es quien sufre un perjuicio efectivo de carácter patrimonial a

⁹⁸⁵ REMÓN PEÑALVER A., FLORES CACHO D. *Delitos Societarios: Comentarios a los artículos 290 á 297 del Código Penal*. Ed. Bosch. Wolters Kluwer. 1ª Ed. Enero 2017. Pág. 90.

⁹⁸⁶ NÚÑEZ CASTAÑO, E, GALÁN MUÑOZ, A. *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Tirant lo Blanch. 3ª Edición. Valencia, 2019. pág. 218.

⁹⁸⁷ FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*. 2ª Ed. Tirant lo Blanch. 2015. pág. 90.

⁹⁸⁸ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. "Los delitos societarios en el Código Penal español". Ed. Dykinson. Madrid. Ed. 1998. Pág. 144.

⁹⁸⁹ STS (Penal) de 29 octubre de 2018. STS 620/2004, de 4 de junio. STS (Penal) 425/2016, de 19 de mayo. EDJ 2018/649872.

causa de la comisión de un delito⁹⁹⁰. La Audiencia de Barcelona afirma que no puede obviarse en modo alguno que el art. 296 CP *no* se refiere al “perjudicado”, ni siquiera a la “persona ofendida” sino a la “persona agraviada” que debe asociarse al de sujeto pasivo, al titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito⁹⁹¹.

En la Doctrina se afirma que cuando el sujeto pasivo del delito es una sociedad mercantil, la denuncia habrá de presentarse por sus representantes legales con poder bastante. Es posible considerar agraviados a los socios, considerando y acreditando que las actuaciones lesivas para el patrimonio social tienen una repercusión indirecta en los patrimonios de los socios⁹⁹².

El Tribunal Supremo rechaza la eficacia de la denuncia por quien no es agraviado, en un supuesto de interposición por quien había perdido la condición de socio y no especificó cuál habría sido el menoscabo económico sufrido directa o indirectamente por la labor realizada por los denunciados, y por tanto impide que el Ministerio Fiscal persiguiera los hechos en los supuestos en los que el delito no ha llegado a afectar a los intereses generales ni a una pluralidad de personas, como exige el n^o 2 del art. 296.2 CP⁹⁹³. Los terceros que denuncien habrán de acreditar el perjuicio económico que hubieran podido sufrir a causa de la conducta típica o que efectivamente lo hayan sufrido⁹⁹⁴.

⁹⁹⁰ REMÓN PEÑALVER A., FLORES CACHO D. *Delitos Societarios: Comentarios a los artículos 290 á 297 del Código Penal*. Ed. Bosch. Wolters Kluwer. 1^a Ed. Enero 2017. Pág. 91.

⁹⁹¹ SAP Barcelona, Sec. 8^a, de 31 de enero 2019, n^o 54/2019, Rec. 106/2017, EDJ 2019 / 536336.

⁹⁹² FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*. Ed. Tirant lo Blach 2015. Pág. 93.

⁹⁹³ STS (Penal) de 5 junio de 2014. EDJ 2014/101810.

⁹⁹⁴ FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*. Ed Tirant lo Blach. 2015. pág. 93.

Y si el agraviado tiene en sus manos el inicio del proceso, no tiene facultad para cerrarlo, porque el perdón del ofendido o su apartamiento del procedimiento no extingue la acción penal⁹⁹⁵. Respecto de la eficacia de la posterior renuncia del denunciante, la Audiencia Provincial de Burgos entiende los delitos societarios son delitos semipúblicos y que el desistimiento del denunciante no provoca de forma automática el archivo de las actuaciones, pues entonces es posible que el Ministerio Fiscal solicite la continuación del procedimiento, dado que el requisito de procedibilidad ya se ha cumplido en el momento de la interposición de la denuncia o de la querrela, y por tanto puede afirmarse que desde ese momento el delito que era semipúblico, se convierte por así decirlo en un delito perseguible de oficio donde el desistimiento ya será ineficaz⁹⁹⁶. La Audiencia Provincial de Salamanca afirma que la exigencia para la persecución de un delito, de denuncia o querrela guarda una estrecha relación con el principio de mínima intervención. En todo caso constituye una despenalización de la conducta por la vía de hecho⁹⁹⁷.

La Audiencia Provincial de Murcia afirma que al no haber previsto el art. 296 CP el efecto extintivo de la renuncia por la parte agraviada a la denuncia, ésta será irrelevante, y tendrá el Ministerio Fiscal el deber de impulsar la persecución de los delitos, quedando abstraída la causa de la disponibilidad subsiguiente de la parte⁹⁹⁸, y el Fiscal deberá intervenir como si se tratara de un delito perseguible de oficio; y como se expresa en la Doctrina, cuando la persona agraviada sea menor de edad, incapaz o persona desvalida, no es que el Ministerio Fiscal “pueda” pedir la iniciación del proceso penal, sino que “debe hacerlo” siempre que concurren los presupuestos que la ley establece para ello⁹⁹⁹.

⁹⁹⁵ STS (Penal) 16 de marzo de 2007. Nº 245/2007, Rec. 711/2006. EDJ 2007/ 32789. STS de 15 de febrero de 2002, nº 240/2002. EDJ 2002/3630.

⁹⁹⁶ SAP (Penal) de Burgos, Sec. 1ª, de 3 de septiembre de 2013, nº 360/2013, Rec. 75/2013. EDJ 2013/170477.

⁹⁹⁷ SAP (Penal) de Salamanca, Sec. 1ª, de 13 de junio de 2017, nº 237/2017, Rec. 189/2017.

⁹⁹⁸ SAP (Penal) de Murcia, Sec. 5ª, de 12-04-2013, nº 113/2013, Rec. 5/2013.

⁹⁹⁹ FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*. 2ª Ed. Tirant lo Blanch. 2015. Pág. 95.

Concluyendo, los delitos societarios quedan configurados como semipúblicos, lo que supone una excepción frente a la regla general de la persecución de oficio de los delitos en nuestro ordenamiento, como una responsabilidad del Estado ejerciendo la acción penal, en defensa de la sociedad y la legalidad vigente de oficio, por medio del Ministerio Fiscal.

El carácter de semipúblico tiene trascendencia en las suspensiones de ejecución de la pena, pues el art. 80.6 CP obliga a que en este trámite sea oído el denunciante, antes de conceder los beneficios de suspensión¹⁰⁰⁰.

14.2. Prohibición de ejercer acciones penales entre parientes, art. 103 LECri.

La Audiencia Provincial de Burgos pone de manifiesto que nuestra legislación establece una doble limitación legal respecto de la incidencia del Derecho Penal en el seno de la familia, proyectada a evitar un enfrentamiento de unos familiares contra otros para mejor salvaguardar la paz en el seno de las relaciones parentales más próximas, una, a través del proceso penal vetando el ejercicio de la acción penal a determinadas personas en función de la relación de parentesco que guarden con los presuntos infractores (artículo 103 de la LECri) y otra en el plano sustantivo, declarando la exención de la responsabilidad penal en que hubieran podido incurrir determinadas personas por la comisión de

¹⁰⁰⁰ FERNÁNDEZ TERUELO J.G. *Los delitos societarios en el Código Penal español*. Ed. Dykinson. Madrid. Ed. 1998. p. 149.

delitos de carácter patrimonial contra otras personas en función de la relación de parentesco existente entre ellas (artículo 268 del Código Penal)¹⁰⁰¹.

Si bien el art. 101 de la LECri establece que la acción penal es pública y está abierta al ejercicio por todos los ciudadanos españoles, existen excepciones como la del art. 103 LECri¹⁰⁰² que declara la prohibición de ejercer acciones penales entre parientes. A su vez la excepción tiene una salvedad cuando se trata de un delito cometido por un cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano contra la persona del otro o la de sus hijos.

El problema es si la prohibición alcanza a los cónyuges cuando están incurso en un proceso de divorcio o separación. En principio, la única excepción a la prohibición es que se trate de un delito cometido por un cónyuge contra la persona del otro o la de sus hijos, y por el delito de bigamia, de manera que, según este tenor literal, sí estarían afectados por la prohibición. Este artículo 103 LECri se modificó por LO 14/ 1.999, de 9 de junio, que se limitó a suprimir los términos de “adulterio” y “amancebamiento” -para las relaciones entre cónyuges-, y a eliminar el término “uterinos” de entre los calificativos entre hermanos; pero no eliminó la prohibición de ejercer la acción penal cuando los cónyuges están incurso en un procedimiento de separación, nulidad o divorcio.

La Audiencia Provincial de Burgos afirma que es controvertida la interpretación de la expresión "*contra las personas de los otros*", y que debe interpretarse conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas -artículo 3 del Código Civil- desde la perspectiva constitucional (tutela judicial

¹⁰⁰¹ SAP Burgos de 3 septiembre de 2013. EDJ 2013/170477.

¹⁰⁰² Art. 103 LECri. Tampoco podrán ejercitar acciones penales entre sí: 1º) 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. 2º) 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.

efectiva, principio *pro actione*) concluyéndose que no puede aceptarse una restricción, que sería desmesurada, tan sólo a los llamados delitos contra la vida o la integridad física y que tampoco puede llegarse al extremo de hacer absolutamente inoperante la norma contenida en el artículo 103 LECri, que tiene un claro fundamento en razones de política criminal que aconsejan cerrar el paso a la investigación penal en el seno de la familia, para no interferir peyorativamente en las relaciones que mantienen los más próximos, por lo que en definitiva ha de entenderse que no se aplicaría la restricción a bienes eminentemente personales -y por ello no alcanzaría, por ejemplo, a delitos contra la libertad sexual, libertad, amenazas, detenciones ilegales, coacciones o contra la intimidad- y que la distinción ha de hacerse precisamente por la contraposición a los delitos contra el patrimonio o contra la propiedad¹⁰⁰³, basándose en la STS (Penal) de 22 de octubre de 2010¹⁰⁰⁴.

La opinión dominante en la Doctrina es que en los delitos societarios rige la prohibición y no la excepción, de manera que los parientes no podrán ejercer acciones penales entre sí por delito societario¹⁰⁰⁵.

La Jurisprudencia entiende que el art. 103.1 de la LECri, introduce una limitación al ejercicio de la acción penal o, lo que es lo mismo, a la voluntad para constituirse como parte acusadora formulando una genuina pretensión penal, pero no veda la denuncia. Así se desprende con claridad del epígrafe que rotula el Título IV del Libro I de la LECrim, referencia sistemática en la que se incluye el art. 103 y que alude a "las personas a quienes corresponde el ejercicio de las acciones que nacen de los delitos (y faltas)"¹⁰⁰⁶. De manera que es legítimo que sea el Ministerio Fiscal –previa denuncia- el que asuma el ejercicio de la acción

¹⁰⁰³ SAP Burgos de 3 septiembre de 2013. EDJ 2013/170477.

¹⁰⁰⁴ Tribunal Supremo (Penal), Sec. 1ª, 22 de octubre de 2010, nº 933/2010, rec. 634/2010. EDJ 2010/251834.

¹⁰⁰⁵ FARALDO CABANA, P. *Los Delitos Societarios*. Tirant lo Blanch. 2ª Ed. 2015. Pág. 97.

¹⁰⁰⁶ STS (Penal) de 22 octubre de 2010 EDJ 2010/251834 refiriéndose a STS (Penal) 83/2010, 11 de febrero EDJ 2010/12453 y STS 4/2007, 8 de enero EDJ 2007/2701.

penal en los supuestos en los que operaría la restricción derivada del art. 103 de la LECrim.

La eficacia del parentesco comprende al de afinidad, y así el Tribunal Supremo estima correcto el sobreseimiento libre acogiendo en una causa entre cuñados como cuestión previa la falta de legitimación activa para el ejercicio de la acción penal societaria de un querellante por el delito de apropiación indebida y administración fraudulenta, en aplicación del art. 103-2º de la LECri, dejando reservadas las acciones civiles a favor de los perjudicados. De manera que entre parientes por afinidad solo cabe el ejercicio de la acción penal en los delitos contra las personas. Defiende el Tribunal Supremo este régimen jurídico "cuya inobservancia podría suponer incurrir en fraude de ley" y considerando que "el texto legal es clarísimo y no hace distinciones" y declara que en tales casos "el perjudicado podrá, de todos modos, denunciar para que el Ministerio Fiscal asuma el ejercicio de la acción pública y ejercer, eventualmente, la acción civil"¹⁰⁰⁷.

Respecto del supuesto de extensión de esta prohibición del ejercicio de acciones a los entes jurídicos, el Tribunal Supremo la rechaza basándose en que no puede argumentarse que la restricción impuesta al cónyuge por el art. 103 de la LECrim pudiera artificialmente extenderse a otros entes jurídicos -en este caso, una sociedad mercantil de carácter limitado- con personalidad jurídica propia y diferenciada del denunciante, lo que llevaría la idea del levantamiento del velo más allá de su genuino ámbito aplicativo¹⁰⁰⁸.

¹⁰⁰⁷ STS (Penal) de 11 febrero de 2010. EDJ 2010/12453.

¹⁰⁰⁸ STS (Penal), Sec. 1ª, 22 de octubre de 2010, nº 933/2010, rec. 634/2010. EDJ 2010/251834.

14.3. Excusa absolutoria del art. 268 CP.

El artículo 268 CP establece en el ámbito de los delitos patrimoniales una exención de responsabilidad criminal en el supuesto de parentesco y de cónyuges no separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio, cuando no haya violencia ni intimidación, o cuando no se abuse de la vulnerabilidad de la víctima¹⁰⁰⁹. La excusa absolutoria constituye un supuesto de delito punible no penado, porque el legislador ha considerado conveniente no castigar el delito en el caso concreto, pese a que, en abstracto, exista un hecho relevante, ilícito y reprochable. Se trata por lo general de causas vinculadas a la persona del autor, que no trascienden a los demás participantes en el delito, y suponen una exclusión de la pena. Por tanto, la presencia de una excusa absolutoria no afecta al concepto de delito, ya que concurre un hecho relevante, ilícito y reprochable.

La Jurisprudencia establece que la razón de ser de la excusa absolutoria se encuentra en una razón de política criminal que exige no castigar actos efectuados en el seno de grupos familiares unidos por fuertes lazos de sangre en los términos descritos en el art. 268 CP porque ello provoca una irrupción penal dentro del grupo familiar poco recomendable que perjudicaría la posible reconciliación familiar, y que estaría en contra de la filosofía que debe inspirar la actuación penal de mínima intervención y última ratio, siendo preferible desviar el tema a la jurisdicción civil, menos traumática y más proporcionada a la exclusiva afectación de intereses económicos, de ahí que se excluyan de la excusa los apoderamientos violentos o intimidatorios en los que quedan afectados valores superiores a los meramente económicos como son la vida, integridad física o

¹⁰⁰⁹ Art. 268 CP. 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.

psíquica, la libertad y seguridad¹⁰¹⁰.

El Tribunal Supremo establece respecto de la excusa absolutoria del art. 268 CP los siguientes requisitos para su aplicación:

1º) Que solo afecte 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. En el caso de hermanos no se exige la convivencia¹⁰¹¹.

2º) Que se trate de delitos patrimoniales.

3º) No queda excluida la responsabilidad civil, la cual puede ser reconocida 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.

4º) 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.

5º) No es aplicable a los extraños que participaren en el delito, de tal manera que en este caso se seguiría contra ellos el proceso penal¹⁰¹².

El ámbito de la excusa absolutoria viene determinado por la ubicación del artículo 268 del Código Penal en el Capítulo X del Título XIII del Libro II, cuya rúbrica es “*Disposiciones comunes a los capítulos anteriores*”, y que el artículo 293 CP -si bien se encuentra también incluido en el Título XIII- está en el posterior Capítulo XIII referido a los delitos societarios. Por lo que en principio no le será aplicable la exención citada. Sin embargo, la consideración de los

¹⁰¹⁰ EDJ 2006/11975. STS (Penal) de 30 enero de 2006.

¹⁰¹¹ Acuerdo no Jurisdiccional TS (Pleno) de 15 diciembre de 2000. EDJ 2000/112243.

¹⁰¹² STS (Penal) de 28 de septiembre de 2.018, nº 436/2.018. Rec. 2251/2.017.

delitos societarios como delitos contra el patrimonio por su ubicación en el Título XIII del Libro II ha provocado pronunciamientos del Tribunal Supremo extendiendo la vigencia de la excusa absolutoria a algunos delitos societarios, a pesar de su ubicación posterior al art. 268 CP¹⁰¹³. Y un sector doctrinal ha llegado a propugnar incluso la posibilidad de aplicar la exención contenido en el art. 268 CP a otros delitos no incluidos en los nueve primeros capítulos del título XIII, como p. ej. los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial o los delitos societarios. Nos enfrentamos aquí a un problema de carácter general válido para todo el Derecho penal como es el de la admisibilidad de la analogía *in bonam partem* cuando no existe un precepto penal que expresamente la autorice, sea en concreto, sea con relación a una causa personal de exclusión de la pena, sea con respecto a cualquier otra clase de causa de exención de la responsabilidad personal¹⁰¹⁴.

Se ha defendido en la Doctrina la aplicación de la excusa absolutoria del artículo 268 CP a las conductas tipificadas en el derogado artículo 295 CP (administración desleal) en base a la existencia de una identidad de razón entre las conductas castigadas en los nueve primeros capítulos del Título XIII y las del artículo 295 CP, que, a su vez, guardan íntima relación con las tipificadas en el antiguo artículo 252 (apropiación indebida). Conclusión que aparece reforzada por la aplicación *pro reo* de la teoría del levantamiento del velo, propugnada en la STS (Penal) 42/2006, de 27 de enero¹⁰¹⁵, y por la posibilidad, comúnmente aceptada, de extender la excusa absolutoria a infracciones distintas de las expresamente incluidas en su ámbito de aplicación (así, a las anteriores faltas de hurto o de estafa, entre otras). Y en la Doctrina se recuerda que la doctrina - aplicada profusamente por la Sala del TS- del «levantamiento del velo» con vistas a impedir fraudes legales, se ha utilizado en contra del reo para impedir que bajo la cobertura societaria se cometan impunemente delitos patrimoniales, por lo que, siguiendo una interpretación *in bonam partem*, el Tribunal Supremo decide

¹⁰¹³ STS (Penal) 42/2006, 27 de enero EDJ 2006/6367.

¹⁰¹⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte General*. Ed. 2016. Págs. 670-671.

¹⁰¹⁵ STS (Penal) de 27 enero de 2006; EDJ 2006/6367.

levantar el velo y concluir que los intereses de la sociedad son los mismos y además coincidentes con los de los socios, en un supuesto en que son todos hermanos de la querellante y por tanto han de incluirse en el alcance beneficioso de aplicación de la excusa absolutoria prevista en el artículo 268 CP¹⁰¹⁶.

Otros autores están en contra de cualquier interpretación extensiva y defienden que la causa personal de exclusión de la pena del art. 268 CP no se proyecta sobre otros delitos de naturaleza primariamente patrimonial individual (o sea, cuyo bien jurídico directamente tutelado es el patrimonio) que no se hallen ubicados dentro de los nueve primeros capítulos y sin que pueda justificarse de modo alguno su apartamiento del ámbito de aplicación del art. 268 CP; tal es el caso de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial o la mayor parte de los delitos societarios¹⁰¹⁷.

La literalidad de los artículos 103 LECri y 268 CP evidencia una falta de correspondencia entre sí¹⁰¹⁸, que es necesario enmendar. El art. 268 CP sí se adaptó a la realidad social y fue modificado por LO 1/2015 de 30 de marzo excluyendo su eficacia cuando entre el querellante y el querellado exista un proceso en curso de separación o disolución matrimonial; sin embargo, el art. 103 de la LECrim siguió aferrado a su redacción histórica, no levanta la prohibición en este supuesto litigioso. Respecto de la relación entre ambos artículos, el

¹⁰¹⁶ RIVES SEVA, A. P. "Los delitos societarios. Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo". En <http://www.seguridadpublica.es/2014/02>. Febrero 2014.

¹⁰¹⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte General*. Ed. 2016.pág. 146.

¹⁰¹⁸ Art. 268 CP. 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.

Tribunal Supremo afirma que “los planos jurídicos sobre los que han de operar los arts. 268 del CP 1995 y 103 de la LECri 1882 no se superponen”, pero también es cierto que “la exégesis del uno no puede hacerse con absoluta independencia del otro”, afirmando que “no tendría sentido aceptar una interpretación literal del art. 103 de la LECrim que condujera a excluir la posibilidad de ejercer la acción penal por aquel que, habiendo iniciado un proceso de separación o divorcio, viera menoscabado su patrimonio por acciones de su cónyuge que, desde el momento de la separación de hecho, ya no tendría a su favor la exención de responsabilidad que el art. 268 del CP 1995 le otorgaba durante la convivencia”¹⁰¹⁹.

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo establece en un supuesto de condena por el delito del art. 293 CP, que constando la existencia de un procedimiento de divorcio, desaparece uno de los presupuestos ineludibles para la exención de responsabilidad, pues el delito previsto en el art. 293 del CP se cometió cuando entre la denunciante y el denunciado ya existía un procedimiento judicial de divorcio, por lo que la comisión del hecho punible fue siempre posterior a la incoación del proceso judicial de divorcio promovido por la mujer del acusado. En consecuencia, la operatividad de la excusa absolutoria prevista en el art. 268 del CP -“... están exentos de responsabilidad criminal (...) los cónyuges (...) que no estuvieren en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad”- queda absolutamente neutralizada por el simple hecho de que el delito fue cometido después de la existencia de un procedimiento de divorcio del que el acusado tenía pleno conocimiento¹⁰²⁰. La Jurisprudencia llega a excluir la aplicación de la excusa, en un supuesto en el que el marido denunciado había abandonado el domicilio familiar con anterioridad a la comisión del delito de estafa, no encontrando obstáculo alguno para el ejercicio de la acción penal, referida en este caso a un delito de carácter patrimonial, por cuanto el Ministerio Fiscal había asumido el ejercicio de la acusación por un delito de estafa¹⁰²¹. De manera que la Jurisprudencia sigue adecuando el art. 268 CP a la nueva situación social, excluyendo la excusa en una situación de cese de la convivencia conyugal,

¹⁰¹⁹ STS (Penal) de 22 octubre de 2010. EDJ 2010/251834.

¹⁰²⁰ STS (Penal) de 11 abril de 2005. EDJ 2005/68319

¹⁰²¹ STS (Penal) 6 de febrero de 2.008, nº 112/2008. EDJ 2008/31074.

aunque no exista aún un procedimiento de divorcio.

Conclusión.

La exigencia de la previa denuncia del agraviado del art. 296 CP indica la consideración de semipúblico que tienen los delitos de los arts. 290 á 294 CP, salvo en los supuestos de afectación de intereses generales o a una pluralidad de personas, en los que el delito es público. El Ministerio Fiscal también puede ejercer la acción en caso de menores o personas discapacitadas o desvalidas.

El inicio por denuncia también abunda en la dimensión individual del bien jurídico protegido, pues queda en manos del sujeto pasivo el iniciar o no las actuaciones penales, como hemos visto al tratar el Capítulo 2 de este trabajo. Si bien el agraviado es el titular del bien jurídico protegido, una vez presentada la denuncia, carece de disponibilidad sobre el procedimiento penal, de manera que su perdón o su renuncia no extinguirán la acción.

La prohibición de acciones del art. 103 LECri es una de las manifestaciones del parentesco en el ámbito de la comisión delictiva, de manera que el Legislador cierra la entrada al ejercicio de acciones penales en el ámbito familiar, salvo que se trate de delitos cometidos por uno contra la persona del otro. El artículo prohíbe constituirse como acusación, pero no veda la capacidad de denunciar. Y plantea el problema de no contemplar una situación frecuente que es la de que los cónyuges estén incurso en un procedimiento de divorcio, por lo que a la espera de una adecuación legislativa, la Jurisprudencia va avanzando afirmando que no se aplicaría la restricción a bienes eminentemente personales -y por ello no alcanzaría, por ejemplo, a delitos contra la libertad sexual, libertad, amenazas,

detenciones ilegales, coacciones o contra la intimidad- por la contraposición a los delitos contra el patrimonio o contra la propiedad. Es pues urgente actualizar el contenido del artículo.

En la excusa absolutoria del art. 268 CP sí se llevó a cabo la actualización en 2.015 de manera que no se extiende a los cónyuges separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad. Este artículo establece una excusa absolutoria que opera en los delitos patrimoniales entre parientes por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, salvo que concurra violencia, intimidación o abuso de vulnerabilidad. Hemos de destacar el criterio jurisprudencial de interpretar *in bonam partem* el precepto, extendiendo el beneficio incluso en el supuesto en que la relación entre las personas que menciona el precepto no es personal, sino que los parientes a los que la excusa beneficia son propietarios de una sociedad limitada con personalidad jurídica propia, si bien de ámbito familiar. En otro supuesto, el Tribunal Supremo extiende la eficacia de la excusa en base a la consideración de los delitos societarios como delitos contra el patrimonio por su ubicación en el Título XIII del Libro II, a pesar de que sean figuras que no se encuentren en los capítulos anteriores al Décimo de los del Título XIII. Prima pues la intención de que el Derecho penal no entre en los conflictos familiares de carácter patrimonial y se encaucen en la vía civil. El avance de la Jurisprudencia en la interpretación de la excusa absolutoria ha llegado a no considerarla si los cónyuges ya tienen una convivencia separada.

Tras tratar esta excusa absolutoria se hace más necesario actualizar el contenido del artículo 103 de la LECri de manera que la prohibición del ejercicio de acciones penales no alcance a los cónyuges que han entablado procedimiento de extinción o suspensión matrimonial.

15.- La prejudicialidad.

Introducción.

Este capítulo lo dedicamos a hacer un breve apunte sobre la coincidencia de objeto procesal en causas civiles y penales que nacen de las conductas ilícitas de administradores que obstaculizan el ejercicio de los derechos de los socios. Ya nos hemos referido a cómo los tipos societarios parten de derechos mercantiles preexistentes, para cuya defensa los socios ya disponían de acciones civiles y tras la publicación del Código penal tienen también esta vía para la tutela penal, y así el art. 293 CP usa conceptos como “administrador de hecho o derecho”, “sociedad constituida o en formación”, “causa legal para negar o impedir el ejercicio de derechos del socio”, y en el tipo se concretan los derechos mercantiles cuya obstaculización se castiga, a saber, el derecho de información, participación en la gestión o control de la actividad social, suscripción preferente de acciones. Como ley penal en blanco se trata de un artículo impregnado de conceptos extrapenales, de manera que en su determinación y alcance hay que tener presente el contenido de las leyes mercantiles.

Es posible el supuesto de que los hechos que se sustancian en una causa civil pueden originar un procedimiento penal simultáneo.

Las cuestiones prejudiciales surgen en el seno de un proceso e impiden o condicionan la resolución del asunto principal y deben de ser resueltas, con carácter previo, por una jurisdicción distinta o por la propia que está conociendo¹⁰²². Veremos su régimen jurídico, que se encuentra en las leyes de enjuiciamiento y en la LOPJ, y haremos mención a pronunciamientos jurisprudenciales y a cuestiones que suscitan el amparo constitucional en este tipo de procedimientos. Y ya adelantamos que la mayoría de los autores y la

¹⁰²² CARRETERO MORALES, E. *"Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las cuestiones prejudiciales (arts. 40 a 43 LEC)*. InDret 1/2007. Págs. 3 y 4.

Jurisprudencia se inclinan por aplicar la regulación de la LECi, más completa y moderna.

Partimos de los siguientes artículos de la LOPJ:

- 1) El art. 3.1º que dispone que "La Jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos".
- 2) El art. 10.1 que establece el principio general de que, a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente.

15.1. Cuestiones prejudiciales “penales” en la LEC.

Se ubican en el Libro I (“De las Disposiciones Generales relativas a los juicios civiles”). Título II (“De la jurisdicción y de la competencia”). Capítulo I (“De la jurisdicción de los tribunales civiles y las cuestiones prejudiciales”), en su Sección 2, arts. 40 y ss.

La LEC ordena al Juez civil poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan tener trascendencia penal, y así el artículo 40.1 LEC *“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.”*

Estamos pues en el supuesto de una causa civil cuyo objeto puede ser la impugnación de un acuerdo social o la acción individual de responsabilidad de

administradores que impiden el ejercicio de derechos del socio, y en dicho procedimiento se pusiera de manifiesto la posible trascendencia penal de la actuación de los administradores, que constituya delito perseguible de oficio, o sea, del art. 296.2 CP, por afectar a los intereses generales o a una pluralidad de personas. La regla general –con excepciones- es la no suspensión de la causa civil (art. 40.2 LEC) salvo cuando concurren las dos siguientes circunstancias:

1.^a 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.

2.^a 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 un supuesto relativo al art. 293 CP, la Audiencia de Barcelona exige para suspender la causa civil que además de la interposición de querrela, el pronunciamiento penal sea decisivo en el pleito civil¹⁰²³. Con este mismo razonamiento, la Audiencia Provincial de Madrid exige para que exista prejudicialidad penal, que lo que se denuncia como conducta delictiva sea el fundamento de la acción civil¹⁰²⁴.

En todo caso, existe obligación del Juez civil de resolver expresa y separadamente la solicitud de suspensión del procedimiento civil, y si queda sin resolver, y se llega a dictar sentencia, la consecuencia será la nulidad de actuaciones, y así lo dice la Audiencia Provincial de Madrid que considera como una omisión total y absoluta que genera indefensión la ausencia de pronunciamiento, pues forma parte de la tutela judicial efectiva el que sean resueltas por el órgano jurisdiccional, y rechaza que pueda interpretarse

¹⁰²³ SAP de Barcelona, Sec. 15^a, de 15 de enero de 2.014, (ROJ: SAP B 689:2014, ECLI: ES: APB: 2014:689; EDJ 2014/12250).

¹⁰²⁴ SAP Madrid, Secc. 28 de 20 de junio de 2.012 (EDJ 2012/203652).

razonablemente la falta de pronunciamiento como una desestimación tácita que satisface las exigencias de la tutela judicial efectiva¹⁰²⁵. La nulidad comporta la reposición del procedimiento para que el Juez de instancia resuelva sobre la cuestión prejudicial, en un supuesto¹⁰²⁶ en el que existían Diligencias previas por delito del art. 293 CP.

El momento para acordar la suspensión en el pleito civil, la Audiencia Provincial de Madrid¹⁰²⁷ es cuando el pleito está visto para sentencia, basándose en el artículo 40.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

15.2. La Cuestión Prejudicial suscitada en el proceso penal. Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Trata la Ley de Enjuiciamiento Criminal este tema en el art. 114 (Libro I “Disposiciones Generales”, Título IV (“De las Personas a quienes corresponde el ejercicio de las acciones que nacen de los delitos”) y –por remisión de éste- en los arts. 3 á 7 de la misma.

El art. 114 LECri establece la suspensión inmediata del pleito civil¹⁰²⁸ al tiempo que extiende la competencia de la jurisdicción penal a las cuestiones

¹⁰²⁵ SAP Madrid Sección 28ª de 27 de enero de 2.012 (nº 35/2012, rec. 180/2011; EDJ 2012/39713),

¹⁰²⁶ SAP Madrid de 6 de marzo de 2.015, nº 70/2015, rec. 36/2013 EDJ 2015/100318.

¹⁰²⁷ AAP de Madrid Sección 28, de 22 de mayo de 2.009.

¹⁰²⁸ Art. 114 LECri. “Promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole, si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal. No será necesario para el ejercicio de la acción penal que haya precedido el de la civil originada del mismo delito o falta.

prejudiciales civiles y administrativas¹⁰²⁹, pero obliga¹⁰³⁰ a suspender el procedimiento penal si la cuestión prejudicial es determinante de la culpabilidad o de la inocencia.

Respecto de la diferente regulación del mismo supuesto prejudicial en las dos leyes de enjuiciamiento, la Audiencia Provincial de Madrid analiza la colisión de vigencias entre las dos leyes de enjuiciamiento, y afirma que el artículo 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha derogado tácitamente el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, basándose en lo completo de la regulación de la LEC del supuesto de concurrencia de procesos, y lo justifica no sólo en que se trata de una norma posterior, sino en que exige una apreciación del tribunal civil sobre la "influencia decisiva" que pueda tener la decisión del tribunal penal en la resolución del asunto civil, y que no determina de modo automático la suspensión del procedimiento civil, una vez acreditada la existencia de la causa criminal, en el estado en que se encuentre, sino que pospone tal efecto al momento previo al de dictar sentencia, evitando una dilación innecesaria, salvo el caso de que los hechos investigados por la jurisdicción penal versen sobre el delito de falsedad de alguno de los documentos aportados, cuando, a juicio del tribunal dicho documento pudiera ser decisivo para resolver sobre el fondo del asunto¹⁰³¹.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en el Capítulo II, Título I de este Libro, respecto a las cuestiones prejudiciales. (Son los arts. 3 á 7 de la LECri)."

¹⁰²⁹ Art. 3 LECri. "Por regla general, 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."

¹⁰³⁰ Art. 4 LECri. "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."

¹⁰³¹ AAP Madrid Sección 13ª (Penal) de 20 de enero de 2012 (nº 4/2012; rec. 539/2011; EDJ 2012/28231).

Sobre el momento para plantear la cuestión prejudicial en la sede penal, el TS afirma que debe ser planteada antes del trámite de calificación, o como cuestión previa, y así lo refiere en un supuesto en el alegada la prejudicialidad, el Ministerio Fiscal opone lo tardío del planteamiento de este tema, pues se incluyó en el escrito de calificación definitiva de la defensa, ni se suscitó como cuestión previa, pues no hay constancia de ello en el acta del juicio y tampoco en la sentencia. De esto se sigue -claramente- que fue introducido en el informe final de la defensa y, por tanto, en un momento que hacía ya imposible el debate contradictorio sobre el asunto¹⁰³².

15.3. La prejudicialidad penal en el ámbito constitucional.

El Tribunal Constitucional¹⁰³³ destaca en los asuntos que denomina *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) que 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.

En todo caso, la denegación de la tramitación de la cuestión prejudicial penal ha de ceñirse a los cánones de razonabilidad constitucionalmente exigibles y así el Constitucional otorga el amparo solicitado contra un auto de la jurisdicción ordinaria se limita a denegar la tramitación de la cuestión prejudicial penal, olvidando al canon de razonabilidad constitucionalmente exigible, basándose en que las resoluciones judiciales dictadas no cumplieron con la

¹⁰³² STS (Penal) de 6 febrero de 2019, EDJ 2019/506309, fundamentándose en STS (Penal) nº 257/2005, de 28 de febrero.

¹⁰³³ STC nº 278/2000, de 27 de noviembre.

exigencia de razonabilidad constitucionalmente exigible y vulneraron del derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante de amparo (art. 24.1 CE). El Tribunal Constitucional procede a la declaración de nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas, así como la retroacción de las actuaciones procesales¹⁰³⁴.

15.4. Conclusión. Incidencia de la cuestión prejudicial.

Si en un procedimiento civil en el que se acciona por vulneración de los derechos del socio, se suscitase la concurrencia de una ilicitud penal con afectación de los intereses generales o a una pluralidad de personas o – en estos términos- se planteara simultáneamente una causa por delito habrá que estar a lo dispuesto en el art. 40 LEC, y deberá el Juzgado poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, y la causa civil se suspenderá sólo si los hechos investigados penalmente son los que fundamentan la acción civil y –al tiempo- si la decisión penal va a influir en la resolución civil.

Si fuera procedente, el momento de la suspensión es el de los autos conclusos para sentencia, salvo que la causa penal verse sobre la falsedad de alguno de los documentos aportados en el procedimiento civil, en cuyo caso, la suspensión será inmediata.

Hay que estar a la regulación de la LEC, cuyo artículo 40 ha derogado tácitamente el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, justificando la prevalencia por lo completo de la regulación del supuesto de concurrencia de procesos en la LEC.

¹⁰³⁴ STC nº 1/ 2.014, de 13 de enero de 2.014, (BOE 35/2014, de 10 de febrero de 2014, rec. 3121/2011, EDJ 2014/1262 STC).

Si en el procedimiento penal por hechos del artículo 293 CP se suscitaran fundadamente cuestiones de licitud civil, entendemos que la respuesta sería de sobreseimiento o de absolución, pues la causa penal por el delito del art. 293 CP precisa de una abierta conculcación de la legislación en materia de sociedades, sin la cual no procede aplicar la Ley penal, como hemos visto al tratar la acción típica (Cap. 4.1.) de manera que se abre el debate sobre la licitud en vía civil no se cumplirían las exigencias jurisprudenciales para la aplicación del art. 293 CP, y la respuesta judicial será absolutoria.

16.- Conclusiones Finales de la Tesis.

Con el art. 293 CP comienza la tutela penal de determinados derechos del socio contra los comportamientos indebidos de los administradores, que se añade a la protección ya existente en vía civil¹⁰³⁵, exigible ya por la vía de la responsabilidad del administrador en base al incumplimiento de sus deberes de diligencia y de lealtad, ya por el cauce de la impugnación de los acuerdos sociales adoptados en cuya junta de accionistas se había privado al socio de la documentación requerida.

Comienza así la coexistencia de dos órdenes jurisdiccionales que actúan en esta protección de derechos del socio, con sus propios cauces procesales para accionar contra estas perturbaciones.

La protección penal en el ámbito societario ha de salvar obstáculos que comienzan incluso antes del proceso, con los requisitos de procedibilidad del art. 296 CP (previa denuncia), y la prohibición de accionar entre parientes del art. 103 LECri; y continúan en el plano sustantivo con las restricciones que la Jurisprudencia exige para la aplicación del tipo delictivo (interpretación de la conducta típica, del objeto material y del elemento normativo), además de la exclusión de responsabilidad en los casos de error de tipo y de prohibición (vencible o invencible). Si tras “salvar estas trabas” llegamos a una sentencia condenatoria, estaremos ante un castigo de multa, una respuesta que debería mejorarse con -al menos- una inhabilitación especial para administrar compañías mercantiles, que impida la continuación del actuar de un administrador condenado. La respuesta de solo una multa está sujeta en caso de incumplimiento a una responsabilidad personal subsidiaria que incluso puede llegar a no cumplirse, como hemos visto en el Capítulo undécimo dedicado a la penalidad. Este contexto abunda en lo necesario de establecer una sanción eficaz, que sirva para la prevención general, de manera que los administradores conozcan que es

¹⁰³⁵ Art. 133. Código de Comercio. En las compañías colectivas, todos los socios, administren o no, tendrán derecho a examinar el estado de la administración y de la contabilidad y hacer, con arreglo a los pactos consignados en la escritura de la sociedad o las disposiciones generales del Derecho, las reclamaciones que creyeran convenientes al interés común.

delito impedir a los socios el ejercicio de determinados derechos y se va a imponer de manera efectiva una pena; solo así el precepto tendrá poder disuasorio.

El artículo 293 CP es un tipo de tenor sencillo y genérico, sin más añadido que el requisito de que *no concurra causa legal*, condición que el Legislador podía haber omitido, pues no existía ningún motivo alterar el normal examen de la antijuricidad de la conducta y de las causas de justificación. El Código Penal dispone de la causa de exención de la responsabilidad criminal relativa al ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, por lo que no había necesidad de añadir este elemento normativo al tipo. Una reforma del Código podría pensar en suprimirlo para facilitar la aplicación del precepto.

Principia el precepto por la referencia al *administrador de hecho*, figura que en 1.995 no tenía un concepto legal en sede mercantil. Pero que sí lo tiene desde la reforma de la Ley societaria de diciembre de 2.014, que lo incluye expresamente en su art. 236¹⁰³⁶, con una definición que entendemos válida para el Derecho penal, que podría ser asumida ya por el Legislador penal, por la Jurisprudencia y por la Doctrina penal, otorgando seguridad jurídica al ciudadano.

La reforma mercantil de diciembre de 2.014 eleva el listón de la ilicitud civil de la privación del derecho de información del socio, exigiendo que sea esencial la información de la que se prive al socio, o no podrá impugnarse el acuerdo (art. 204 LSdC). Esto obliga a que en la sede penal las privaciones han de ser aún más graves que las que originan la ilicitud civil, o ha de tratarse de

¹⁰³⁶ Art. 236.3 LSdC "...tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad."

obstaculizaciones más reiteradas, que aumenten en la sede penal los requisitos de antijuricidad material para que el impedimento de los derechos sea típico, como hemos visto en el apartado 2 del Capítulo 4.1.

La presencia de una pena solo de multa parece indicar que el Legislador no aprecia una ofensa importante al bien jurídico y, sin embargo, la Jurisprudencia lo considera delito permanente, de manera que la constricción sobre el bien jurídico se mantiene hasta que cese la conducta ilícita del administrador hacia el socio, o sea, hasta que le entregue la documentación solicitada, con la consecuencia de que el plazo de prescripción del delito no comenzará mientras tanto. Vemos la paradoja de que el bien jurídico no padece mucho, pero de manera incesante. Es un tema tratado en el Capítulo décimo tercero.

En fin, en este Capítulo desarrollamos en partes las Conclusiones de todo el trabajo, siguiendo el orden de los capítulos expuestos.

Capítulo 1. Concepto de sociedad.

El art. 297 CP contiene un concepto nuclear que afecta a la totalidad del Capítulo XIII titulado “De los Delitos Societarios” en el que se inserta el art. 293 CP, con una definición auténtica, cuya oportunidad es más que discutible, pues al tiempo de la entrada en vigor del Código Penal de 1.995, el contrato de sociedad ya estaba suficientemente definido en el Código de Comercio y en el Código Civil. Sin embargo, el Código Penal incorpora una tercera versión de lo mismo –y solo para el Capítulo XIII, del Título XIII-, olvidando el principio de seguridad jurídica ubicado en el art. 9.3 del Título Preliminar de la Constitución Española.

Su redacción es desafortunada pues cierra la definición con el uso de la analogía -que puede ser la mejor manera de que quede abierta- e incorpora un confuso listado de entidades que otorga sustantividad a las fundaciones y a las entidades de crédito, y también a las cajas de ahorro (que son fundaciones y entidades de crédito). El desarrollo jurisprudencial de los términos “*análoga naturaleza*” y “*cumplimiento de sus fines participando de manera permanente en el mercado*”, ha generado sentencias que llegan a excluir a las fundaciones de la aplicación del art. 297 CP, en el que están expresamente previstas.

Hemos incorporado la mención a las entidades que aparecen en el artículo 297 CP, con una referencia al régimen jurídico de cada una y deteniéndonos en la sociedad mercantil y en la civil, mencionando el criterio de distinción de la personalidad jurídica, denominador común a todas la que constan en el artículo. Siempre han de ser entidades en las que se pueda obstaculizar el ejercicio de los derechos del socio previstos en el artículo 293 CP, por tener base asociativa, juntas generales en las que los socios puedan ejercitar sus derechos y -finalmente- administradores que puedan cercenar el ejercicio de estas facultades de información, de participación en la gestión y control de la sociedad, o en el derecho de adquisición preferente de acciones (no de participaciones). Así, por faltar esta base asociativa, la Doctrina excluye de los delitos societarios a las mutuas y a las fundaciones.

Hemos terminado este primer Capítulo con el análisis de resoluciones judiciales sobre entidades que no están relatadas en el tipo, desde las comunidades de regantes, de bienes, y de propietarios hasta los clubes deportivos y los círculos recreativos, lo que nos lleva a concluir que el más importante criterio jurisprudencial de inclusión en el art. 297 CP es el de la participación de manera permanente en el mercado.

En definitiva, el artículo 297 CP -lejos de definir- solo aporta confusión, y falta de rigor en la enumeración de entidades. Entendemos que es suficiente la concreción que ya incorporan los tipos concretos, que se refieren a la “sociedad constituida o en formación”, término que se puede interpretar a la luz de los conceptos mercantiles ya consolidados.

Capítulo 2. El bien jurídico.

La Jurisprudencia establece que el bien jurídico protegido en el art. 293 CP son los derechos básicos de los socios que no pertenecen al grupo de control de la sociedad, a los que se protege frente a los ataques de los administradores nombrados por la mayoría, velando así por los resortes de control de la gestión social. Esta protección trasciende y opera en el ámbito supraindividual, tutelando el desarrollo interno de la vida societaria, de manera que puede identificarse un bien jurídico mediato, procurando un ordenamiento estatal con credibilidad, conforme a los principios del Derecho comunitario, cumpliendo con las exigencias de transparencia.

Capítulo 3. El sujeto activo.

Una de las más importantes novedades de las regulaciones penales societarias, es la mención al “administrador de hecho” como sujeto activo, como se aprecia en los artículos 290, 293 y 294 del Código Penal, lo que impone profundizar en los conceptos de administrador de hecho y de derecho.

La categoría del administrador de derecho está delimitada en la legislación mercantil, y ha tenido un importante desarrollo jurisprudencial en la dirección de condicionar el castigo penal a la disponibilidad de facultades que

permitan la ofensa al bien jurídico, imponiendo un concepto social de autor que requiere un dominio de la organización en la que se produce el delito.

La coexistencia de ambas figuras abre el debate de la compatibilidad del castigo al administrador de hecho y al de derecho, que ha sido admitida en algún caso por la Jurisprudencia si bien en la mayor parte de los supuestos en que concurren ambos, se va a entender que el autor es el administrador de derecho, y al de hecho se le castigará como inductor.

Desde 2.014 contamos con un concepto en la legislación societaria, cuyo art. 236, 3 LSdC dice que es *la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad*. Es una definición amplia que puede servir a los fines del Código Penal, que considera incluso al *hombre de atrás*, tanto a quien ejerce en la realidad funciones de administración y de dirección, como a quien domina tácitamente la sociedad mercantil. Este concepto mercantil puede perfectamente insertarse en la *teoría del dominio social*, pues considera administrador de hecho a quien da instrucciones a los administradores de derecho.

Puede ser administrador la persona jurídica pues lo prevén la Ley de Sociedades de Capital y el Reglamento del Registro Mercantil, éste último requiere para la inscripción de su nombramiento que esté designada una persona física como representante. La gestión y representación de una sociedad puede ser conferida a un Consejo de administración, lo que abre el debate sobre el “delito colegial”, en el que la solidaridad de la responsabilidad mercantil no va a suponer una automática imputación penal de los componentes individuales del Consejo, sino que habrá que considerar la actuación individual de cada uno, verificando si han tenido un dominio del hecho y siempre teniendo en cuenta el

principio de culpabilidad. Incluso en los delitos de omisión ha de atenderse a la capacidad individual de realización de la conducta omitida.

Hemos visto supuestos dudosos en los que se va a considerar que estamos ante un administrador de derecho, como el defecto de aceptación del nombramiento, la falta de publicidad registral (que afectará a la inscripción de actos posteriores), la nulidad inicial del nombramiento (que será administrador en tanto sea eficaz la destitución, el nombramiento caducado (que se considera en prórroga tácita), la renuncia sobrevenida y la revocación (será administrador frente a terceros hasta la inscripción), los liquidadores, fundadores o promotores (son administradores con facultades limitadas), así como el administrador concursal.

Los directores, delegados y apoderados no son en principio administradores a efectos penales, salvo decisión de la sociedad. Tampoco el empresario individual, pues no hay sociedad que administrar.

Capítulo 4.1. El Tipo objetivo: La conducta típica.

Uno de los criterios jurisprudenciales de restricción de la aplicación del art. 293 CP es el de una interpretación sujeta a la fundamentación material del precepto en el ámbito de la conducta típica, exigiendo que la privación de los derechos del socio sea manifiesta, o que la conducta obstruccionista sea reiterada y grave, por lo que quedarán extramuros del Derecho Penal los supuestos de insuficiencia de la documentación aportada, de dificultades a la aportación, de demoras y omisiones parciales, o las cuestiones en las que sea discutible la condición de socio, o incluso cuando solo se pidió la documentación una vez, y no se acudió a la vía civil, o cuando no se actualizaron las titularidades dominicales

por no tramitarse la partición de herencia o la liquidación de la sociedad ganancial. Estos supuestos serán conducidos -en su caso- a la impugnación civil, en base a los principios penales de intervención mínima y de última *ratio*.

El verbo “negar” supone una conducta de mera actividad, que obstaculiza de manera inmediata y persistente el ejercicio de los derechos de información y gestión. Puede precisar de un acto positivo denegatorio, o simplemente un no hacer, un no entregar, un no contestar, una omisión simple. El verbo “impedir” exige una efectiva obstaculización. El precepto no admite la comisión por omisión al no ser un delito de resultado, sino de simple actividad.

La presencia del elemento normativo “*sin causa legal*” supone otra barrera de restricción a la aplicación del artículo, una inserción que entendemos innecesaria, pues es suficiente el régimen general de las causas de justificación aplicables, como el cumplimiento de un deber, o el ejercicio legítimo de un derecho u oficio (art. 20, 7º CP). Así, la Ley de Sociedades de Capital establece supuestos en los que se suspenden los derechos del socio, como la mora en el pago de los dividendos pasivos, la adquisición de acciones o participaciones propias y también los estatutos de las compañías pueden establecer restricciones y exclusiones a los ejercicios de los derechos del socio. También los estatutos pueden establecer limitaciones para el ejercicio de estos derechos. En estos casos no puede operar el art. 293 CP.

El tipo abierto se refiere a unos derechos concretos “reconocidos por las Leyes”, usando una técnica criticada en la Doctrina porque obliga al Juez a entrar en el Derecho Mercantil para describir la trascendencia penal de la acción. Y si los contornos de los derechos del socio se encuentran en preceptos mercantiles, la aplicación del precepto precisa del cumplimiento de requisitos jurisprudenciales, una situación que hace padecer al principio de legalidad.

El Legislador no ha incluido en la conducta típica el perjuicio patrimonial, de manera que la Doctrina concluye que no es un requisito para aplicar el precepto. Y tampoco el tipo exige una reiteración de conductas, aunque el carácter obstruccionista y grave que la Jurisprudencia exige al comportamiento del administrador suele comportar de hecho una reiteración, de manera que en la práctica jurisprudencial vemos que con una sola acción normalmente no hay condena. Y no hay que analizar la aptitud en cada caso concreto para afectar al bien jurídico, pues estamos ante un delito de peligro hipotético.

El actuar de los administradores no tendrá relevancia penal en el caso de negativas esporádicas, ocasionales, puntuales o aisladas, pues la Jurisprudencia exige una conculcación frontal de la legislación en materia de sociedades.

Sería deseable que el precepto tuviera más concreción, que comprendiera algún requisito más de aplicación, como sucedía con los proyectos de 1.992 y de 1.994, que exigían expresamente la forma maliciosa y reiterada, o detallando un perjuicio que justifique la cualificación como penales de unos ilícitos que han nacido como mercantiles. Es preciso que la concreción de las conductas esté más en el tenor del tipo, y menos en el Derecho Mercantil y en la Jurisprudencia.

Capítulo 4.2. El tipo objetivo: el Objeto de la Acción.

Nos referimos al derecho de información del socio, al de participación en el control y gestión de la sociedad, y al de suscripción preferente de acciones. El

primero es el más importante por ser base para el ejercicio del siguiente derecho, el de participación en la gestión y control de la sociedad.

El contenido de estos derechos está regulado en la Ley de Sociedades de Capital, lo que abre el debate sobre el uso de leyes mercantiles para completar los tipos penales, y nos conduce a mencionar los requisitos que el Tribunal Constitucional exige para el uso de las leyes penales en blanco. En este caso concreto, la fricción radica en que la legislación mercantil consta en un decreto legislativo (legislación delegada en el Gobierno) que va a completar un tipo penal abierto aprobado por una ley orgánica. El Legislador penal pierde protagonismo con esta técnica legislativa que merma la seguridad jurídica. El principio de tipicidad exige que los contornos del artículo 293 CP se describan con más minuciosidad, evitando dejar la taxatividad penal en manos del Legislador mercantil, lo que supone una merma del principio de legalidad penal que, si bien puede ser constitucional, no es deseable.

El derecho de información del socio es un derecho instrumental que se refiere a los puntos que van a ser objeto de tratamiento en las Juntas generales de socios, y puede ejercitarse ya con anterioridad, ya en la misma junta, conforme prevé la LSdC. La conculcación del derecho tiene que ser abierta, las peticiones del socio no pueden ser genéricas. La no convocatoria de juntas es otra manera de vulnerar este derecho. La Ley 31/2014, de 3 de diciembre “para la mejora del gobierno corporativo”, modifica la Ley de Sociedades de Capital, entre otros aspectos, en la exigencia de que la privación que padece el socio sea de información esencial; solo así podrá impugnarse el acuerdo en vía civil, lo que ha de repercutir en el nivel de exigencia de la ilicitud penal, que necesariamente ha de incrementarse sobre la civil.

El derecho del socio a la participación en la gestión de la sociedad comprende el derecho de asistencia a las Juntas generales de socios, en las que se

ejerce el derecho a intervenir, al examen de documentación, y a votar, que deben ejercerse siempre en los términos previstos en la legislación mercantil. La privación del derecho de información a personas que no sean socios (administradores, gerentes, directores generales...) carecerá de trascendencia penal, salvo que se trate de un representante del socio.

El derecho de suscripción preferente (solo de acciones y no de participaciones) es otra de las grandes anomalías del art. 293 CP. Primero porque solo confiere relevancia penal a la privación del derecho en el ámbito de la sociedad anónima; y segundo, porque no es el administrador, sino la Junta de socios, quien toma las decisiones sobre la ampliación de capital y el derecho de suscripción preferente. A lo que hemos de añadir que la Junta de socios está facultada por la Ley de sociedades de capital para acordar una ampliación de capital sin derecho de suscripción preferente, lo que aleja de manera definitiva la necesidad de tutelar penalmente lo que no es sino una opción presidida por la autonomía de la voluntad de la Junta de socios, tan legítima como su contraria¹⁰³⁷.

Ha de procurarse una mejora en este artículo 293 CP de manera que cobren relevancia penal infracciones de otros derechos patrimoniales esenciales para el socio como son el derecho al dividendo o a la cuota de liquidación. Y también ha de protegerse el derecho de suscripción preferente cuando afecta al socio de la mercantil limitada, pues la ampliación de capital es un mismo derecho sea en el ámbito de las sociedades limitadas o en el de las anónimas. O puede prescindir el art. 293 CP de mencionar el derecho de suscripción preferente.

¹⁰³⁷ LSdC. Art. 308.1 Exclusión del derecho de preferencia. “En los casos en que el interés de la sociedad así lo exija, la junta general, al decidir el aumento del capital, podrá acordar la supresión total o parcial del derecho de suscripción preferente”.

Capítulo 5. El Tipo Subjetivo: el dolo y el error sobre los elementos del tipo.

En el art. 293 CP podría concurrir el dolo eventual, dado que el tipo no presenta ningún refuerzo de dolo, pero al respecto la Doctrina afirma que es difícil que exista, dado el fuerte componente delictivo de los verbos “negar” e “impedir” y la exigencia jurisprudencial de que se trate de una abierta conculcación de la legislación mercantil.

El efecto del error será la exención de responsabilidad penal tanto si es invencible como vencible, pues no está prevista la comisión culposa de las conductas del art. 293 CP, lo que impide su castigo en los términos que indica el art. 14.1 CP.

El error sobre el elemento normativo “sin causa legal”, es error de tipo, por lo que en caso de que sea vencible, no habrá condena, al no ser susceptible el art. 293 CP de comisión culposa.

Capítulo 6.- La Antijuricidad. Ausencia de causas de justificación.

La exigencia de antijuricidad material sirve no solo a la preocupación jurisprudencial que procura la restricción en la aplicación del art. 293 CP, como hemos visto en el Cuarto capítulo (Tipo objetivo, 4.1.2), sino también como criterio de graduación de la gravedad de la conducta del administrador.

Y en relación con las causas de justificación, entendemos que no son de aplicación las previstas en el art. 20 CP referido a la legítima defensa, el cumplimiento de un deber, el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, y el estado de necesidad, pues difícilmente podrán justificar la obstaculización de los derechos del socio. De hecho, no hemos visto ningún supuesto en la práctica judicial del Derecho Penal societario.

Capítulo 7. La Culpabilidad.

No hay ninguna especialidad en el estudio de la culpabilidad en relación con el art. 293 CP, que no presenta ninguna exigencia de ánimo adicional.

En materia de Imputabilidad, el sujeto activo deberá reunir las condiciones de capacidad personal que le hagan imputable, por lo que el Juzgador ha de considerar si al tiempo de los hechos (no al momento del juicio oral) existe o no una alteración de las capacidades intelectivas y volitivas. La respuesta de los tribunales es que, si estamos ante una organización detallada o en presencia de una planificación minuciosa de un plan de delincuencia económica, será difícil entender acreditada una disminución de estas facultades. Sí pueden tener eficacia atenuadora patologías como la depresión, las crisis parciales complejas y la ludopatía.

En el Derecho Penal societario nos podemos encontrar con el problema del conocimiento de una ilicitud compleja, que emana de normas penales en blanco (leyes mercantiles, estatutos de las sociedades), para la que la Doctrina propone la aplicación de la atenuación analógica.

La Jurisprudencia rechaza el error de prohibición en la aplicación del art. 293 CP, por cuanto su apreciación es incompatible con la exigencia de que el autor protagonice una abierta infracción de la Legislación mercantil. Las conductas de los administradores proporcionando una información que no es completa o denegando al socio una información no relevante, quedarán extramuros del Derecho penal.

El tercer elemento de la culpabilidad es la Exigibilidad, referida a situaciones extremas que impiden al autor desplegar un comportamiento conforme al Derecho. Su vertiente negativa es la “no exigibilidad”. No existe particularidad al respecto.

Capítulo 8. Las formas de aparición del delito. El "iter criminis". La Consumación. La Tentativa.

La consideración del art. 293 CP como delito permanente prolonga el momento consumativo, manteniendo el estado de antijuricidad creado por administrador hasta que proporciona la documentación exigida, lo que facilita que un procedimiento penal pueda iniciarse en un momento muy alejado de la efectiva negativa o impedimento de los derechos del socio. Es una situación que parece desproporcionada al tratarse de un delito que no se considera tan grave, que tiene importantes restricciones de aplicación y que es castigado con una única pena de multa.

En el artículo 293 CP se protegen unos derechos como los de información y participación en la gestión o control de la actividad social, que son susceptibles de ser ejercitados en cada Junta general de socios o accionistas (y ha de haber una junta ordinaria al año) donde se tienen que aprobar las cuentas anuales y la distribución del resultado. Tras un primer impedimento o negativa de la información o de la participación en la gestión o control de la sociedad se sucederán más juntas generales donde los socios podrán reproducir las peticiones denegadas. Imaginemos que el socio no vuelve a querer ejercitar estas facultades durante varios ejercicios sucesivos. No concluiría nunca la consumación. Y no parece que un ilícito penal de entidad tan discutida deba tener abierto de manera indefinida el comienzo del cómputo del plazo de prescripción del delito. Al respecto parecen acertadas las consideraciones doctrinales que distinguen los delitos permanentes en función de si su consumación prolongada entraña una mayor lesividad de la conducta o supone una pérdida de gravedad, conforme se

incrementen o no sus efectos lesivos. Y así, procede considerar este delito como un delito instantáneo de efectos permanentes, esto es, un delito de consumación instantánea, que señale el inicio del cómputo para la prescripción del delito, aun cuando sus efectos sean permanentes, entendiendo que es difícil alegar el bien jurídico sigue padeciendo si, sucediendo al menos anualmente una Junta general de socios, el socio cuyo derecho fue vulnerado en una Junta, se olvidara de su petición y no volviera a reiterarla. De esta manera se otorga eficacia penal a un desinterés posterior del socio, que indica que el bien jurídico no está padeciendo y que conviene cerrar la cronología delictiva.

Capítulo 9. La Autoría y la Participación.

En la autoría y la participación se percibe el esfuerzo del Legislador penal y de los Tribunales para intentar el castigo del real diseñador y responsable de los planes delictivos en el contexto de una compañía mercantil. El hecho de que los órganos de responsabilidad en las empresas pueden ser colegiados, obliga a la consideración de la coautoría, partiendo de que en sede penal no existe una imputación penal automática, sino que rige el principio de culpabilidad y habrá que estar a la contribución real de cada miembro del órgano de administración colegiado.

Como delito especial propio, el art. 293 CP presenta particularidades cuando intervienen sujetos no cualificados, que no podrán ser autores por carecer de la cualidad de administrador, pero sí podrán ser partícipes.

En la Doctrina se considerará “coautor” a quien rige el aparato organizativo mercantil que en su totalidad se sitúe al margen del ordenamiento jurídico, nunca en casos de comisión ocasional. En la autoría mediata del artículo 28 CP (“*por medio de otro del que se sirven como instrumento*”) se encuentra

una de las vías para imputar la conducta penal al “*hombre de atrás*”, y no a su instrumento, basándose en el criterio del “dominio del hecho”.

El inductor y el cooperador necesario no tienen particularidades dignas de mención; responde bajo la regla penológica del art. 65.3 del CP, que faculta al Juez para imponer la pena inferior en grado, lo que obliga a éste a valorar la entidad de la intervención.

La regulación de la autoría sigue precisando un esfuerzo legislativo que permita que el Derecho penal alcance a los auténticos responsables del delito, quienes diseñan la trama delictiva en un entramado empresarial. Los hechos que fundamentan su castigo penal suelen acreditarse por la vía de la prueba de indicios, que siempre tiene el riesgo de ser insuficiente pues se construye a base de hechos y datos periféricos que permitan conducir el procedimiento contra el protagonista del delito, y probar quién tiene la capacidad de decidir.

El problema de la autoría mediata en los delitos societarios es que el “instrumento” no va a ser un inimputable, sino un directivo, que sabe y conoce la real trascendencia penal de lo que hace, y que, a pesar de no ser quien culmina la cadena de mando, acabará siendo castigado como autor.

La cláusula del art. 31 CP imputa formalmente a título de autor a quien en realidad ya lo es, aunque no concurren en él los requisitos subjetivos exigidos, siempre que concurren en la persona a la que representa. Es una respuesta alejada de la responsabilidad objetiva, en la que simplemente se está “compensando” la ausencia de las características subjetivas específicas que el tipo penal exige al sujeto activo.

El uso penal de la definición mercantil de administrador de hecho¹⁰³⁸ engloba a quien imparte las instrucciones de actuación a los administradores de la sociedad, lo que puede ayudar a integrar al “hombre de atrás” en el concepto de autor penal.

Capítulo 10.- Concursos. El delito continuado.

En este Capítulo hemos mencionado como cuestión metodológica previa la de distinguir los supuestos de infracción única, donde estudiamos las unidades típicas en sentido estricto, el concurso aparente de leyes penales, y las unidades típicas en sentido amplio.

Para analizar posibles situaciones concursales respecto del art. 293 CP, hemos de recordar que es requisito jurisprudencial la exigencia de un abuso persistente del cargo de administrador, de manera que no irrumpen en el tipo las negativas esporádicas, ocasionales, puntuales o aisladas, lo que nos lleva a que, si bien formalmente estaremos ante reiteradas realizaciones de la conducta típica, valorativamente concurre un solo delito, consolidando el impedimento o la obstaculización. A estos argumentos se añade el de que se trata de un delito permanente, de manera que las sucesivas obstaculizaciones de los derechos del socio se irán incorporando a una situación antijurídica que se prolonga en el tiempo hasta que cese la misma, por ejemplo, hasta que se entregue al socio la documentación requerida. La Audiencia de Barcelona sí aprecia continuidad delictiva en la infracción del art. 293 CP, si bien se trató de unas conductas impeditivas desplegadas en varias anualidades.

¹⁰³⁸ LSdC. Art. 236.3. “...tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad.”

Hemos visto respuestas jurisprudenciales a supuestos concretos sobre si hay o no un concurso real en situaciones en las que concurre una falsedad de cuentas (art. 290 CP) con una administración desleal (actual art. 252 CP) y una privación de los derechos del socio sobre el control y gestión de la sociedad, y la solución ha sido considerar que las conductas del art. 293 CP quedan consumidas en el art. 290 CP por ser el más gravemente penado. Otro tanto sucede en el concurso del art. 293 CP con el art. 291 CP (imposición de acuerdos abusivos) en el que la Jurisprudencia considera que el desvalor del artículo 293 CP queda completamente absorbido por el artículo 291 CP, aplicándose en consecuencia únicamente éste último. Y la misma respuesta jurisprudencial recibe la concurrencia del art. 293 CP con el art. 292 CP (imposición de acuerdo lesivo).

Capítulo 11.- La Penalidad.

Para mejorar el carácter disuasorio de la pena de multa es preciso que incorpore una inhabilitación especial, que impida que un administrador se dedique habitualmente a vulnerar los derechos de los socios previstos en el tipo.

También se hace necesario incorporar al enjuiciamiento penal un trámite que tenga por objeto la acreditación del patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares del reo, a fin de motivar adecuadamente el importe de la multa, evitando que -por falta de motivación- se impongan cuantías bajas.

Capítulo 12. Las circunstancias modificativas de la responsabilidad.

Hemos hecho una mención a circunstancias que pueden aplicarse en el ámbito penal societario. Unas con el efecto de atenuar, como las atenuantes de confesión (art. 21.4^a CP), dilaciones indebidas (art. 21, 6^a CP) y la atenuante analógica del art. 21.7^a CP, en la que hacemos mención a la *cuasiprescripción*;

otras agravantes como el abuso de superioridad (art. 22.2^a CP), el precio, recompensa o promesa (art. 22. 3^a CP), el abuso de confianza del art. 22, 6^a CP basada en la infracción del derecho de lealtad mercantil, y la reincidencia del art. 22, 8^a CP; y finalmente la circunstancia mixta de parentesco prevista en el art. 23 CP, que en los delitos patrimoniales tiene eficacia atenuadora.

Capítulo 13. La Extinción de la responsabilidad penal. La Prescripción del delito.-

Respecto del concepto y plazos de la prescripción del delito no hay especialidad en el art. 293 CP. El plazo de prescripción del delito del art. 293 CP es de cinco años, que comenzará a contarse desde que cesó la situación ilícita (art. 132.1 CP), pues el Tribunal Supremo lo considera un delito permanente, como ya hemos visto en el Capítulo ocho relativo a la consumación.

Respecto del momento de alegación de la prescripción del delito hemos recogido la doctrina jurisprudencial que obliga a su estimación siempre que hayan transcurrido los plazos legales, en la idea de evitar que resulte condenada una persona que, por expresa voluntad de la Ley, tiene extinguida la posible responsabilidad penal. Incluso podrá apreciarse de oficio, en cualquier fase procesal. En los supuestos de subtipos agravados, la Jurisprudencia es partidaria de diferir el pronunciamiento sobre la prescripción al tribunal sentenciador hasta después de la celebración del juicio oral y resolver la cuestión en sentencia.

La prescripción separada es un problema frecuente en el ámbito de los delitos societarios, resuelta por el Tribunal Supremo que afirma que la unidad delictiva prescribe de modo conjunto y que no cabe apreciar la prescripción

aislada del delito instrumental mientras no prescriba el delito más grave o principal.

La prescripción de la pena sigue también los conceptos generales, y al ser una pena por delito menos grave, el artículo 133.1 CP establece que la pena prescribe a los cinco años, que habrá que contar desde la fecha de la sentencia firme, como expresa el art. 134 CP.

Capítulo 14. El art. 296 CP condición de perseguibilidad. El art. 103 LECri la prohibición de ejercicio de acciones penales entre parientes. El art. 268 CP. La Excusa absolutoria.

El art. 296 CP otorga la consideración de semipúblico a los delitos de los arts. 290 á 294 CP, convirtiendo en general para este Capítulo XIII del Título XIII lo que en el Código Penal es excepción, pues es pública la perseguibilidad de la mayoría de los delitos, y aquí queda en manos del agraviado o su representante legal el inicio de las actuaciones penales, mediante la presentación de la denuncia. El propio artículo incorpora como excepción los supuestos en los que el delito societario afecta a los intereses generales o a una pluralidad de personas (que son perseguibles de oficio).

Sin embargo, la posterior renuncia del denunciante al ejercicio de las acciones penales no impedirá la continuación del procedimiento, y en ese caso es posible que el Ministerio Fiscal solicite la continuación del procedimiento, dado que el requisito de procedibilidad ya se ha cumplido en el momento de la

interposición de la denuncia o de la querrela, y por tanto puede afirmarse que desde ese momento el delito que era semipúblico, se convierte por así decirlo en un delito perseguible de oficio donde el desistimiento ya será ineficaz.

La influencia del parentesco en la aplicación del Derecho penal tiene una de sus manifestaciones en el art. 103 LECri¹⁰³⁹ que -con determinados requisitos- impide el ejercicio de acciones penales entre parientes, a saber, los cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, por la adopción o por afinidad. Es urgente actualizar el contenido de este artículo a fin de que se excluya de la prohibición de ejercitar acciones penales entre sí a los cónyuges incursos en procedimiento de divorcio o separación.

La excusa absolutoria del artículo 268 CP¹⁰⁴⁰ es otra de las manifestaciones del influjo en el Ordenamiento penal de los vínculos familiares, pues contempla una exención de responsabilidad criminal -en determinados supuestos- para los cónyuges y para los ascendientes, descendientes y hermanos y afines en primer grado, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, estableciendo que quedarán sujetos únicamente a la responsabilidad civil.

¹⁰³⁹ LECri. Artículo 103. “Tampoco podrán ejercitar acciones penales entre sí: 1.º 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. 2.º 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”.

¹⁰⁴⁰ CP. Art. 268. 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.

El art. 268 CP se ubica en el Capítulo X del Título XIII bajo la rúbrica “Disposiciones comunes a los capítulos anteriores”, pero el artículo 293 CP está en el capítulo XIII -posterior- lo que en principio le excluirá del ámbito de la exención citada. Sin embargo, el Tribunal Supremo extiende la eficacia de la excusa absolutoria en base a la consideración de los delitos societarios como delitos contra el patrimonio por su ubicación en el Título XIII del Libro II, a pesar de que sean figuras que no se encuentren en los capítulos anteriores al Décimo de los del Título XIII. Prima pues la intención de que el Derecho Penal no entre en los conflictos familiares de carácter patrimonial y se encaucen en la vía civil. La Jurisprudencia interpreta *in bonam partem* el precepto, extendiendo el beneficio incluso cuando en el supuesto de que la relación entre las personas es societaria, pero en una mercantil de accionariado familiar.

Capítulo 15. Prejudicialidad. Art. 40 LEC.

Hay causas judiciales civiles en las que pueden existir hechos de trascendencia penal. En este caso la causa civil solo se suspenderá si concurre conjuntamente que los hechos investigados penalmente son los que fundamentan la acción civil y –al tiempo- si la decisión penal va a influir en la resolución civil. Es la regulación del art. 40 LEC, que se refiere -solo- a delitos perseguibles de oficio, por lo que, con relación al ámbito penal societario, solo tendrá eficacia la suspensión del procedimiento civil cuando se vean afectados los intereses generales o a una pluralidad de personas.

Y si en el procedimiento penal por hechos del artículo 293 CP se suscitaran fundadamente cuestiones de licitud civil, la respuesta será la de sobreseimiento o de absolución, pues la causa penal por el delito del art. 293 CP precisa una abierta conculcación de la legislación en materia de sociedades por parte del administrador, pues, como hemos visto al tratar la acción típica (Cap. 4.1.) si no se cumplen las exigencias jurisprudenciales para la aplicación del art. 293 CP la respuesta judicial será absolutoria.

Con estas conclusiones despedimos el trabajo que versa sobre el art. 293 CP, un precepto en el que el Legislador no puso mucho empeño, que suscitó desconfianza en la Jurisprudencia y que padeció duras críticas doctrinales, que cuestionaban la ofensividad penal de las conductas tipificadas.

Hemos defendido la necesidad de mejorar la concreción del tipo, para que sea más eficaz en la tutela penal de los derechos del socio minoritario.

Empezando por el final exponemos que cuando el Derecho penal entra en la Empresa debe tomar como base los conceptos mercantiles, y no crear conceptos penales de las instituciones mercantiles. El concepto penal de sociedad ha de dejar paso a la definición mercantil, o partir de ella. Es preciso ubicarlo en la Parte General del Derecho penal pues la definición de sociedad no sólo afecta a los artículos 290 á 294 CP. Pero incluso lo más adecuado puede ser su supresión, a la vista de que no ha ayudado a definir.

Desde diciembre de 2014 existe en la Ley de Sociedades de Capital un concepto mercantil de administrador de hecho, que también debería servir al Derecho penal. Así mejoraría la seguridad jurídica, algo muy importante para los derechos del socio y para el tráfico mercantil.

Los problemas de la protección penal del derecho de suscripción preferente de acciones imponen que cese la tutela penal del mismo, totalmente ineficaz en los términos actuales.

El tipo subjetivo exige considerar la inserción de un elemento subjetivo del injusto. La Doctrina y la Jurisprudencia aluden a que la contradicción con el Derecho ha de ser abierta y frontal, de manera que la privación de los derechos del socio ha de ser manifiesta, lo que excluye el dolo eventual. Exigir una conducta maliciosa dejaría zanjado el debate, aumentando el desvalor de la conducta para justificar la aplicación de la Ley penal.

También debe ser revisada la consideración del delito como permanente de manera que el momento consumativo coincida con el momento del incumplimiento del deber del administrador.

Los problemas concursales que plantea el art. 293 CP aconsejan introducir en el tenor del tipo la habitualidad o la reiteración. La interpretación jurisprudencial del tipo aconseja esta modificación. Si hoy los tribunales exigen que el abuso del administrador sea persistente y no puntual o aislado, es mejor que la reiteración figure directamente en el tipo, también por razones de taxatividad penal.

Finalmente, también invocamos una modificación en la pena para que sea eficaz la finalidad de prevención general, y que evite que el importe más frecuente del día/multa sea de diez Euros, pequeña sanción para el contexto mercantil, inferior a la de cualesquiera otros ámbitos sancionadores similares.

Y es necesario finalmente que la pena incorpore, al menos, una inhabilitación especial para el ejercicio de la administración de empresas, lo que impediría que un administrador se dedique habitualmente a vulnerar los

derechos de los socios previstos en el tipo, o al menos, que se establezca que el importe de la multa guarde relación ya con el beneficio que obtiene el administrador que priva al socio del ejercicio de alguno de sus derechos, ya con el perjuicio que ocasiona.

Capítulo 17. BIBLIOGRAFÍA.

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y ROCA AGAPITO, L. *Derecho Penal Español. Parte especial (II)*. Ed. 2011.

BACIGALUPO ZAPATER. *Curso de Derecho penal económico*. p. 415 y ss., Ed. Marcial Pons. 2005.

BAJO FERNÁNDEZ, M. “El Derecho penal económico. Un estudio de Derecho positivo español”, en *ADPCP*. Madrid. 1973,

BENITO SÁNCHEZ, D., “Problemas específicos de autoría y participación”, en CAMACHO VIZCAÍNO, ANTONIO (Dir). *Tratado de Derecho Penal Económico*, Tirant lo Blanch. 1ª Ed. 2019.

CANDELARIO MACÍAS, M.I. “Cuentas de participación”, en *GPS. Derecho de Sociedades*. Tercera Edición. Valencia. 2018.

CARPIO BRIZ, D. “Concepto y contexto del Derecho Penal Económico”, en *Manual de Derecho Penal, Económico y de Empresa. Parte General y Parte Especial*. M. CORCOY BIDASOLO, M. Y GÓMEZ MARTÍN, V. (Dir). Tirant Lo Blanch Valencia, 2016.

CARRETERO MORALES, E. “Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las cuestiones prejudiciales (arts. 40 a 43 LEC)”. InDret 1/2007.

CASTRO MORENO, A. “El concepto penal de sociedad en los delitos societarios: El art. 297 del nuevo Código Penal”, en *Jueces para la Democracia*, nº 31, marzo 1.998 págs.

CONDE PUMPIDO, C. *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*. Vol III. Ed. Trivium. Madrid 1.996.

COBO DEL ROSAL, MANUEL. “Art. 293. Comentarios al Código Penal”. Tomo IX págs. 517 y ss. Ed. Reus. 2005.

COSIALLS UBACH, A. M. *El nacimiento de la Comunidad de Bienes: concepto y constitución*. Ed. Tirant lo Blanch. Tratados. Ed. 2016, Valencia.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. *El error sobre elementos normativos del tipo penal*. Edición 2.008. Editorial La Ley.

DEL ROSAL BLASCO, B. “Los Nuevos Delitos Societarios en el CP de 1.995”. I Congreso hispano-italiano de Derecho penal económico.

FARALDO CABANA, P.:

- “Los delitos societarios”, en *Colección Monografías*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1.996.
- *Los delitos societarios*. 2ª Ed. Tirant lo Blanch 2015.
- *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*. Ed. Tirant lo Blanch. 2.004.
- “Conductas contrarias a los derechos de los socios”. En CAMACHO VIZCAÍNO, A. (Dir.) *Tratado de Derecho Penal Económico*. Tirant lo Blanch. 1ª Ed. 2019.

FERNÁNDEZ TERUELO J. G.:

- *Los delitos societarios en el Código Penal español*. Ed. Dykinson. Madrid. 1998.
- “Art. 293”. “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”. En COBO DEL ROSAL, M. (Dir) *Comentarios al Código Penal*. Vol. 9, 1999. Edersa.
- *Instituciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Ed. Lex Nova. Ed. 2013.
- “La Expansión Selectiva del Derecho Penal Español”. En *Revista Digital, Facultad de Derecho UNED*. Nº 1 – 2009.

GALÁN MUÑOZ A., NÚÑEZ CASTAÑO E. *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Tirant lo Blanch. 3ª Edición. Valencia, 2019.

GIMBERNAT ORDEIG, E. *Autor y Cómplice en Derecho Penal*. Ed B de f. Buenos Aires. Ed 2006.

GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. “Administradores de Hecho y de Derecho en el nuevo CP”. En *El nuevo Código penal. Delitos societarios e insolvencias punibles*. Ed. Banco Central-Hispano, Madrid 1996, p.

GÓMEZ MARTÍN, V. *Los Delitos Especiales*. Ed. B de f. 2.006. Montevideo, Buenos Aires.

GÓMEZ TOMILLO, M. *Instrumentos jurídicos de tutela y ejecución de las potestades de inspección y supervisión administrativa de sociedades que operan en los mercados. Art. 294 CP Entrada y registro domiciliario con ocasión de investigación de infracciones administrativas*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 1ª Ed. 2.019.

GRACIA MARTÍN, L. *El actuar en nombre de otro en Derecho penal, I. Teoría General*. 1985.

LASCURAÍN, J.A. *Derecho Penal Económico y de la empresa. Delitos societarios*. Ed. DYKINSON 2018.

LAUNA ORIOL, C. Curso “Delitos societarios. El delito de la administración desleal”. Jornadas 11 y 12 de mayo de 2.017.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos:

- *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial.* 6ª Ed. 2019.

- *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General.* 5ª Edición. 2016.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. "Los delitos societarios en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal", en *Revista del Poder Judicial*, Nº 28, 1992.

MATA y MARTÍN, R.M.:

- "Delitos societarios: Administración desleal y demás figuras delictivas" en *Empresa y Derecho Penal (I). Cuadernos de Derecho Judicial.* Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial.

- "Los delitos societarios en el Código Penal de 1995", en *Revista de Derecho de Sociedades.* Aranzadi Editorial nº 5, 1995.

MATELLANES RODRÍGUEZ, N. "Derecho Penal Económico y Derecho Administrativo Sancionador", en (Dir.) CAMACHO VIZCAÍNO A. *Tratado de Derecho Penal Económico.* Ed. Tirant lo Blanch. 1ª Ed. 2019.

MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte general.* 10ª Edición. Valencia. 2019.

NEILA NEILA, J. M. *Manual de responsabilidad penal de los administradores de las sociedades de capital.* Ed. Dykinson 2002.

NÚÑEZ CASTAÑO, E. *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa.* Tirant lo Blanch. 3ª Edición. Valencia, 2019.

ORTS BERENGUER, E., GONZÁLEZ CUSSAC J. L. *Compendio de Derecho Penal. Parte General.* 8ª Ed. Tirant lo Blanch 2019.

PASTOR MUÑOZ, N. "La relevancia penal de los acuerdos de las mayorías de las sociedades (artículo 291 CP)." en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 1, 2008.

PEINADO GRACIA, J.I. *Tratado de Derecho de Cooperativas. Tomo I.* Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013.

PÉREZ BENÍTEZ, J. J. "Aspectos mercantiles de los delitos societarios", en *Boletín de Mercantil El Derecho*, 17 de junio de 2019, nº 75.

PERIS RIERA, J. M. "Derecho penal económico y Código Penal español de 1995: delitos patrimoniales y delitos contra el orden socioeconómico (una

aproximación sistemática)" en *Cuadernos Digitales de Formación* 14 - 2008 18.

QUIJANO GONZÁLEZ, J. "Los presupuestos de la responsabilidad de los administradores en el nuevo modelo del consejo de administración (arts. 236.1 y 2 LSdC)". En *Revista de Derecho Mercantil*, nº 296, 2015, págs. 135-157. Ed. Thomson Reuters Aranzadi.

QUINTERO OLIVARES, G.: "Delitos societarios". En *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*. nº 12, Septiembre de 2.017.

-

QUINTERO OLIVARES G., MORALES PRATS, F, «Comentario al artículo 4 CP», en (Dir.) QUINTERO OLIVARES G., "Comentarios al Código Penal Español". Tomo I. Aranzadi, Pamplona, 2011.

RAGUÉS i VALLÈS, R. *La Prescripción penal: fundamento y aplicación*. Ed. Atelier. Ed. 2004.

REMÓN PEÑALVER A., FLORES CACHO D. *Delitos Societarios: Comentarios a los artículos 290 á 297 del Código Penal*. Ed. Bosch. Wolters Kluwer. 1ª Ed. Enero 2017.

RÍOS CORBACHO, J. M.:

- "Los delitos societarios: Una aproximación al sujeto activo", en *Revista Jurídica Región de Murcia*, nº 26 (1999).
- "Algunos aspectos de la infidelidad de los órganos sociales en el Código Penal" en *Estudios penales y criminológicos*. Vol. XXVI ed. 2006.

RIVES SEVA, A. P. "Los delitos societarios. Análisis de la Jurisprudencia del TS", en <http://www.seguridadpublica.es/2014/02/los-delitos-societarios-analisis-de-la-jurisprudencia-del-tribunal-supremo/>. Febrero 2.014.

RODRÍGUEZ DEVESA. J.M. *Derecho Penal Español. Parte General*. Ed. Madrid. 1.983.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G.:

- *Delitos contra los derechos de los socios y delitos de obstrucción*. Ed. 1998.
- *Estudios de Derecho Penal Económico*. 2.009 Ed. Civitas.
-

RODRIGUEZ RAMOS, L. "Los nuevos delitos pseudo societarios". En *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*. (abril-mayo 1996).

RODRÍGUEZ RAMOS, L. "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", 4-5-1997.

ROXIN, C.:

- *Derecho Penal. Parte General. Tomo I.* Ed. Thomson Civitas.1997.
- *La Teoría del Delito en la Discusión Actual.* Traducción de Manuel Abanto. Ed. Grijley. Ed. 2007.

-

RUEDA MARTÍN, M.A. :

- “Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración pública”, en *REDPC 2001*.
- “*La personalidad jurídica de la sociedad: sociedad de personas y sociedad de capitales. El beneficio de la sociedad limitada. GPS. Derecho de Sociedades*”. 3ª Edición. Valencia. 2018.
- “*Clasificación de las sociedades mercantiles. El problema de la atipicidad. GPS. Derecho de Sociedades*”. 3ª Edición. Valencia. 2018.
- “Teoría general de las Sociedades Mercantiles. La nulidad de la sociedad. La sociedad de hecho. En *GPS. Derecho de Sociedades*. 3ª Edición. Valencia. 2018.
- “Formalidades de la constitución de la sociedad. El problema de la sociedad irregular” en *GPS. Derecho de Sociedades*. 3ª Edición. Valencia. 2018.

-

DE SANTOS SÁNCHEZ, M. *Los propietarios de suelo. Interempresas.net*.

SANZ MORÁN Á.J.:

- "La reiteración delictiva: modelos de respuesta". En *Reincidencia y Concurso de delitos. Reiteración delictiva*. Montevideo, Buenos Aires. Coordinador: Maldonado Fuentes, Francisco; Ed. B d f. 2.016.

- *Sobre el arte de contar delitos. Últimas aportaciones legislativas y jurisprudenciales*. Discurso ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid. 5 de julio 2019.

SEQUEROS SAZATORNIL, F.; DOLZ LAGO, M.J. "*Delitos societarios y conductas afines*". 4ª Ed. Feb 2.017.

TERRADILLOS BASOCO, J.M. *Derecho Penal de la Empresa*. Trotta, Madrid, 1.995.

TENA PIAZUELO, I. *Concepto, constitución y funcionamiento de la sociedad civil*. Tirant lo Blanch. Tratados. Ed. 2016, Valencia.

TORÍO LÓPEZ, A.:

- “La Estructura típica del delito de coacción”. *En ADPCP*. Madrid 1.977.
- “*Los delitos del peligro hipotético*”. (“Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto”), *en ADPCP*. Madrid 1.981.
- “El concepto individual de culpabilidad”, *en ADPCP*, Tomo 38, Fasc/Mes 2, 1985.
- “Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma” *en Estudios penales y criminológicos*, N^o. 10. 1985-1986.
-

VIVES ANTÓN, T.S. *Comentarios al Código Penal de 1.995*. Editorial Tirant lo Blanch. Pág. 1.436. Ed. 1996.

Capítulo 18. SENTENCIAS.

Sentencias Tribunal Supremo

1.974

STS de 22 de octubre de 1.974. RJ 1974/3970.

1.982

STS de 27 de diciembre de 1982 EDJ 1982/8153.

1.983

SSTS 7 de julio de 1983 EDJ 1983/4073.

1.985

STS 25 de abril de 1985 EDJ 1985/2387.

1.986

STS de 15 de septiembre de 1.986 EDJ 1986/5492.

1.988

STS 20 de febrero de 1988. EDJ 1988/335.

1.989

STS de 24 de octubre de 1989 EDJ 1989/9402.

1.990

STS de 8 de febrero de 1.990, EDJ 1990/1235. STS de 4 de abril de 1.990. EDJ 1990/3743. STS de 18 de diciembre de 1990 EDJ 1990/11615.

1.991

STS de 2 de octubre EDJ 1991/9250. STS de 10 de diciembre de 1.991 EDJ 1991/11653. STS de 17 de diciembre de 1991.

1.992

STS de 2 de marzo de 1992. STS de 23 de abril de 1992. EDJ 1992/3946; STS 14 de septiembre de 1992 EDJ 1992/8766. STS 1004/1992 de 13 de noviembre de 1.992. STS de 14 de noviembre de 1992 EDJ 1992/11209.

1.993

STS 25 de enero de 1993. STS de 8 de julio de 1993 EDJ 1993/6826. STS de 16 de julio de 1993 EDJ 1993/7236. STS 28 de septiembre de 1993. STS de 13 de octubre de 1.993 EDJ 1993/9017.

1.994

STS de 15 de junio de 1.994. EDJ 1994/5364.

1.996

STS, de 30 de enero de 1996. Rec. 1104/95. EDJ 1996/345. STS 611/1996, de 17 de julio EDJ 1996/5305.

1.997

STS 366/1997, de 21 de marzo. STS de 14 de noviembre de 1997, núm. 1141/1997 EDJ 1997/8539.

1.998

STS 13 de noviembre de 1998 EDJ 1998/26949

1.999

STS de 7 de julio de 1.999.

2.000

STS. nº 190/2000 de 7 de febrero de 2.000. STS núm. 258/00, de 21 de febrero, EDJ 2000/2183. STS de 24 de febrero de 2000, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. STS de 22 de mayo de 2.000, nº 846/2000. STS de 6 de junio de 2000. EDJ 2000/11799. STS de 30 de junio de 2.000. EDJ 2000/21768 . STS de 26 de julio de 2000 EDJ 2000/27669. STS Sala 2ª de 30 de septiembre de 2.000, nº 1478/2000, Rec. 1617/1999. EDJ 2000/29845. STS de 20 de noviembre de 2000. STS Sala 15 de diciembre de 2.000. Acuerdo no Jurisdiccional TS (Penal Pleno) de 15 diciembre de 2000. EDJ 2000/112243.

2.001

STS de 12 de febrero de 2.001. nº 175/2001. STS 1180/2001, de 2 de julio EDJ 2001/29064. STS de 15 de octubre de 2001. STS de 18 de octubre de 2.001. EDJ 2001/36725. Rec. nº 4737/1999. STS de 19 de octubre de 2001, núm. 1715/2001 EDJ 2001/40448. STS de 26 de diciembre de 2.001, nº 2476/2001.

2.002

STS Sala 2ª, nº 224/2002 de 12 de febrero EDJ 2002/2130. STS de 15 de febrero de 2002, nº 240/2002. EDJ 2002/3630. STS de 17 de abril de 2.002. núm. 654/02. EDJ 2002/13415. STS 839/2002, de 6 de mayo. STS nº 1104/2002, de 10 de junio. STS nº 1140/2002, de 19 de junio EDJ 2002/23906. STS 1236/2002 de 27 de junio de 2.002 EDJ 2002/26516. STS. nº 867/2002 de 29 de julio, nº 885/2003 de 23 de mayo. STS de 11 octubre 2002 EDJ 2002/39402. STS de 25 de Octubre de 2002. STS 1828/2002, de 25 de octubre (EDJ 2002/54109). STS 1788/2002, de 28 de octubre (EDJ 2002/44564). STS Sala 2ª de 26 noviembre

de 2002, nº 1953/2.002. EDJ 2002/54110. RJ 10.513. STS 2010/2002, de 3 de diciembre. EDJ 2002/58591.

2.003

STS nº 760/2003 de 23 de marzo. STS de 9 de mayo de 2003. EDJ 2003/263057, nº 650/2003. STS nº 885/2003 de 23 de mayo. STS. nº 885/2003 de 13 de junio. STS Sala 2ª. STS 1177/2003, de 12 de septiembre. STS de 15 de septiembre de 2003 nº 1158/03, EDJ 2003/110607. STS de 7 de noviembre de 2003, nº 1458/2003.

2.004

STS 42/2.004 de 27 de enero; RJ 4603. STS 251/2004, de 26 de febrero (EDJ 2004/12768). STS 368/2004, de 21 de marzo. STS, Sala 2ª 30-03-2004, nº 421/2004, rec. 2998/2002 EDJ 2002/31407. STS 620/2004, de 4 de junio. STS, de 17 de junio de 2004, nº 778/2004. STS Sala 2ª de 2 noviembre de 2004 EDJ 2004/174154. STS Sala 2ª 30 de noviembre de 2004, nº 1404/2004, Rec. 2443/2002 EDJ 2004/219336.

2.005

SSTS 207/2005, de 18 de febrero (EDJ 2005/23840); STS 297/2005, de 7 de marzo. EDJ 2005/33601. STS (Penal) de 11 abril de 2005. EDJ 2005/68319. STS nº 499/2005, de 19 de abril de 2.005. EDJ 2005/62578. STS de 27 de mayo de 2.005, nº 402/2005. EDJ 2005/37482. STS Sala 2ª de 24 junio de 2005. EDJ 2005/119226. STS nº 1173/2005, de 27 de septiembre.

2.006

STS de 27 de enero de 2006, núm. 42/2006 EDJ 2006/6367. STS (Penal) de 30 enero de 2006. EDJ 2006/11975. STS 77/2006 de 1 de febrero (EDJ 2006/8463). STS de 8 de marzo nº 180/2006. EDJ 2006/16025. STS nº 309/2006 de 16 de marzo. STS nº 413/2006 de 7 de abril. STS nº 461/2006 de 17 de abril. STS 566/2006, de 9 de mayo (EDJ 2006/83847). STS nº 671/2006 de 21 de junio. STS de 14 de julio de 2.006. nº 796/2006, Rec. 1985/2005. EDJ 2006/105592. RJ 6088. STS de 17 de julio de 2006, núm. 841/2006 EDJ 2006/282123. STS de 26 de julio de 2.006, nº 816/2006. EDJ 2006/109825. (RJ 2006; 7317). STS 1177/2006 de 20 de noviembre EDJ 2006/311683 ,

2.007

STS 4/2007, 8 de enero. EDJ 2007/2701. STS nº 11/2007 de 16 de enero. STS S 26 de enero de 2007, nº 59/2007, Rec. 1064/2006. EDJ 2007/5399. (RJ 2007; 1.586) STS nº 79/2007, de 7 de febrero. STS Sala 2ª de 16 marzo de 2007. nº 245/2007. Rec. nº 711/2006. EDJ 2007/32789. STS nº 336/2007, de 13 de junio. STS de 19 de julio de 2007, núm. 258/2007. EDJ 2007/127524. STS nº 1018/2007 de 5 de diciembre de 2007.

2.008

STS 6 de febrero de 2.008, nº 112/2008. EDJ 2008/31074. STS de 27 de Febrero de 2008, nº 128/2008. STS 213/2008, de 5 de mayo, 1349/2009, (EDJ 2008/73138). STS de 17 de julio de 2008, nº 503/2008, Rec. 10012/2008. EDJ 2008/161761. STS nº 563/2008 de 24 de septiembre. STS nº 860/2008 de 17 de diciembre, nº 554/2008 de 24 de septiembre.

2.009

STS de 23 de febrero de 2009, nº 213/2009, rec. 866/2008. EDJ 2009 / 22887. STS nº 1394/2009 de 21 de mayo. STS nº 575/2009, de 9 de junio; STS 18 de junio de 2009. Nº 700/2009, Rec. 11525/2008. EDJ 2009/150954. STS de 16 de julio de 2.009. nº 863/2009. STS 883/2009, de 10 de septiembre

(EDJ 2009/225086). STC 195/2009, 28 de septiembre (EDJ 2009/216689). STS nº 1075/2009 de 9 de octubre. STS de 13 octubre de 2009. EDJ 2009/265739. STS 743/2009 de 13 de noviembre EDJ 2009/265693. STS 1247/2009, de 11 de diciembre (EDJ 2009/299983). STS de 22 de diciembre de 2009, nº 1351/2009. EDJ 2009/321753. Rec. 1339/2009. STS de 22 de diciembre de 2.009 1370/2009. STS Sala 2ª de 30 diciembre 2009 (J2009/321754).

2.010

STS de 25 de enero de 2010. Rec nº 1394/2009 STS 1 de febrero de 2010, nº 63/2010, Rec. 1069/2009. STS Sala 2ª de 1 febrero de 2010. EDJ 2010/37597. STS Sala 2ª de 11 febrero de 2010. EDJ 2010/12453. STS nº 81/10, de 15 de febrero de 2.010. STS. nº 97/2010 de 20 de febrero, nº 89/2010 de 10 de febrero. STS de 11 de marzo de 2.010, nº 234/2010, rec. 1768/2009. EDJ 2010/21708. STS de 30 de junio de 2.010, nº 607/2010, (EDJ 2010/133424), STS Sala 2ª de 22 octubre de 2010. EDJ 2010/251834. STS 24 de noviembre de 2010, nº 740/2010, Rec. 876/2007. EDJ 2010/326682. STS nº 1177/2010, de 16 de diciembre. Acuerdo adoptado en Sala general, por el Pleno de la Sala Segunda, en su reunión de 26 de octubre de 2010.

2.011

STS 116/2011, de 1 de febrero (EDJ 2011/13895). STS núm. 41/2011 de 10 de febrero, rec. núm. 1948/2010. STS nº 511/2011, de 16 de mayo (EDJ 2011/113866). STS Sala 2ª de 7 de junio de 2011, nº 578/2011, rec. 2649/2010. EDJ 2011/131027. STS de 8 de julio de 2.011, núm. 793/2011. STS 4 de octubre de 2.011, nº 1002/2011. Rec. 11169/2011. STS 18 de octubre de 2011. STS nº 1294/2011, de 21 de noviembre (EDJ 2011/280481),

2.012

STS de 19 de abril de 2.012, nº 286/2012, rec. 731/2011. STS de 19 de abril de 2012 (Tol 2540535). STS de 25 de abril de 2012 EDJ 2012/97407. STS núm.

320/2012 de 3 de mayo de 2012, rec. 1389/2011. STS de 26 de junio de 2.012 (nº 532/2012). STS 398/2012, de 5 de julio. STS de 26 de julio de 2.012 nº 532/2012. STS de 26 de Julio de 2012, nº 659/2012, Rec. 1677/2011. STS de 26 de septiembre de 2.012, nº 696/2012.

2.013

STS 91/2013, de 1 de febrero. EDJ 2013/11098. STS de 7 de marzo de 2013 nº 194/2013. STS. 228/2013 de 22 marzo. STS, Sala 2ª, de 26 de marzo de 2013, nº 330/2013, rec. 739/2012. EDJ 2013/55353. STS de 17 de abril de 2013, nº 316/2013, Rec. 452/2012. EDJ 2013/67866. STS nº 416/13, de 26 de abril de 2.013. STS 396/2013 de 7 de mayo (RJ 7317). STS de 25 de junio de 2.013; nº 526/2013 de 25 de Junio. ATS núm. 1822/2013 de 19 de septiembre. EDJ 2013/198131. STS nº 1048/2013, de 19 de septiembre. STS de 22 de octubre de 2.013, nº 765/13. EDJ 2013/201205.

2.014

STS nº 64/2014, de 11 de febrero (EDJ 2014/12342). STS de 2 de abril de 2014 nº 278/2014, rec. 10917/2013. EDJ 2014/ 71696 STS 354/2014, de 9 de mayo (EDJ 2014/70971). STS Sala 2ª de 5 junio de 2014. EDJ 2014/101810. STS 627/2014 de 7 octubre. STS Sala 2ª de 15 octubre de 2014. EDJ 2014/182558. STS Sala 2ª de 4 noviembre de 2014. EDJ 2014/205081. ATS (Penal), sec. 1ª, 6 de noviembre de 2014, nº 1967/2014, rec. 1193/2014 EDJ 2014/240535. STS 856/2014 de 26 de diciembre (EDJ 2014/230612). STS Sec. 1ª de 29 de diciembre de 2014 nº 905/2014, rec. 465/2014. EDJ 2014/240322.

2.015

STS de 12 de mayo de 2015, nº 269/2015, rec. 2055/2014. STS de 12 de mayo de 2015, nº 284/2015, rec. 1563/2014. EDJ 2015/ 80738. STS 421/2015 de 21 de mayo (EDJ 2015/116881). STS, de 24 de septiembre de 2.015, nº 563/2015. STS de 21 de octubre de 2015, rec nº 10432/2015.

2.016.

STS (Penal) de 17 mayo de 2016, Sec. 1ª, nº 416/2016, rec. 2236/2015 (EDJ 2016/61360). STS 425/2016, de 19 de mayo. EDJ 2018/649872. STS Sala 2ª de 28 junio 2016. Tribunal Supremo, nº 565/2016, Rec. 348/2016 EDJ 2016/98914.

2.017

STS de 18 de enero de 2017, nº 3/2017, rec. 10545/2016. EDJ 2017/2127. STS Sala 2ª, de 26 de enero de 2017, nº 31/2017, rec. 1177/2016. STS 86/2017, de 16 de febrero de 2.017 (EDJ 2017/9047). STS Sala 2ª de 29 marzo de 2017, EDJ 2017/32809. STS 7 de junio 2017, nº 413/2017, rec. 2015/2016. EDJ 2017/99613. STS 15 de junio de 2017, nº 1045/2017, Rec. 2089/2016. STS Sala 2ª de 13 de julio de 2017, nº 566/2017, Rec. 116/2017. EDJ 2017/141756. STS 826/2017, de 14 de diciembre (EDJ 2017/262682),

2.018

STS nº 18/2018, de 17 de enero (EDJ 2018/1600). STS 125/2018, de 15 de marzo (EDJ 2018/22183). STS 71/2018, de 11 de abril (EDJ 2018/42036). STS 209/2018, de 3 de mayo (EDJ 2018/57766). STS (Civil) de 21 junio de 2018. Sec. 1ª, S 21-06-2018, nº 384/2018, rec. 3388/2015. EDJ 2018/505342. ATS Sala 2ª, sec. 1ª, 28-06-2018, nº 959/2018, Rec. 157/2018. EDJ 2018 /529694. ATS de 13 de septiembre de 2018, nº 1293/2018, rec. 973/2018, STS Sala 2ª de 26 septiembre de 2018. EDJ 2018/586527. STS Sala 2ª, de 28 de septiembre de 2.018, nº 436/2.018. Rec. 2251/2.017. STS 15 de octubre de 2.018, nº 467/2018, rec. 2952/2017. EDJ 2018/649910. STS de 18 de octubre de 2.018 nº 487/2018, Rec. 10009/2018. EDJ 2018/60705. STS 29 de octubre de 2018, nº 512/2018,

Rec. 1837/2017. EDJ 2018/649872. STS de 14 de diciembre de 2018, nº 649/2018, Rec. 3022/2017. EDJ 2018/ 654406. STS de 19 de diciembre de 2018, nº 670/2018, rec. 1065/2017. EDJ 2018/ 656491.

2.019

STS Sala 2ª, sec. 1ª, 6 febrero de 2019, nº 64/2019, Rec. 2568/2017. EDJ 2019/506309. STS 8 de mayo de 2.019 nº 230/2019, rec. 2909/2017 EDJ 2019/573537. STS Sala 2ª de 5 junio de 2019. EDJ 2019/611949. STS de 11 de junio de 2.019 nº 305/2019, Rec. 417/2018. EDJ 2019/618454. STS de 23 octubre de 2019. EDJ 2019/715802. STS de 31 octubre de 2019, EDJ 2019/726105. STS. Sec. 1ª, de 26 de noviembre de 2019, nº 578/2019, rec. 1894/2018. STS (Penal) de 26 noviembre de 2019. EDJ 2019/744681. STS de 18 diciembre de 2019. EDJ 2019/763050.

Audiencias Provinciales

Audiencia Provincial de Álava

SAP Álava de 25 febrero 2014. EDJ 2014/177400.

Audiencia Provincial de Alicante

SAP Alicante de 27 marzo de 2014. EDJ 2014/193680.

SAP Alicante de 14 septiembre de 2018. EDJ 2018/660988.

Audiencia Provincial de Baleares

SAP Baleares, sec. 1ª, S 10-07-2008, nº 46/2008, Rec. 74/2006. EDJ 2008/210012.

SAP Baleares, Sec. 1ª, 9 de septiembre de 2010, nº 432/2010, rec. 728/2008.

SAP Baleares de 25 de mayo de 2.015, nº 82/2015, Rec. 45/2.014.

SAP Baleares, sec. 2ª, S 25 de mayo de 2015, nº 82/2015, rec. 45/2014.

Audiencia Provincial de Barcelona

SAP de Barcelona de 22 de marzo de 1.999.

SAP Barcelona, Sec. 8ª, de 21 de mayo de 2.002.

SAP Barcelona de 25 de marzo de 2.004. ARP 2004/381.

SAP Barcelona de 15 de enero de 2.007, ARP 2007/312.

SAP Barcelona de 27 abril 2011. EDJ 2011/87921.

SAP de Barcelona, Sec. 15ª, de 15 de enero de 2.014, (ROJ: SAP B 689:2014, ECLI: ES: APB: 2014:689; EDJ 2014/12250).

SAP Barcelona de 13 noviembre de 2015. EDJ 2015/273331

SAP Barcelona de 12 enero de 2016. EDJ 2016/13182.

AAP Barcelona, sec. 6ª, de 29 de enero de 2018, nº 64/2018, Rec. 787/2017. EDJ 2017/74258.

AAP Barcelona, sec. 6ª, de 19 de marzo de 2018, nº 200/2018, rec. 175/2018 EDJ 2018/ 67392.

AAP Barcelona de 13 abril de 2018. EDJ 2018/97398.

SAP Barcelona, Sec. 5ª, de 4 de mayo de 2.018, nº 311/2018, Rec. 78/2017. EDJ 2018/572647.

SAP Barcelona, sec. 10ª, 28 de noviembre de 2018, nº 741/2018, rec. 97/2017.EDJ 2018/728227.

SAP Barcelona 31 de enero de 2.019 nº 54/2019, Rec. 106/2017. EDJ 2019 / 536336.

Audiencia Provincial de Burgos

SAP Burgos, 14 de diciembre de 2.000.

SAP Burgos de 7 febrero de 2003. EDJ 2003/10650.

SAP Burgos de 19 noviembre de 2009. EDJ 2009/292350.

SAP Burgos de 25 septiembre de 2012, EDJ 2012/256723,

SAP de Burgos, Sec. 1ª, 3 septiembre de 2013, nº 360/2013, Rec. 75/2013. EDJ 2013/170477.

SAP Burgos de 20 febrero de 2017, EDJ 2017/272016.

AAP Burgos de 6 marzo de 2017. EDJ 2017/45349.

Audiencia Provincial de Cantabria

SAP Cantabria nº 102/2.000 de 31 de julio. JUR 2000/288741.

SAP Cantabria de 21 febrero de 2013. EDJ 2013/234861.

Audiencia Provincial de A Coruña

SAP A Coruña de 2 marzo de 2012. EDJ 2012/52074.

Audiencia Provincial de Castellón

SAP Castellón de 20 de diciembre de 2.000.

SAP de Castellón de 29 de mayo de 2.007, nº 255/2007, Rec. 169/2007. EDJ 2007/176407.

SAP Castellón de 29 noviembre de 2017. EDJ 2017/302757.

Audiencia Provincial de Ciudad Real

SAP Ciudad Real de 18 octubre de 2018. EDJ 2018/659585.

Audiencia Provincial de Córdoba

SAP Córdoba 173/2.009, de 16 de junio.

Audiencia Provincial de Cuenca

SAP Cuenca de 9 de junio de 2010 Sección 1ª (ROJ: SAP CU 194/2010)

Audiencia Provincial de Granada

SAP Granada de 23 septiembre de 2008. EDJ 2008/274086.

Audiencia Provincial de Gipuzkoa

AAP Guipúzcoa, sec. 3ª, de 26 de marzo de 2018, nº 101/2018, rec. 3293/2016.
EDJ 2018/523764.

Audiencia Provincial de Jaén

AAP Jaén 388/2.102 de 21 de diciembre (JUV 140.773).

Audiencia Provincial de León

SAP de León de 10 de marzo de 2.016 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de León, Causa con Jurado nº 37/2.015.

SAP León de 24 octubre de 2017. EDJ 2017/256847.

Audiencia Provincial de Madrid

AAP de Madrid, de 22 de mayo de 2.009.

SAP Madrid 668/2000 de siete de noviembre, JUR 2001/60.869.

SAP Madrid de 22 de septiembre de 2.003 (nº 444/2003, Rec. 47/2002).

SAP Madrid 25/2.004, de 19 de enero, JUR 2004, 261365.

SAP Madrid, Sec. 23ª, de 5 de diciembre de 2005, nº 122/2005, rec. 13/2005 EDJ 2005/260437

AAP Madrid 262/2.006, de 8 de mayo; AAP Zaragoza 355/2.006, de 21 de julio.

AAP Madrid, Sec. 5ª, 11-5-2007, nº 2022/2007, Rec. 180/2007. EDJ 2007/122336.

SAP Madrid de 15 junio de 2007. EDJ 2007/251465.

SAP Madrid de 27 abril de 2009. EDJ 2009/123398.

AAP Madrid de 13 julio de 2010. EDJ 2010/166159.

AAP Madrid de 14 marzo de 2011. EDJ 2011/63359.

AAP de Madrid, de 20 de enero de 2012 (nº 4/2012; rec. 539/2011; EDJ 2012/28231).

SAP de Madrid, de 27 de enero de 2012 (nº 35/2012, rec. 180/2011; EDJ 2012/39713).

SAP de Madrid de 20 de junio de 2012 (EDJ 2012/203652).

SAP Madrid de 12 mayo de 2014. EDJ 2014/97942.

SAP de Madrid, de seis de marzo de 2015, nº 70/2015, rec. 36/2013 EDJ 2015/100318.

AAP Madrid de 19 junio de 2017. EDJ 2017/158774.

AAP Madrid, sec. 29ª, 11 de septiembre de 2017, nº 695/2017, Rec. 944/2017. EDJ 2017/210362.

SAP Madrid, Sec. 6ª, 8 de noviembre de 2017, nº 697/2017, Rec. 1752/2016

SAP Madrid, sec. 6ª, S 8-11-2017, nº 697/2017, rec. 1752/2016.

SAP de Madrid, Sec. 23 de 19 de diciembre de 2017, nº 713/2017, Rec. nº 1.528/2017.

SAP Madrid, sec. 2ª, S 21-12-2017, nº 802/2017, rec. 576/2017.

SAP Madrid de 2 febrero de 2018. EDJ 2018/29224.

SAP Madrid de 20 septiembre de 2019. EDJ 2019/709190

Audiencia Provincial de Málaga

SAP Málaga nº 337/15 de 29 de Junio de 2.015.

Audiencia Provincial de Murcia

SAP de Murcia, Sec. 5ª, de 12-04-2013, nº 113/2013, Rec. 5/2013.

Audiencia Provincial de Navarra

SAP Navarra nº 10/2.013, de 30 de enero ARP 2013, 937.

SAP Navarra de 4 mayo de 2018. EDJ 2018/515227.

Audiencia Provincial de Ourense

SAP Ourense de 9 enero de 2018. EDJ 2018/8284.

SAP Ourense, sec. 2ª, S 25-02-2019, nº 72/2019, rec. 35/2017. EDJ 2019 540424.

Audiencia Provincial de Palencia

SAP Palencia de 3 abril de 2014. EDJ 2014/58804.

Audiencia Provincial de Las Palmas

SAP Las Palmas, sec. 1ª, 27 de febrero de 2015, nº 44/2015, Rec. 944/2014.

SAP de Las Palmas, Sec. 1ª, de 9 de febrero de 2018, nº 45/2018, rec. 108/2016, EDJ 2018 / 66655.

SAP Las Palmas, sec. 1ª, 28 de febrero de 2018, nº 75/2018, rec. 102/2015.

Audiencia Provincial de Pontevedra

SAP Pontevedra 58/2.001, de 26 de septiembre, JUR 2001/317.934.

SAP Pontevedra de 22 noviembre de 2017. EDJ 2017/286619.

Audiencia Provincial de La Rioja

SAP de La Rioja de 23 de septiembre de 2.005.

SAP La Rioja de 19 junio de 2018. EDJ 2018/601620.

Audiencia Provincial de Salamanca

SAP Salamanca, Sec. 1ª, de 2 de diciembre de 2016, nº 49/2016, Rec. 53/2016.

AAP de Salamanca, Sec. 1ª, de 13-06-2017, nº 237/2017, Rec. 189/2017

Audiencia Provincial de Segovia

SAP Segovia de 20 abril de 2011. EDJ 2011/83364.

SAP Segovia, Sec. 1ª, 5 de marzo de 2018, nº 7/2018, Rec. 25/2017.

Audiencia Provincial de Sevilla

SAP Sevilla de 27 junio de 2003. EDJ 2003/94759.

SAP de Sevilla, Sección 7ª, 299/2003 de 27 de junio.

Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife

AAP Santa Cruz de Tenerife de 12 mayo de 2008. EDJ 2008/130144.

SAP Tenerife 510/2.013 de 31 de octubre.

SAP Santa Cruz de Tenerife de 25 abril de 2017 EDJ 2017/131162.

SAP Santa Cruz de Tenerife de 28 febrero de 2018. EDJ 2018/592363

Audiencia Provincial de Tarragona

AAP Tarragona de 6 de marzo de 2.006 (ARP 2006/645).

Audiencia Provincial de Valladolid

SAP de Valladolid de 4 octubre 2004. EDJ 2004/156073.

SAP de Valladolid de 27 de septiembre de 2.012.

SAP Valladolid, sec. 4ª, 2 de diciembre de 2013, nº 437/2013, rec. 17/2013.

SAP Valladolid de 7 noviembre de 2016. EDJ 2016/224033.

APP Valladolid, Sec. 4ª, de 5 de abril de 2.018, nº 167/2018, rec. 211/2018. EDJ 2018/87439

Audiencia Provincial de Zaragoza

SAP Zaragoza 436/2.003, de 29 de diciembre.

Audiencia Nacional

SAN Sec. 2ª, 31 de marzo de 2017, nº 8/2017, Rec. 6/2014. EDJ 2017/37275.

Tribunales Superiores de Justicia

STSJCyL, Sala de lo Civil y Penal, Rollo de Apelación nº 8/2.020, Sentencia nº 14/2020 de 18 de marzo de 2.020.

Tribunal Constitucional

STC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 5). EDJ 1988/335.

STC 127/1990, de 5 de julio, FJ 3, EDJ 1990/7269.

STC nº 278/2000, de 27 de noviembre.

STC nº 147/2002, de 15 de julio. EDJ 2002/29203.

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 8 de mayo de 2.012. Tribunal Constitucional Pleno, S 8-5-2012, nº 101/2012, BOE 134/2012, de 5 de junio de 2012, Rec. 4246/2001).

STC nº 63/2005 de 14 de marzo.

STC 195/2009, 28 de septiembre (EDJ 2009/216689).

STC nº 1/ 2.014, de 13 de enero de 2.014, (BOE 35/2014, de 10 de febrero de 2014, rec. 3121/2011, EDJ 2014/1262 STC).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH de 22 de octubre de 1996, caso Stubbings.

D.G.R y N.

Res. D.G.R y N. de 14 de febrero de 2001,. «BOE» núm. 69, de 21 de marzo de 2001, páginas 10558 a 10562 (5 págs.) EDD 2001/4156.

Res. DGRN de 10 julio de 2013. Registro Mercantil. EL DERECHO. EDD 2013/147341