



UNIVERSIDAD DE JAÉN
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

**LOS DELITOS SOCIETARIOS,
SU FUNCIONALIDAD Y APLICABILIDAD.**

Alumno: María del Carmen Medina Araque

Mayo, 2017

RESUMEN: El objeto de presente trabajo es analizar los artículos 291 y 293 del Código Penal, con la finalidad de determinar su funcionalidad actual. Para ello, se realizará una retrospectiva tanto social como legislativa, que podrá de manifiesto las necesidades incriminatorias antes de que estas figuras formaran parte del texto punitivo, y que se aprobó a través de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, y la relación tan estrecha que guardan las conductas típicas con el ámbito mercantil.

Palabras clave: *ius puniendi*, delitos societarios, ámbito mercantil.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyze articles 291 and 293 of the Criminal Code, in order to determine its current functionality. To do this, I will make a retrospective both social and legislative, which may show the incriminating needs before these figures were part of the punitive text, and which was approved through Organic Law 10/1995, of November 23, and the So close relationship that the typical behaviors with the commercial sphere.

Key words: *ius puniendi*, corporate crimes, commercial sphere.

ÍNDICE	PÁGINAS
1. INTRODUCCIÓN.....	3
2. FACTORES SOCIALES Y ECONÓMICOS SOBRE LOS QUE SE PROYECTABAN LAS NECESIDADES DE INCRIMINACIÓN PENAL DE LOS DELITOS ECONÓMICOS.....	4
3. JUSTIFICACIONES DEL PRELEGISLATIVAS.....	8
3.1. Proyecto de ley orgánica de código penal de 1980.....	9
3.2. Proyecto de ley orgánica de código penal de 1992.....	10
3.3. Proyecto de ley orgánica de código penal de 1994.....	13
4. CUESTIONES COMUNES A LOS ARTÍCULOS 291 Y 293 DEL CÓDIGO PENAL.....	14
4.1. Naturaleza jurídica de los delitos societarios.....	14
4.2. Ámbito objetivo.....	17
4.3. Real decreto legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de sociedades anónimas como sustrato de los arts. 291 y 293 del código penal.....	21
5. IMPOSICIÓN DE ACUERDOS SOCIALES ABUSIVOS (ART. 291 CP).....	24
5.1. Bien jurídico protegido.....	24
5.2. Aspectos objetivos del tipo.....	25
5.2.1. Sujeto activo.....	25
5.2.2. Sujeto pasivo.....	27
5.2.3. Conducta típica.....	28
5.3. Aspecto subjetivo del tipo.....	30
5.4. Funcionalidad del tipo.....	30
6. LESIÓN DE DERECHOS SOCIALES (ART. 293 CP).....	34
6.1. Bien jurídico protegido.....	34
6.2. Aspectos objetivos del tipo.....	36
6.2.1. Sujeto activo.....	36
6.2.2. Sujeto pasivo.....	38
6.2.3. Conducta típica.....	38
6.3. Aspecto subjetivo del tipo.....	41
6.4. Funcionalidad del tipo.....	41
7. CONCLUSIONES: LA ÚLTIMA RATIO DEL IUS PUNIENDI DEL ESTADO.....	44
8. BIBLIOGRAFIA.....	49

1. INTRODUCCIÓN.

Los delitos societarios se tipifican por primera vez en la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante C.P.), en Libro II, Título XIII, Capítulo XIII, (arts. 290 a 297), justificando el legislador su inclusión mediante una escueta e insustancial razón en la Exposición de Motivos, “(...) *se ha afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, [...], merece destacarse la introducción de los delitos contra el orden socioeconómico(...)*”.

No hay que perder de vista, en primer lugar que es la primera codificación penal en la nueva era democrática instaurada por la Constitución Española de 1978¹; que el nuevo C.P., introduce por primera vez los delitos contra el orden socioeconómico, después de unas cuantas proyecciones fallidas dotadas de continuidad que se inician en 1980; y por último, que en el Título XIII en el que los incluye, “*Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*” consta de catorce capítulos y ciento setenta artículos, sin que se pueda apreciar, que delitos son reconducibles al ámbito patrimonial, y cuales al ámbito socioeconómico².

Después de más de veinte años de la tipificación de los delitos societarios en la Ley Orgánica Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal³, en este trabajo se intentará poner de manifiesto, si la consideración como delito de las conductas recogidas por los arts. 291 y 293, han colmado las exigencias que la doctrina reclamaba en el ámbito de la delincuencia económica, los objetivos del legislador para considerar estas conductas delitos, los límites establecidos entre los ámbitos mercantil y penal, y si este último está cumpliendo con los principios limitadores del “*ius puniendi*” del Estado.

¹ Muñoz Conde, F.J. (1982), “La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Ley Orgánica de Código Penal”, *Revista jurídica de cataluña* 81, (1), p. 930. En el antiguo Código Penal se acometieron reformas urgentes y necesarias, pero insuficientes para adaptarlo a la nueva realidad política, social y económica. “*Y este cambio dejaba desfasadas las normas de un texto legal pensado para realidades diferentes*”.

² *Ibídem*, pág. 929. En este mismo sentido se pronunció con el PLOCO 1980.

³ Del Rosal Blasco, B. (1998), *Los delitos societarios en el código penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 23. El autor refiriéndose a la funcionalidad del tipo, indica que sólo el tiempo determinará cuál será su “*eficacia*”, y si realmente cumplirá con los objetivos de política criminal “*previstos por el legislador*”.

2. FACTORES SOCIALES Y ECONÓMICOS SOBRE LOS QUE SE PROYECTABAN LAS NECESIDADES DE INCRIMINACIÓN PENAL DE LOS DELITOS ECONÓMICOS.

Con la proclamación de la Constitución de 1978, aflora una nueva realidad social y económica inmersa en una recesión económica, marcada por el cambio a un régimen social, democrático y derecho; encontrándose el legislador constituyente con un marco jurídico para luchar contra la delincuencia económica⁴, totalmente dissociado de la realidad social, caracterizado por su dispersión y contradicciones internas, destinado a sancionar infracciones en materia de tráfico de divisas, formación de precios, especulación y acaparamiento de productos de primera necesidad⁵, aplicadas por unos jueces, que según González Mourullo⁶ se veían obligados “con encomiable esfuerzo” a conjugar la actualidad delictiva con normas dictadas en época de excepción, y que según Muñoz Conde⁷ “no hacían mucho por remediar esta situación cuando ello, teóricamente al menor era posible”; una Administración Pública con unas potestades sancionadoras incompatibles en un Estado de Derecho⁸ y una doctrina acrítica⁹, que se había dedicado a reflexionar dogmáticamente sobre la estructura de las leyes promulgadas.

Esta nueva realidad, deja atrás un sistema político autoritario de corte capitalista, cuya evolución en materia de delincuencia económica estuvo modulada por las circunstancias que atravesaba el país, y que fue tratada de forma benévola¹⁰ por una Administración corrupta

⁴ Rodríguez Mourullo, G.(1981), “Los delitos económicos en el proyecto del código penal” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 707-719, 707-719, p. 708. “El código penal adolece de un arcaísmo para enfrentarse con este tipo de delincuencia”.

⁵ Bajo Fernandez, M. (1973), “El Derecho penal económico: un estudio de Derecho positivo español.”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 91 ss, p. 133. Indica el autor, que la mayoría de las normas están proclamadas en plena guerra civil.

⁶ Rodríguez Mourullo, G. (1981), “Los delitos económicos en el proyecto del código penal”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 707-719, p. 708.

⁷ Muñoz Conde, “La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Ley Orgánica de Código Penal”, p. 932. “Si alguna vez, excepcionalmente se ha castigado severamente a alguno de estos delincuentes de cuello blanco, se ha puesto en marcha inmediatamente otros mecanismos extra, para o ilegales, generalmente subculturales, como el amiguismo”, el enchufe o el soborno, que han atenuado incluso evitado el peso de la sanción penal”.

⁸ Rodríguez Mourullo, “Los delitos económicos en el proyecto del código penal”, p. 708.

⁹ Viladas Jene, C.(1978), “Notas sobre la delincuencia económica.” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 636-653, pp. 637-638. Los estudios jurídicos realizados eran carentes de “*peligrosidad*” para el régimen instaurado por anterior Jefe del Estado, estando orientados a reflexiones de carácter dogmático acerca de la estructura de las leyes promulgadas.

¹⁰ *Ibidem*, pág. 636. El autor indica que cuando alude a “trato benévolo dispensado a la delincuencia económica” está constatando, que no emitiendo un juicio de valor, la disparidad existente “entre la severidad de

dotada de amplias potestades sancionadoras, comprometida con los grupos económicos de poder y con los intereses que el Régimen instaurado por el General Franco protegía, a fin con el ejecutivo y ausente de reflexiones críticas¹¹.

Instaurado el régimen democrático con la proclamación de la Constitución en 1978, estas manifestaciones de delinquir en España, no dista de lo que ocurre en el resto de países occidentales, cuyos textos punitivos no se adapta a su realidad social, haciendo ineficaces la represión de la delincuencia económica.

Esta realidad social según Fernández Albor, está marcada por el cambio de perfil de los sujetos que en ella participan, que superando a los estratos inferiores de la sociedad, son personas -en sentido sociológico- de alto nivel; que realizan las conductas delictivas bajo la apariencia de una total legalidad en el ejercicio de una actividad profesional, disponiendo para ello de una organización y medios sofisticados, no siendo fáciles de descubrir, pues en la mayoría de los casos, estas conductas son epicentros fronterizos entre los diversos sectores del ordenamiento, y que, por esto mismo reciben un trato legislativo benévolo que los criminalice, ya que éste siempre va a remolque de los cambios experimentados por las relaciones sociales; propiciando a su vez trato indulgente por parte de los tribunales penales, que no encuentra apoyo ni en la legislación, ni en la sociedad, que acepta esta delincuencia con cierta despreocupación.¹²

las sanciones que prevé la legislación vigente en España sobre estas materias y la lenidad de las que –en número muy escaso- han sido impuestas.”

¹¹ *Ibidem*, págs.636-637. El autor sitúa la modulación de la delincuencia económica en España, en tres periodos que distan desde 1939 a 1975, y que ha tenido como coadyuvantes una inhibición de la administración de justicia ante un marco legal caótico, una administración pública dotada de potestades sancionadoras desmesuradas, hartas veces comprometida con los intereses de ciertos grupos económicos y una sociedad con falta de libertades y censurada, propiciando la pasividad de los ciudadanos:

1.- Periodo de la postguerra civil. Caracterizado por la escasez, y presidido por abusos y prácticas “lícitas” conocidas bajo los nombres de mercado negro y estraperlo, favoreciendo a esta situación propia de toda postguerra, el aislamiento internacional al que se vio sometida España, después de la victoria alidada en la Segunda Guerra Mundial.

2.- Desde finales de los años 50 hasta los inicios de la década de los 70, España, dentro del mismo sistema político autoritario, es presidida por una fuerte expansión económica, evolucionando a su par la delincuencia económica, que aprovecha estas coyunturas, como el humus perfecto para el desarrollo de actividades “abusivas y de dudosa licitud en el terreno económico”, típicas de economías de corte capitalista y sujetas a regímenes políticos oligárquicos.

3.- En la década de los años 70, España entra en recesión económica, perfilando una delincuencia económica de subsistencia capitalistas para no sucumbir a la recesión, gracias a la “realización de actos de dudosa licitud o incluso claramente delictivos”.

¹² Fernández Albor, A. (1978), *Estudios sobre criminalidad económica*. Barcelona: Bosch, pp.10 a 12.

Estas conductas¹³ las puso de manifiesto Viladas Jene, en un trabajo que realizó motivado por la ausencia de información que denunciaba gran parte de científicos extranjeros con respecto a la delincuencia económica española de la época. El estudio que lo califica el autor como descriptivo, y que lo realiza, en base a *“la lectura de la literatura especialidad, de la prensa diaria y a datos aportados por profesionales del Derecho”*, pone de relieve las conductas que estaban caracterizando la delincuencia económica en España, enumerando los supuestos que más habían abundado en nuestro país necesitados de justicia penal- en sentido amplio- .

Estas conductas delictivas, coadyuvadas por las particularidades de la transición política las sitúa el autor:

“-La constitución de personas jurídicas a fin y efecto de intentar obviar la responsabilidad penal que dimanaría de la realización de algunas de las siguientes conductas, estando plenamente vigente en el Derecho Penal Español el principio societas delinquere non potest.

-Las prácticas fraudulentas consistentes en la promesa publicitaria de dividendos ficticios destinados a captar el ahorro del público. Las operaciones que favorecen a los Consejeros de Administración en perjuicio de la propia sociedad y de sus acreedores y los sobornos de altos directivos de Sociedades. Las defraudaciones consistentes en abusar del crédito y de las subvenciones oficiales.

-Los fraudes y estafas inmobiliarias propiciadas por la masiva inmigración desde el campo a las ciudades industrializadas, realizadas por Sociedades a menudo inexistentes, o que desaparecen junto con sus administradores y las cantidades entregadas a cuenta del precio total de la supuestas viviendas por personas de condición frecuentemente modesta. La venta de una misma vivienda a dos o más personas y los fraudes inmobiliarios cometidos mediante cooperativas supuestas. El empleo de materiales de calidad y resistencia insuficientes con un propósito de lucro, que ocasionan a menudo hundimientos de edificios, inundaciones de barrios enteros por falta de los alcantarillados idóneos, etc.

-La construcción de edificios indiscriminada sin atender a planes urbanos racionales.

-La adulteración de productos alimenticios destinados al consumo humano.

-La emisión y dación en pago de cheque sin provisión de fondos. La evasión de capitales a través de formas dispares, que van desde la más simplista, como es la maleta repleta de billetes de banco, hasta las más sofisticadas, como son el pago de royalties por asistencia

¹³ *Ibidem*, pág. 10 *“Se ha definido al criminar de cuello blanco, como una persona de nivel socio-económico elevado que viola las reglas (legales o no) destinadas a fijar sus actividades profesionales. El quebrantamiento de estas reglas constituye el delito de cuello blanco”*.

técnica, a la repatriación al extranjero de fondos invertidos en España o de su producto, a la importación y exportación de mercancías, etc.

-La constitución de sociedades mercantiles y en particular de sociedades anónimas, como medio de: elusión fiscal, captación de un gran número de accionistas dispersos y de administrar el capital social de un modo autocrático por parte de una minoría fundadora en perjuicio de la mayoría, abuso del principio de la responsabilidad patrimonial limitada – reduciendo al máximo riesgo de pérdida y no el de ganancia- que se desplaza a los acreedores al limitar la responsabilidad patrimonial a un sucinto capital social, totalmente desproporcionado con el riesgo de la actividad desempeñada.

-Las quiebras fraudulentas y culpables simuladas bajo expedientes de suspensión de pagos que, en la práctica no suponen sanción alguna.

-El fraude fiscal, por las infracciones cometidas y por la ausencia por regla general de las sanciones impuestas a los infractores.”¹⁴

Adoptada por España su organización económica,¹⁵ que podría definirse de mixta, teniendo el “interés general” proclamado en el art. 128 de la CE una funcionalidad bifronte, que actúa por un lado como límite de los derechos privados (arts. 31 y 38 CE), y por otro, como habilitante de la intervención pública¹⁶, el legislador, tenía superado su primer escollo, que era saber que conductas delictivas podían atentar contra las relaciones económicas de nuestro país¹⁷, quedando de esta manera exhortado, por un lado a resolver los problemas juridicopenales que subyacían en esta nueva era política, social y económica; y por otro, a

¹⁴ Viladas Jene, “Notas sobre la delincuencia económica”, pp.639-641.

¹⁵ Una organización económica participada por los derechos de propiedad privada y de libertad de empresa en el marco de una economía de mercado (arts. 33.1 y 38.1 CE), supeditados al interés general (arts. 128 y 131 CE).

¹⁶ Herrero de Miñón, M.(1999), “La Constitución económica: desde la ambigüedad a la integración” *Revista española de derecho constitucional* 19, pp. 11-32, p. 16.

¹⁷ Fernández Albor, *Estudios sobre criminalidad*, p. 23. Para que el Derecho Penal pueda “proteger las relaciones económicas, sancionando aquellas conductas que atenten gravemente con ellas, requiere la previa aceptación de una organización económica; organización que varía según los diversos estadios por los que pasa la economía en los distintos países. Esta protección penal va paralela a la evolución que se puede observar del libre comercio a la protección estatal.”; Rodríguez Mourullo, G.(1983) “Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios.” *Jornadas sobre el Juez Penal frente a la criminalidad económica, organizadas por el Consejo General del Poder Judicial*, pp. 677-691, p. 680. Citando a E. Ruíz Vadillo, *Los delitos contra el orden socio-económico*, en *Anuario de la Escuela Judicial*, núm. XIII (1981), pp 224-225, “Cada sistema económico genera su propia delincuencia económica, sucediendo por ello que lo que se considera delito en una economía dirigida no lo es en una economía de libre mercado, y a la inversa”.

realizar reformas de calado que incidieran en esta nueva realidad social¹⁸, y poder cumplir con el mandato constitucional de proteger los intereses colectivos¹⁹ a través de la intervención del Estado en la economía.

Así, con el objeto de adaptar la legislación básica heredada a la nueva situación política, y aunque, se llevaron a cabo importantes reformas legislativas en el ámbito penal, éstas resultaron insuficientes para adaptar el viejo código penal a la realidad política, social y económica, que dejó al margen de estas reformas “la delincuencia de cuello blanco”²⁰; convirtiendo así, las conductas consideradas delictivas en época excepcional en conductas delictivas habituales, quedando indemnes en el viejo código²¹ los denominados “delitos de cuello azul”, cometidos por la clase proletaria, trabajadora, “*obediente*”²², por otra parte, según Muñoz Conde necesarios; lo que no le resta importancia para tener en consideración a quienes opinaban, que la aplicación de la misma norma a personas situadas en esferas económicas y sociales distintas pudieran ser injustas.

Estas reformas parciales realizadas en el Código Penal de 1944, era sólo parte de una línea de trabajo, que iban acompasadas a los cambios políticos que se iban produciendo durante la transición. Paralelamente se trabajaba en un texto punitivo que viniera a reformar en profundidad todo el sistema, y que dio como resultado el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 (en adelante PLOCP 1980).

3. JUSTIFICACIONES PRELEGISLATIVAS.

¹⁸ Muñoz Conde, “La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Ley Orgánica de Código Penal”, p. 929. Haciendo referencia al PLOCP 1980, considera alarmante, que se quieran solucionar problemas con el Derecho Penal, cuando los problemas tiene su humus fuera de él.

¹⁹ Mankiw, N. G..(2012), *Principles of Economics, Sixth edition*. Traducido por Esther Rabasco. Madrid: Ediciones Paraninfo, S.A., p. 12. En 1776 ya afirmaba Adam Smith, que lo que mueve una economía no son los intereses generales, sino los intereses particulares. Actuando en ese interés particular, una mano invisible, que convierte el interés particular en interés general.

²⁰ Rodríguez Mourullo, “Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios”, p.678.

“caracterizada por tres notas a) la conducta debe entrañar la violación de una norma penal; b) el agente debe pertenecer a la clase social-económica elevada; y c) la violación de la norma penal debe tener lugar en el curso de actividades profesionales”

²¹ Muñoz Conde, “La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Ley Orgánica de Código Penal”, p. 930. La Ley 19 de julio de 1976 borró del elenco de las asociaciones ilícitas los partidos políticos, se despenalizó el adulterio, y la expedición de anticonceptivos, se modificó la edad de la mujer en los delitos de estupro y rapto, se suprimieron los delitos contra las leyes fundamentales y las instituciones típicamente franquistas, y se crearon otros, como el delito de tortura y el delito fiscal.

²² Fernández Albor, *Estudios sobre criminalidad*, pp. 9-10. El término White-Collar criminality, “*se contrapone al término Blue collar*” haciendo estos último referencia a los delitos cometidos por personas de un estrato social más bajo.

Dada la continuidad que el legislador de 1995 le ha dado a los proyectos legislativos iniciados en 1980 para justificar la creación de estas nuevas figuras para la lucha contra la nueva criminología económica, se hace necesario poner de manifiesto su retrospectiva consolidativa, que ha dado lugar a tal justificación.

3.1. Proyecto de ley orgánica del código penal de 1980.

En el PLOCP 1980, la sistemática del Libro II se altera sustancialmente, se cambia el orden de los Títulos, y se introducen otros nuevos, encontrándose entre ellos el título VIII delitos contra orden socio-económico, estructurándose en tres grupos: los delitos económicos, los delitos financieros²³, y delitos de contenido social; cuya innovación, según el prelegislador, daba respuesta a la complejidad que había adquirido el tráfico mercantil e industrial en nuestro país, y que tanta incidencia había tenido en la transformación social experimentada, y que venía a proteger textualmente *“al orden económico entendido en su sentido amplio, como equivalente a regulación de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios”*, creando una disfunción con respecto al texto constitucional al tutelar separadamente el interés colectivo de la sociedad en la economía, a través del poder del *Ius Puniendi* del Estado²⁴ y los intereses individuales patrimoniales, dado que la CE acogía una Economía de Mercado, basada en la libertad de empresa, cuyo fundamento está en la propiedad privada, que conjuga, para llegar a una economía mixta, los intereses individuales y los colectivos, en la que los arts. 33.1 y 38.1 CE actúan como límites estrictos de esta intervención del Estado en la Economía²⁵. Esta disfunción hubiera carecido de trascendencia, si no hubiera sido por la dificultad que entrañaba anudar con el orden económico el objeto de protección de los delitos financieros, que castigaba a través de los mismos las *“maniobras lucrativas realizadas en perjuicio de otros prevaliéndose de la estructura y organización de sociedades mercantiles o industriales”*, ya que, aunque las acciones típicas la situaba el legislador en el ámbito societario, conformaban la justificación con *“lucro y perjuicio”*,

²³ Stampa y Bacigalupo.(1980), *La reforma del Derecho penal económico español (Informe sobre el título VIII del Proyecto de Código Penal de 1980)*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, p. 55. Indican los autores que llamar a los delitos que forma el capítulo VI del Título VIII “financieros” es incorrecto, porque el ámbito en el que se comenten los hechos punibles son las sociedades, *“especialmente de sociedades por acciones”*, por lo que lo correcto sería denominarlos *“delitos societarios”*

²⁴Bajo Fernandez, “El Derecho penal económico: un estudio de Derecho positivo español.” pp. 95-96. *“La finalidad y la función del Derecho Penal económico, no son otra cosa que la sublimación de la finalidad y la función del intervencionismo estatal en la economía”*

²⁵ Herrero de Miñón, *“La Constitución económica: desde la ambigüedad a la integración.”*, p. 15.

elementos esenciales y definitorios de los injustos que atentan con los intereses patrimoniales²⁶.

3.2. Proyecto de ley orgánica de código penal de 1992.

Siendo pacífica la opinión que la delincuencia económica formaba parte de la nueva realidad social, el prelegislador del C.P. de 1992 consolidó en la exposición de motivos la tutela al “orden económico” y la “tipificación de los delitos societarios”, indicando que si bien constituían una novedad en el futuro nuevo texto punitivo, los mismos se venían aplazando desde 1980. Recogiendo la exposición del proyecto los planteamientos doctrinales que se habían originado a raíz del proyecto de 1980, considerando que las figuras tradicionales como la estafa, la apropiación indebida o la falsedad documental no cubrían las necesidades de incriminación de determinadas conductas, cuyo denominador común son las actividades societarias “*sea <<ad intra>> o <<ad extra>>, y ese es el camino que se ha tomado*”.

El debate en torno a la tipificación de los delitos societarios, que llegaron a ser calificados de innecesarios por los supuestos de hecho que acogían, no surgió por la innovación que supusieron, sino, por la ausencia de relación entre lo que pretendía tutelar el prelegislador de 1980 y lo que incriminó para tutelarlos, ya que los detractores de la tipificación de los delitos financieros, no ponía en entre dicho la intervención del Derecho Penal para tutelar el Orden Económico, sino que la incriminación de las conductas recogidas en ellos fueran eficaces para ejercer dicha tutela, que a su juicio a lo único que contribuían era a poner orden en el ámbito mercantil.

Partiendo de esta disfunción proveniente del PLOCP de 1980, entre los intereses que se protegían, y los comportamientos que en función de esa protección se criminalizaron²⁷, si se originaron posicionamientos encontrados entorno a los delitos económicos o financieros para luchar contra la criminalidad económica.

Se puso el acento en la ausencia del prelegislador de 1980 en comprobar la adaptabilidad de los tipos penales clásicos contra el patrimonio, para sancionar estas nuevas formas desviadas que según el prelegislador estaban influyendo en la esfera económica de nuestro país, y que las conductas recogidas en los delitos financieros o societarios eran perfectamente subsumibles en los tipos defraudatorios, falsarios y de apropiación indebida contra el

²⁶Stampa et al., *La reforma del Derecho penal*, p. 24.

²⁷ *Ibidem*, pp. 1 y 2. Indican que en la elaboración del proyecto de 1980 no se había tenido en cuenta la poca investigación que había en materia criminología económica, cuyo reflejo se materializaba en el siguiente problema, “*la determinación, por un lado de los intereses que se quieren proteger y, por otro, la de los comportamientos que en función de esa protección se quieren criminalizar*”

patrimonio, y que la introducción de estos delitos en el C.P. “*nacen condenados a su inaplicabilidad, o quedan reducidos a una contradictoria declaración demagógica sin contenido autónomo real*”²⁸. Poniendo de relieve MUÑOZ CONDE, que la aplicación de las figuras de la estafa, la apropiación indebida o las falsedades documentales, especialmente en documento mercantil, bajo el más estricto respeto al principio de legalidad, no se oponían a que fueran aplicables a los supuestos de hecho más característicos que recogían los delitos de: “*creación de sociedades de fachada*”, “*utilización indebida del capital o beneficios sociales*” “*falsificación de balances etc.*”, dándole a estas conductas la categoría de “*subespecie*” de los delitos tradicionales, dudando que esta nueva tipificación vinieran a cubrir las lagunas de punibilidad puestas de manifiesto por un sector doctrinal y jurisprudencial, que más que colmar lagunas parecían dirigidos a “*imponer orden en las entidades mercantiles de reducida dimensión*”. Y que, según el autor, únicamente tendrían encaje en un título que tutelara el orden socioeconómico como capítulo autónomo, si el legislador les hubiera otorgado más pena a estas nuevas figuras delictivas que a los delitos como a la estafa, apropiación indebida, y falsedad documental, justificándose en que a la lesión patrimonial concreta se añade el perjuicio al orden económico. Emplazando al legislador a que una vez tenga determinado los espacios concretos en que debe intervenir del derecho penal, fije sólo los comportamientos cuya incriminación considere imprescindibles.²⁹

En sentido contrario, Rodríguez Mourullo³⁰ observó, que la incriminación de los delitos societarios actuarían de una forma eficaz en la delincuencia económica, atribuyéndoles una doble función, por un lado, sería el medio ideal para combatir esta delincuencia económica, que “*funcionalmente se genera de modo predominante a través de la empresa y sociedades mercantiles e industriales*”³¹, considerando de “*lamentable -de escandalosa laguna la ha calificado con razón algún penalista-*”. Presentado al efecto las figuras delictivas como la estafa, y la apropiación indebida como insuficientes para incriminar a los que realizaba estas conductas, que se valían de las estructuras empresariales para la realización de negocios

²⁸ Gómez Benítez, J.M. (1980) “Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el proyecto de 1980 de Código Pena (Títulos VIII y V)” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* II, pp. 467-502, p. 477.

²⁹ Muñoz Conde, “La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Ley Orgánica de Código Penal”, p. 937.

³⁰ Rodríguez Mourullo, “Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios”, pp. 682 a 684.

³¹ *Ibidem*, pág. 682. Recoge la opinión del Fiscal General del Estado en su Memoria de 1980.

jurídicos de aparente licitud. Y por otro, actuarían en muchos casos como delitos-obstáculo, actuando como barrera preventiva en posteriores delitos fuera del ámbito societario.

El autor, proponía la regulación jurídico-penal de delitos societarios en base a la autonomía del Derecho Penal respecto al Derecho mercantil, y al Derecho Civil; y en virtud del Principio de intervención mínima. El primer extremo lo justificaba en que las exigencias y finalidades de cada sector del Ordenamiento Jurídico son distintas, y en el fracaso, que a su juicio, han supuesto los controles del Derecho privado en general en el seno de las entidades mercantiles. Y el segundo porque el Principio de Intervención mínima exige incorporar al ámbito de lo punible *“las infracciones más graves y particularmente intolerables”*.

El objeto de protección, serían una pluralidad de intereses de carácter privado (salvo cuando se trate de empresas públicas), cuyos ámbitos, dependerían de la posición que ostentaran los ofendidos (sociedad, de los socios, de los acreedores y de terceros), sobre todo en el marco de la Sociedades Anónimas, cuya estructura orgánica en la mayoría de los casos está en poder de la minoría, excluyendo de este grupo dominante a la mayoría del accionariado. Aconsejado, en su regulación la omisión de la técnica legislativa del *“reenvío”*, en base a los principios que rigen en el ámbito penal.

El prelegislador de 1992, no justifica la incriminación de los supuestos de hecho que recogen los delitos societarios que proyecta, limitándose a indicar que con los mismos protegen a las entidades mercantiles y a sus miembros, de lo que puedan hacer alguno de ellos.

Y dándole continuidad al PLOCP de 1980, ponía de manifiesto, que aunque se llevaron a cabo reformas importantes desde la entrada de la democracia, éstas no le restaban antigüedad al todavía vigente Código Penal, considerándolos en algunos casos insuficientes para atender los problemas que debía solucionar el sistema punitivo, poniendo como ejemplo la deficiente regulación que tenía el orden económico.

El prelegislador de 1992, se hizo eco de las posiciones encontradas puestas de manifiesto con ocasión del PLOCP1980 para tipificar los delitos financieros o societarios, lo que indica que seguía considerando que a través de la incriminación de los delitos societarios se castigaban las maniobras lucrativas realizadas en perjuicio de otros prevaleciendo de la estructura y organización de sociedades mercantiles o industriales, que inclinándose por su incriminación, no justificó tal alternativa, limitándose a unificar bajo la misma rubrica los delitos que atentaba contra el patrimonio y los delitos que atentaban contra el orden socioeconómico, fijando a través de sus naturalezas el bien jurídico tutelado por el Título; indicando de equivocadas las posiciones rígidas doctrinales que estima que lo patrimonial hay que situarlo

en la esfera del individualismo, y lo económico en la esfera del interés general: *“Entre los delitos patrimoniales tradicionales, hoy vigentes, existen algunos en los que simultáneamente se atacan intereses patrimoniales individuales y se ofenden bienes jurídicos de dimensión superior a los meramente individual.”* Poniendo como por ejemplo, los delitos de insolvencia fraudulenta o las maquinaciones para alterar el precio de las cosas, cuyos contenidos calificaba de arcaicos e inocuos. No bastando, con adaptar los actuales delitos contra el patrimonio para satisfacer todas las exigencias político-criminales modernas. Indicando cual es el papel que la Constitución le otorga a la propiedad y al patrimonio, que aunque sea un derecho jurídicamente protegido, éste, está limitado por el interés general, indicando el prelegislador además que no se encuentra dentro del Catálogo de los Derechos Fundamentales.

3.3. Proyecto de ley orgánica de código penal de 1994 y Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, fue la que vino a promulgar el nuevo texto punitivo de la nueva etapa democrática, después de haber transcurrido diecisiete años desde el cambio político, social y económico en nuestro país,

El legislador da por justificado el nuevo texto punitivo, al acoger en la exposición de motivos la transcripción de los argumentos del Gobierno para llevar el Proyecto del nuevo código a debate y aprobación en las Cámaras, que se basó para su elaboración en las discusiones parlamentarias del PLOCP de 1992³², el dictamen del Consejo General del Poder Judicial, el estado de la jurisprudencia y las opiniones de la doctrina científica.

Así, tanto el prelegislador como el legislador del nuevo C.P., y, cómo única justificación, en las exposiciones de motivos, consideran como *“destacada”* la incriminación de nuevas figuras delictivas para dar respuesta a la nueva forma de delincuencia que ha amparado nuestra nueva realidad social, tutelando por primera vez el orden socioeconómico a través de la tipificación de nuevos delitos, guarnecido junto con el patrimonio bajo el mismo Título XIII del Libro II. Por su parte, la mención a los delitos societarios está recogida en la sesión inicial del debate en Pleno del proyecto del nuevo código, cuando el Ministro de Justicia en nombre del Gobierno lo presentó³³. Referenciándolos como una de las novedades y objetivo de la parte

³² Diario de Sesiones Del Congreso de los Diputados. Comisiones. Celebrada el miércoles, 31 de marzo de 1993 Sesión núm. 85. La última votación sobre la ponencia del PLOCP 1992 se realizó sobre el Título X Delitos contra el honor.

³³ Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente. Sesión Plenaria núm. 155 celebrada el jueves, 22 de junio de 1995 *“Como novedades de la parte especial y grandes objetivos de la misma resalta(...)El quinto sería la concesión de protección penal de los valores que antes apenas la recibían, con especial atención a una forma delictiva característica de la sociedad moderna, como son las diversas*

especial, considerando que su tipificación profundizaba en la lucha contra la nueva delincuencia económica.

El Título XIII del Libro II, aprobado no pudo ser objeto de debate parlamentario, por la prisa inusitada que se le estaba infundiendo al mismo³⁴, dando por defendidas las enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios, siendo de destacar la enmienda, por la que se pretendía la supresión del actual art. 291 del C.P proyectado, cuya justificación textual remitida a la Comisión de Justicia e Interior indicaba: *“Para estos casos bastan las acciones de impugnación de acuerdos sociales. Introducir un tipo penal del tenor que se pretende es fomentar las <querellas societarias> entre socios mal avenidos, con fines espúreos al proceso penal”*³⁵.

4. CUESTIONES COMUNES A LOS ARTÍCULOS 291 Y 293 DEL CÓDIGO PENAL.

Sintetizando lo que los delitos societarios castigan: falseamiento de balance o de la información social (290), la imposición de acuerdos abusivos (291), la imposición de acuerdos lesivos mediante mayorías ficticias, (292), lesión de los derechos de los socios (293), y obstrucción a las labores de inspección o de supervisión (art.294), se puede apreciar que los supuestos de hecho acogen conductas muy heterogéneas, y que en base a cada una de sus estructuras los arts. 291 y 293 del C.P. corresponden a infracciones relativas a la infidelidad de los órganos sociales³⁶, cuyos elementos comunes son, la naturaleza jurídica, el ámbito objetivo en donde se desarrollan las conductas típicas, y que tienen como sustrato en la descripción de los tipos la legislación civil y mercantil³⁷.

4.1. Naturaleza de los Delitos Societarios.

modalidades de delincuencia económica y la profundización en la tipificación de los delitos cometidos contra los derechos de los trabajadores y en materia de delitos societarios y contra el medio ambiente.”

³⁴Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación permanente. Sesión Plenaria núm. 158 celebrada el jueves, 29 de junio de 1995.

³⁵ Boletín Oficial de las Cortes Generales núm. 77-6. Congreso de los diputados. Serie A: Proyectos de Ley. 6 de marzo de 1995. Enmiendas presentadas conjuntamente por el Grupo Mixto, y por el Grupo Parlamentario Vasco. Enmienda núm. 74.

³⁶ Del Rosal Blasco, *Los delitos*, p. 41.

³⁷Valle, Quintero y Morales (1996), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, p. 886. *“Como no podía ser de otro modo, la descripción de las conductas punibles hunde sus raíces en la regulación civil y mercantil de lo societario.”*

A partir de la descripción de los tipos, la naturaleza jurídica³⁸ de los delitos societarios orilla distintos posicionamientos.

La Exposición de motivos del vigente C.P., no indica la naturaleza jurídica de los delitos societarios. Ya el prelegislador de 1992 indicó de equivocadas las posiciones rígidas doctrinales que estimaban que lo patrimonial había que situarlo en la esfera del individualismo, y lo económico en la esfera del interés general, otorgándoles a los delitos societarios una naturaleza mixta, al descartarlos de los que genuinamente agredían al orden socio-económico, como son los relativos al mercado y a los consumidores, los delitos contra los derechos de los trabajadores o el blanqueo de capitales.

Se trata según GARCÍA DE ENTERRÍA “*de figuras de muy diverso alcance*”³⁹, que se caracterizan por dos cosas: a) por el medio en que se producen estos delitos, las entidades mercantiles, cuyo hilo conductor son su estructura y funcionamiento; y b) la complejidad de su naturaleza, en el sentido de que los supuestos de hecho son tan heterogéneos que conciernen no solo a intereses individuales, sino también a intereses colectivos, lo que justifica su tipificación autónoma⁴⁰, advirtiéndose esta naturaleza pluriofensiva en el art. 296 CP. Adhiriéndose, en atención al interés jurídico dominante protegido, a la clasificación que en su día realizó RODRIGUEZ MOURILLO⁴¹, partidario de la incriminación de los delitos financieros para luchar contra la delincuencia económica, separando los delitos que se realicen contra la sociedad, contra los socios y contra terceros

Quien aprecia que los delitos societarios son de naturaleza “genuinamente económicos”⁴², lo fundamentan en la incidencia que tienen en el sistema económico adoptado por nuestro país, la proliferación y el correcto funcionamiento de las entidades mercantiles que actúan de manera permanente en el mercado, en el que los delitos societarios, al actuar en la mayoría de los casos como delitos obstáculo⁴³, previenen perjuicios que directamente atentan contra los intereses colectivos derivados de la competencia, mercado, consumidores, etc., tutelando de esta manera la participación ciudadana en nuestro sistema económico.

³⁸ Del Rosal Blasco, *Los delitos*, p. 25. “hablar de la naturaleza jurídica de esta clase de infracciones es, en última instancia, hablar de cuáles sean los intereses jurídicos que tutelan”

³⁹ García de Enterría, J.(1996), *Los delitos societarios un enfoque mercantil*. Madrid: Civitas,S.A., pp. 31-32.

⁴⁰ Muñoz Conde, “La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Ley Orgánica de Código Penal”, pp. 939-940. En este sentido se manifestó el autor, que no consideró lógico el tratamiento penológico otorgado a los delitos financieros que atentaban contra el patrimonio y contra el orden económico, asignándoles menos pena que a los delitos patrimoniales tradicionales.

⁴¹ Rodríguez Mourullo, “Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios”, p. 685

⁴² Valle et al., *Comentarios a la parte especial*, p. 885.

⁴³ Rodríguez Mourullo, “Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios”, p. 684. En este mismo sentido se pronunció el autor al determinar la funcionalidad de los delitos societarios.

Quienes opinan que la naturaleza jurídica de los delitos societarios es patrimonial, no es que consideren que tutelen en exclusiva el patrimonio, sino que tienen naturaleza predominantemente patrimonial⁴⁴, no sólo en atención al peso que tienen los injustos en los que el legislador ha integrado entre sus elementos esenciales “lucro y perjuicio”, que centran el objeto de tutela en el interés patrimonial individual; sino porque aunque las conductas típicas se realicen en el ámbito societario⁴⁵, tal y como está redactadas las mismas, no se vislumbra en ellas un objeto de tutela superior a la entidad mercantil, a sus socios o a terceros, pues a excepción del art. 294 C.P., el resto de figuras “*regulan aspectos puramente internos cuya transcendencia de puertas afuera de la propia sociedad suele ser mínima*”⁴⁶, conculcando de forma inmediata, el patrimonio tanto de la sociedad como de los sujetos que con ella se relacionan, los socios y los terceros.

FERNANDED TERUELO, además de por lo anterior, y aunque considera que el legislador ha tenido la pretensión de tutelar a través de los delitos societarios, intereses individuales e intereses colectivos, al establecerse en el art. 296 C.P. dos grados de protección, en el que : el apartado primero, el ejercicio de la acción penal queda condicionado a la interposición por el ofendido por el delito de la oportuna denuncia; y el apartado segundo, que autoriza que estos delitos puedan ser perseguidos por sujetos distintos del ofendido, cuando se atente contra intereses generales, o contra una pluralidad de personas, descarta la naturaleza socioeconómica de los delitos societarios, fundamentándolo como lo hizo en su día MUÑOZ CONDE con los delitos financieros del PLCP 1980, precisamente en atención a la ausencia de diferencia penológica existen, que dejaría impune ese *plus* que se agrega al interés individual lesionado.⁴⁷

⁴⁴Del Rosal Blasco, B. (1998), *Los nuevos delitos societarios en el código penal de 1995*, Disponible: <http://ruc.udc.es>, p. 87. “Predominante”, en atención, no solo por el peso que tienen “*los aspectos patrimoniales frente a los socioeconómicos*”, sino porque aunque sea en un segundo nivel “*éstos se suelen tutelar, en última instancia, como medio para proteger el patrimonio de la sociedad, de los socios o de terceros.*”; Del Rosal Blasco, *Los delitos*, p. 36. Señala que el art. 294 es un “*genuino delito-socioeconómico*”; Matínez-Buján Pérez, C. (2013), *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, p.201. El autor considera en principio que nos hallamos en el umbral de delitos socioeconómicos “*en sentido amplio*”, siendo el objeto de tutela el patrimonio de los sujetos pasivos de los tipos, sin perjuicio del art. 294, cuyo interés jurídico de protección son de naturaleza “*supraindividual*”.

⁴⁵ Stampa et al., *La reforma del Derecho penal*, p. 24. Indican los autores, que todos los injustos que estén participados de los elementos lucro y perjuicio, tiene como objeto de tutela el patrimonio individual, independientemente del ámbito en donde se desarrollen las conductas, que este caso son las entidades mercantiles.

⁴⁶ Fernández Teruelo, J.G. (1998), *Los Delitos Societarios en el Código Penal Español*. Madrid: Dykinson, pp. 116 y 124.

⁴⁷ *Ibidem*, págs. 115 y 124.

Igualmente se les puede dar esta naturaleza jurídica mixta, en atención al bien jurídico genérico que tutelan, y a la sistemática utilizada por el legislador, ya que en un primer orden o de forma inmediata el bien jurídico protegido es el patrimonio siempre que se entienda patrimonio desde una concepción jurídica-económica, que entiende que el patrimonio está integrado por el conjunto de derechos patrimoniales que sean poseídos por una persona en virtud de una relación reconocida por el Ordenamiento Jurídico evaluables económicamente; y de forma mediata al orden económico en sentido amplio. Siendo el bien jurídico penalmente protegido el patrimonio individual, ya que *“los patrimonios individuales no se protegen en virtud de meros intereses patrimoniales particulares sino en consideración a intereses colectivos o supraindividuales, lo cual permite deslindar el delito económico del delito patrimonial.”*⁴⁸

4.2. Ámbito objetivo.

El art. 297 del C.P. establece el concepto jurídico-penal de “sociedad” para determinar, las entidades en donde se han de llevar a cabo las conductas delictivas recogidas por el capítulo dedicado a los delitos societarios, para tener éstos tal calificación. En el mismo, se hace una primera relación, que ha sido calificada unánimemente como ejemplificativamente tautológica (por ejemplo, las Cajas de ahorros son entidades de crédito, las cooperativas son sociedades mercantiles) de lo que a efectos de estos delitos se debe entender por sociedad: “A los efectos de este capítulo se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil”; y en segundo lugar amplía el perímetro objetivo con la fórmula “o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado”.

La primera parte del artículo 297 C.P., no ofrece ninguna duda, ya que relaciona directamente, aunque sea a modo de ejemplo, que entidades son típicas. Sin embargo, y siendo pacífico atisbar que la intención del legislador ha sido ampliar el ámbito donde se puedan generar o amparar las conductas recogidas por los tipos con la fórmula “o cualquier entidad análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado”, lo cierto es que la misma adolece de una generalidad e imprecisión, que hace necesario una interpretación de sus términos para que la misma sea susceptible de poder coordinar los distintos tipos societarios en el marco jurídico-penal de “sociedad”.

Algunos autores estiman, que cuando el legislador amplía el concepto de “sociedad” en el

⁴⁸ Faraldo Cabana, P. (1996), *Los delitos societarios*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 71.

segundo apartado del art. 297 C.P., a las entidades de “análoga naturaleza”, se está refiriendo a entidades que posean la misma característica que las referenciadas en el primer apartado, que no es otra que su consideración como sujetos autónomos del derecho⁴⁹, consideración que se obtiene con la personificación jurídica, así MATÍNEZ-BUJÁN PÉREZ indica que la personalidad jurídica de las sociedades es *conditio sine qua non* para que se pueda consumir el tipo⁵⁰, abriendo de esta manera el campo punitivo a las entidades que no sean mercantiles en sentido estricto pero que tienen un patrimonio y objetivo social independiente de sus asociados, siendo determinante que éstas *“tenga una estructura societaria estable y definida susceptible de poner en juego intereses como los tutelados y al margen, pues, de que la misma se constituya por un plazo temporal mas o menos dilatado”*.

FARALDO CABANA es coincidente en la personificación jurídica pero de los empresarios mercantiles, pues indica la autora, que la “analogía” a la que se refiere el tipo, no es en referencia a las entidades relacionadas en el primer apartado, sino a la necesidad de que las entidades participen de modo continuado en el mercado, cercando el ámbito objetivo de punibilidad a todas las Personas Jurídicas que tengan la consideración de empresario por la legislación mercantil, *“excluyendo únicamente al comerciante individual y a los empresarios civiles.”*⁵¹

Estos posicionamiento sin embargo, impedirían coordinar el art. 297 con los arts. 291 y 293 CP, ya que en éstos, el ámbito objetivo se ve ampliado a las “sociedades en formación”, y por extensión a las “irregulares”; y, aunque estamos ante un concepto de sociedad jurídico-penal, las sociedades en formación son figuras concretas del ámbito mercantil⁵², y no solo por el régimen jurídico establecido para las sociedades de capital cuya inscripción en el Registro Mercantil tiene carácter constitutivo, y en el que se establece un régimen transitorio desde que se firma el acta social de constitución hasta la adopción de la personalidad jurídica, sino porque en nuestro Ordenamiento, la personalidad jurídica no se configura como un elemento

⁴⁹ Arpio Santacruz, J. (2017), «El régimen de las sociedades sin personalidad jurídica y su relación con la comunidad de bienes.», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, (Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor), (1). El autor indica, que de la personificación jurídica de las entidades derivan consecuencias de su adopción al serle otorgado por el Ordenamiento Capacidad Jurídica de obrar, siendo principalmente una de ellas otorgarle la consideración de sujeto independiente portador de Derechos y de Obligaciones propias. Considerando el autor, que al ser sujeto independiente del Derecho *“el patrimonio integrado por las aportaciones de los socios y destinado a la realización del fin común, se configura frecuentemente como un patrimonio separado, autónomo y personal de la sociedad.”*

⁵⁰ Matínez-Buján Pérez, *Derecho Penal*, p. 204; García de Enterría, *Los delitos*, pp. 40 a 43; Polo Vereda, J.(1998), “Delitos societarios: reflexiones para una selección de aspectos polémicos.” *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, (2), pp. 2044-2056, p. 2044.

⁵¹ Faraldo Cabana, *Los delitos*, p. 113.

⁵² Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Régimen jurídico de las sociedades de capital en formación arts. 36 a 38.

indispensable del concepto de sociedad⁵³.

Por el contrario otros autores, consideran que cuando el tipo indica “análoga naturaleza” se está refiriendo a aquellas entidades que tengan una analogía funcional, que se valgan, de un estructura organizativa para relacionarse tanto interior como exteriormente, y que persiga los mismos intereses económicos que las entidades típicas que relaciona el tipo, al margen de que tengan personificación jurídica o no, ya que muchas entidades sin personalidad jurídica, actúan en el mercado con un claro objeto social, aunque éste no sea formal.⁵⁴

Esta tesis no solo permitiría coordinar el art. 297 con los art. 291 y 293, sino que daría entrada a las sociedades irregulares, comunidades de bienes, sociedades civiles, uniones temporales de empresa, etc., en definitiva cualquier colectividad, que según los autores fomenten una unidad económica.

Centrados en los arts. 291 y 293 CP, por lo que interesa a este trabajo, el legislador parece haber centrado los supuesto de hecho de estos tipos en el ámbito objetivo de las sociedades anónimas, y por extensión a la sociedades comanditarias por acciones⁵⁵. Esta afirmación se puede mantener no solo por utilizar los conceptos mercantiles “junta de accionistas” o de “derecho de suscripción de acciones⁵⁶” respectivamente, dejando fuera del ámbito de punibilidad aquellas entidades que carezcan de estos órganos, o su capital no esté dividido en acciones.

También se puede apreciar esta intención, por las modificaciones que hizo el prelegislador del C.P.de 1995 en los tipos proyectados 293⁵⁷ y 295, cuyas dicciones primitivas circunscribían: el supuesto de hecho del art. 293 a las compañías -“*Los que, prevaleciendo de su situación mayoritaria en una compañía(...)*”-; y el art. 295 tenía el espectro de las leyes

⁵³Arpio Santacruz, “El régimen de las sociedades sin personalidad jurídica y su relación con la comunidad de bienes.” “*Nuestro Ordenamiento no configura la personalidad jurídica como un elemento indispensable del concepto de sociedad, por lo que la constitución de entidades desprovistas de ese atributo o con severas limitaciones en el mismo es perfectamente posible.*”

⁵⁴Del Rosal Blasco, *Los nuevos*, pp. 99-100, nota núm.52; Bajo y Bacigalupo. (2001), *Derecho Penal Económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., p. 586; Valle et al., *Comentarios a la parte especial*, p. 880; Muñoz Conde, F.J. (2015), *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 459.

⁵⁵Del Rosal Blasco, *Los nuevos*, p. 100. Indica el autor que es difícilmente enmarcar los supuestos de hecho que acogen los delitos societarios fuera de las Sociedades Anónimas, ya que la mayoría de los delitos contienen figuras exclusivas de éstas.; Fernández Teruelo, *Los Delitos*, p. 38.

⁵⁶ Aunque las sociedades de responsabilidad limitada, son sociedades de capital, el mismo está conformado por participaciones sociales, no por acciones. Art. 1.2 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

⁵⁷DS. Congreso de los Diputados, Comisiones, núm. 512, de 06/06/1995 Página 15587. La fundamentación para no aceptar la enmienda 74 que pretendía eliminar el art. 293 del proyecto indica textualmente “*Por eso no vamos a aceptar la enmienda 74, al artículo 293, que ha planteado el Grupo Nacionalista Vasco, fundamentalmente por una razón. Efectivamente, la finalidad de las razones de política criminal de este precepto es que se pretende dar una sobreprotección a los derechos políticos de los accionistas frente a determinado tipo de conductas abusivas de posición dominante.*”

en general –“ 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”-.

Además de lo anterior, y desde esta perspectiva⁵⁸, el legislador amplía el ámbito objetivo de los arts. 291 y 293 con la formula “cualquier sociedad constituida o en formación”, figura contemplada para las sociedades de capital, que regula el régimen jurídico de las sociedades de capital desde la firma del acta constitucional, hasta su inscripción en el Registro Mercantil.

Pero el tipo descrito en el art. 291 CP, parece adolecer de una incongruencia, y es que conjuga “sociedad en formación” con uno de los diversos elementos que han de concurrir para la integración del mismo, y es que, además de que los socios minoritarios se vean perjudicados por el acuerdo adoptado por esa mayoría lícita, es que el mismo no reporte beneficios a la entidad mercantil, disociando el legislador así, los intereses de los socios, de los intereses de la sociedad⁵⁹; pero es que paradójicamente, para que una entidad mercantil tenga un patrimonio autónomo y un interés social propio⁶⁰, es necesario la adopción por ésta de la personalidad jurídica⁶¹, hecho que se alcanza únicamente con la inscripción en el Registro Mercantil, lo que permite llegar a la conclusión, que quedaría fuera del ámbito objetivo del tipo 291C.P. las sociedades en formación, y en general, todas aquellas carentes de personalidad jurídica⁶².

Junto a todo lo anterior y como seguidamente se expondrá, porque el legislador, para la descripción de las conductas típicas tuvo en cuenta el régimen jurídico de las Sociedades Anónimas.

⁵⁸ Coinciden hacer una interpretación restrictiva del ámbito objetivo entre otros, García de Enterría, *Los delitos*; Fernández Teruelo, *Los Delitos*; Valle et al., *Comentarios a la parte especial*; Otro sector aboga por interpretar “junta de accionistas” y “socio” en sentido amplio, de tal manera que comprenda todos los supuestos de juntas de decisión en los diversos tipos de sociedades. Esta interpretación extensiva, la fundamenta en el concepto penal tan profuso de sociedad del art. 297, indicando expresamente Faraldo Cabana, *Los delitos*, pág. 437. “(...) en el sentido de entender que la amplitud de este concepto obliga, a interpretar con igual amplitud los conceptos de junta de accionista y de socio”; Del Rosal Blasco, *Los delitos*, p. 76; Del Rosal Blasco, B. (2015), “Capítulo 30. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (XII).”, En *Sistema de Derecho Penal Parte Especial*, Madrid: Dykinson, S.L., pp. 748-749; Matínez-Buján Pérez, *Derecho Penal*, p. 215.

⁵⁹ STS (Civil) de 8 de mayo de 1964, en la que el Tribunal afirma que “uno de los elementos esenciales específicos de la sociedad es la constitución de un fondo común con las aportaciones de los socios, y que si cada uno de éstos retiene para sí su cuota o ésta no se hace objeto de goce o disponibilidad común, no podrá hablarse de contrato de sociedad, pues ésta siempre requiere un patrimonio social, que puede ser autónomo si la sociedad tiene personalidad jurídica, o un patrimonio indiviso si la sociedad no tiene personalidad (...)”

⁶⁰ Sánchez Bernal, J. (2012), “Responsabilidad penal de las personas jurídicas.” *Cuadernos del Tomás*, (4) pp. 121-156, p. 124.

⁶¹ Artículo 119 C. de com. “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.”

⁶² Arpio Santacruz, “El régimen de las sociedades sin personalidad jurídica y su relación con la comunidad de bienes”. Indica el autor, que la personificación jurídica de las sociedades, le atribuye a las mismas, el poder ser considerada un sujeto distinto e independiente de las personas que la integran.

4.3. Real decreto legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de sociedades anónimas⁶³ como sustrato de los arts. 291 y 293 del código penal.

Antes de considerar delito la imposición de acuerdos abusivos dentro de las sociedades, por parte de quien ostentaba la de mayoría en la junta de accionistas o en el órgano de administración de la sociedad, la LSA, como norma imperativa, tutelaba a través de los arts. 115.1 y 143 los intereses de los accionistas minoritarios⁶⁴. El art. 115.1, indicaba que podrían ser impugnados los acuerdos de las juntas que fuesen contrarios a la Ley, se opusieran a los estatutos o lesionaran, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad, considerando nulos los acuerdos que incumplan los requisitos formales que la ley exige y anulables los demás (art. 115.2 LSA), estando legitimados para la impugnación de los primeros todos los accionistas, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo, y para los segundos, los accionistas asistentes a la Junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes y los que hubiesen sido ilegítimamente privados del voto, así como los administradores (art. 117.1 y 2 LSA); y el 143 permitía impugnar los acuerdos nulos y anulables del Consejo de Administración o de cualquier otro órgano colegiado por los administradores y los accionistas que representaran un 5 por 100 del capital social. Adoptándose los acuerdos de la Junta General, órgano soberano de la organización de la Sociedad Anónima, por mayoría, (art. 93 LSA), y los del consejo de administración por mayoría absoluta (art. 140), siendo preceptivo para su válida constitución la mitad más uno de sus componentes (art. 139).

En este marco legal, y por lo que interesa a este trabajo, a través del último inciso del art. 151.1 se consideraban protegidos los intereses de las minorías dentro de las sociedades, de quien de forma legal ostentaba la mayoría, e imponía acuerdos revestidos de legalidad⁶⁵

⁶³ En la actualidad este texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, forma parte del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, que además incorporara el contenido de la sección 4.^a del título I del libro II del Código de Comercio de 1885, relativa a las sociedades comanditarias por acciones; la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada; y el contenido del título X de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, relativo a las sociedades anónimas cotizadas.

⁶⁴ Ley de sociedades de responsabilidad limitada. Artículo 56. Impugnación de los acuerdos de la Junta General “*La impugnación de los acuerdos de la Junta General se regirá por lo establecido para la impugnación de los acuerdos de la Junta General de accionistas en la Ley de Sociedades Anónimas.*”

⁶⁵ Uría Gonzalez, Menéndez, Muñoz Planas. (1992) “La junta general de accionistas. Artículos 93 a 122 de la Ley de Sociedades Anónimas.” Aranzadi Instituciones (Civitas, S.A.)

extralimitándose en sus funciones, y posponiendo el interés social en favor de intereses extrasociales⁶⁶.

Los requisitos para la viabilidad de esta impugnación eran: primero, que el acuerdo en cuestión, lesionara los intereses de la sociedad⁶⁷, entendiendo por interés social la suma de los intereses particulares de sus socios, bastando un peligro potencial de que dicho daño se produzca; y segundo, que la aprobación de dicho acuerdo beneficiara a uno o varios socios, entendiendo que este beneficio podía consistir en cualquier ventaja de carácter político-social o profesional, no circunscribiendo el beneficio a un puro interés económico; exigiéndose que el beneficiado fuera accionista, aunque la utilidad la recibiera a través de una persona interpuesta; debiendo existir finalmente una relación de causalidad, entre la lesión del interés social, producida por el acuerdo, y el beneficio experimentado por el socio, siendo esta interpretación, según indica el Tribunal Supremo, compartida también por la doctrina, (STS de 19 de febrero de 1992).

Asimismo la conducta típica que recoge el art. 293 C.P., es la negación o impedimento⁶⁸ por parte de los administradores de hecho o de derecho del ejercicio de algunos derechos que otorga la participación o la acción⁶⁹ a sus legítimos dueños, siendo el derecho de información presupuesto para considerar nulo de pleno derecho los acuerdos tomado por la Junta General de Accionistas.

Al respecto hay que decir que la LSA no regulaba cuales eran las mínimas funciones que la Junta de Accionistas debía atribuir a los administradores, debiendo estar por tanto recogidas en los estatutos sociales⁷⁰, circunscritos a la autonomía de la voluntad, con el límite del art.

⁶⁶Faraldo Cabana, P. (2000), *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 201 a 202.

⁶⁷ Bajo y Bacigalupo, *Derecho Penal*, p. 622. Los autores acogen la misma teoría contractualista que el Tribunal Supremo, por el que el interés social es el cómputo total de los intereses económicos de todos los socios, siendo este un interés distinto al interés de un socio en particular.

⁶⁸ Faraldo Cabana, *Los delitos*, p. 281. Significados de negar e impedir: “Lo primero significa dejar de reconocer o admitir los derechos de los accionistas; lo segundo, admitiendo tales derechos o no desconociéndolos, estorbarlos o coartarlos en su práctica.”

⁶⁹STS (Sala de lo Civil) 829/1997, de 30 septiembre “la acción es considerada por la doctrina en un triple sentido: como parte del capital (...), como conjunto de derechos y como título. (...)”

⁷⁰ Art. 9 LSA. Estatutos sociales. “En los Estatutos que han de regir funcionamiento de la Sociedad se hará constar (...) h) La estructura del órgano al que se confía la administración de Sociedad, determinando los Administradores a quienes se confiere poder de representación, así como su régimen de actuación, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley y en el Reglamento del Registro Mercantil. Se expresará, además, el número de Administradores, que en el caso del Consejo no será inferior a tres, o, al menos, el número máximo y el mínimo, así como el plazo de duración del cargo y sistema de su retribución, si la tuvieren. i) El modo de deliberar y adoptar sus acuerdos los órganos colegiados de la Sociedad.”

10⁷¹ de la misma Ley. Lo que sí recogía la LSA, principalmente en el artículo 48, eran los derechos mínimos de que gozaban los titulares legítimos de la acción⁷², a los que por ostentar dicha titularidad se les atribuía la condición de socio⁷³, integrando ésta, un conjunto de derechos y obligaciones derivado del contrato de sociedad, en el que de acuerdo con el art. 10 de la misma ley podían establecerse, en base al principio de la autonomía de la voluntad cuantos pactos y condiciones considerasen oportunos los socios fundadores, estando limitado este principio por la misma Ley y por los principios configuradores de la sociedad anónima.

La LSA recogía para el titular legítimo de la acción un conjunto de derechos mínimos, clasificados⁷⁴ en, derechos económicos comunes, derechos políticos comunes, derecho de impugnación y bonos de disfrute. Dentro de los derechos económicos comunes, además del que prevé el art. 293 C.P., como es el derecho de suscripción preferente de acciones (48.2.b))⁷⁵, la ley extendía también este derecho, a las emisiones de obligaciones convertibles en acciones. Asimismo, los propios titulares de obligaciones convertibles, disponían de un derecho de suscripción preferente en las emisiones de nuevas acciones (158.1), o de nuevas obligaciones convertibles (293); derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales, (48.2.a)); y el derecho de participar en el patrimonio resultante de la liquidación (48.2.a)). Dentro de los derechos políticos comunes, la ley preveía el ejercicio de los derechos de información (48.2.d))⁷⁶, sin que en ningún caso se pudiera utilizar *“como instrumento de obstrucción de la actividad social, para sobreponer a los intereses sociales el particular del accionista que solicita la información”* (STS de 31 de julio de 2002); y la participación en la gestión o control de la actividad social estableciendo en el art. 48.2.c), el derecho de asistir⁷⁷ y votar⁷⁸ en las Juntas generales, siendo el primero un derecho individual, aunque convertible en derecho colectivo, y el segundo, el derecho político que posee todo socio, de participar en la adopción de acuerdos sociales en la junta de accionistas. El derecho a impugnar los

⁷¹ En la escritura se podrá incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzgaran convenientes establecer, siempre que no se opusieran a las leyes ni contradijeran los principios configuradores de la Sociedad Anónima.

⁷² Art. 48.1 LSA *“La acción confiere a su titular legítimo la condición de socio y le atribuye los derechos reconocidos en esta Ley y en los Estatutos”*

⁷³ Fernandez-Albor Baltar, A. (2001), “Capítulo IV.” En *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas Volumen I*, Madrid: Tecnos, pág. 469. *“Por condición de socio se entiende el conjunto de derechos y obligaciones que se proyectan en el plano obligacional como consecuencia de la celebración de un contrato de sociedad”*

⁷⁴ *Ibidem*, págs. 471 a 483.

⁷⁵ Este derecho está regulado en el art. 158 LSA, y, es considerado un derecho mixto, participado de los derechos económicos y políticos

⁷⁶ Regulado en el art. 112 LSA

⁷⁷ Regulados en los art. 104 a 108 de la LSA. Independientemente del tipo de acciones, este derecho pertenece al socio, simplemente por serlo.

⁷⁸ A pesar de ser la máxima expresión de los derechos políticos, este derecho, no cuenta con una regulación individualizada.

acuerdos sociales (art. 48.2)⁷⁹, es considerado un derecho individual mínimo, de naturaleza indisponible, cuyo ejercicio permitía la fiscalización jurisdiccional de las distintas decisiones que se adoptaran por los órganos sociales. Y los bonos de disfrute⁸⁰, que era títulos que se entregaban a los accionistas en sustitución de acciones amortizadas, otorgando a sus titulares únicamente derechos económicos.

Lo hasta ahora expuesto pone de manifiesto la necesidad de incriminación de determinadas conductas que acechaban nuestra sociedad, las justificaciones dadas por el legislador para tipificarlas, y como se resolvían éstas antes de la consideración de las mismas como delitos, por lo que seguidamente se procederá al análisis de las figuras, con el objeto de poder determinar su funcionalidad.

5. IMPOSICIÓN DE ACUERDOS SOCIALES ABUSIVOS (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 triplo del beneficio obtenido.”

5.1. Bien jurídico protegido.

El bien jurídico protegido por este delito, es el mismo que ampara el resto de delitos societarios –excepto el art. 294 C.P., el patrimonio. Tutelando a través del mismo el patrimonio individual de los socios minoritarios, que es el que se debe ver reducido como consecuencia del acuerdo adoptado por el órgano típico⁸¹, protegiendo según VALLE et al.⁸², sólo indirectamente los intereses de la propia sociedad, de ahí que según FERNANDEZ TERUELO⁸³, el patrimonio de la sociedad no puede tener la consideración de bien jurídico, ya que si por la conducta realizada solo se ve afectado el patrimonio social, la misma sería atípica.

⁷⁹ Las formalidades se regulan en los arts. 115 a 122 de la LSA.

⁸⁰ Díaz-Arías, J.M. (2007), *Ley comentada de sociedades anónimas*. Barcelona: Ediciones Deusto, p. 89.

⁸¹ Matúnez-Buján Pérez, *Derecho Penal*, p. 214. Califica el delito como de “dominio”.

⁸² Valle et al., *Comentarios a la parte especial*, p. 900.

⁸³ Fernández Teruelo, *Los Delitos*, p. 215.

Aisladamente BAJO Y BACIGALUPO, consideran que el Bien Jurídico tutela junto con el interés patrimonial del socio, “*el deber de fidelidad o lealtad*”⁸⁴. Los autores consideran que “*la minoría o el socios aislado, requiere el comportamiento de la mayoría que procure el mantenimiento de la sociedad al servicio del interés común. De ahí puede deducirse que la imposición de acuerdos abusivos prevaleciendo de su <situación mayoritaria>, lesiona un hipotético deber de fidelidad o lealtad, que implica un decaimiento del principio de mayoría en favor del de igualdad de trato*”

5.2. Aspectos objetivos del tipo.

5.2.1. Sujeto activo.

Tal y como describe el tipo a los sujetos activos, estamos ante un delito especial propio, que sólo lo puede cometer el socio mayoritario en la junta de accionistas o el administrador (mayoritario en el órgano de administración), con la exigencia de que realicen la conducta típica *en perjuicio de los demás socios*.

En cuanto a la primera categoría de los sujetos típicos, el socio mayoritario de la junta de accionistas solventa las mismas interpretaciones que el ámbito objetivo donde se deben llevar a cabo las conductas delictivas de los delitos societarios para tener tal consideración, siendo la amplitud que le ha dado el legislador al concepto jurídico-penal de “sociedad” en el art. 297 C.P., el fundamento para que, realizando una interpretación sistemática del art. 291 C.P., se amplíe el círculo del ámbito mercantil, considerando en primer lugar al “socio” como persona que se asocia a otras con una finalidad, y en segundo lugar, entendiendo “junta de accionistas” como órgano que determina la voluntad social, por lo que el sujeto activo del delito 291 C.P., sería aquella persona que se asocia con otra u otras, y que hace valer su mayoría dentro del órgano social que determina la voluntad de la misma, independientemente de que el capital social esté o no dividido en acciones, y en perjuicio de aquellas otras con las que se asocia para la consecución de un fin⁸⁵, incidiendo que hacer una interpretación restrictiva del tipo originaría lagunas de punibilidad.

⁸⁴Bajo y Bacigalupo, *Derecho Penal*, p. 621. Recogen los autores que la consideración de que el bien jurídico tutela además del interés patrimonial de los socios, el deber de fidelidad, es compartido únicamente por MORENO/CÁNOVES/RUIZ MARCO; Del Rosal Blasco, *Los delitos*, p. 112. Considera “*tentador hablar de que el precepto se configura como un mecanismo de protección del deber de fidelidad o lealtad de la mayoría hacia la minoría (...) pero que tal deber (o si se prefiere derecho) no está recogido ni en nuestro Derecho ni es aceptado por la Jurisprudencia*”

⁸⁵Faraldo Cabana, *Los delitos*, pag. 437. Esta tesis la mantuvo la autora en 1996 pag. 437. Pero ante la falta de pronunciamiento al respecto de los órganos judiciales, en el año 2000 se inclinó por defender una interpretación restrictiva del tipo. En el mismo sentido lo fundamenta Bajo y Bacigalupo, *Derecho Penal*, p. 623; Matínez-

Sin embargo otro sector disiente de la fundamentación anterior, destacando efectivamente, que el art. 297 da un concepto jurídico penal para sociedad, pero que es precisamente, la profusión de la que adolece tal concepto, la que establece la necesidad de darle autonomía a cada figura delictiva societaria, que es la que autorestringe su ámbito propio de actuación.

Además de lo anterior, su interpretación restrictiva de los conceptos “junta de accionistas” y “socio” lo fundamentan primeramente, en el respeto al principio de legalidad y taxatividad recogido en el art. 4.1 C.P. que establece que las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas⁸⁶. Y en segundo lugar, indica expresamente FERNÁNDEZ TERUELO, porque no sería *“prudente presumir que el desconocimiento del legislador de la configuración societaria llega hasta tal extremo de no saber que la Junta de accionistas es algo propio de las sociedades cuyo capital está dividido en acciones, ya que entonces habría que desconfiar por completo de toda la regulación.”*⁸⁷

La segunda categoría de los sujetos activos del art. 291, se circunscribe a los que detente la mayoría en el órgano de administración, siendo pacífico englobar esta categoría dentro del art. 124.1 del Reglamento del Registro Mercantil⁸⁸, aunque una interpretación literal del tipo llevaría el ámbito de punibilidad únicamente a los que detente la mayoría del órgano de administración y además sean socios, ya que además de prevalerse de esa mayoría dentro del órgano, el tipo exige que el acuerdo debe tomarse “en perjuicio de los demás socios”.⁸⁹

Buján Pérez, *Derecho Penal*, pp. 214-125; Del Rosal Blasco, *Los nuevos*, p. 115. Esta tesis la sigue manteniendo en la actualidad Del Rosal Blasco, “Capítulo 30. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (XII).”, pp. 757-758.

⁸⁶Fernández Teruelo, *Los Delitos*, p. 217; García de Enterría, *Los delitos*, p. 42; Faraldo Cabana, *Los delitos*, pp. 222-223. En estas páginas la autora, como antes se ha puesto de manifiesto, cambia de opinión asumiendo en su fundamentación los argumentos de FERNÁNDEZ TERUELO; Bajo y Bacigalupo, *Derecho Penal*, pp. 622-623. Los autores consideran que en puridad, tal y como está redactado el tipo, el mismo, debería circunscribirse al ámbito objeto de las sociedades de capital, en que éste, esté dividido en acciones. Hacen una interpretación extensiva, y califican la Junta de Accionistas como *“aquél que determina la voluntad social”*.

⁸⁷Fernández Teruelo, *Los Delitos*, p. 217; Valle et al., *Comentarios a la parte especial*, p. 900. Consideran desafortunada *“la designación típica de los sujetos”* que califican de *“paradójico”* el que no haya utilizado un formula general para identificar al órgano societario de representación. Siendo partidarios de una aplicación restrictiva del tipo; Muñoz Conde, *Derecho Penal*, p. 464-465. El autor indica que además de por la protección que tienen los socios minoritarios en la LSC, por el tenor literal del tipo.

⁸⁸El art. 124.1. del Reglamento del Registro Mercantil indica que *“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.”*

⁸⁹Matúnez-Buján Pérez, *Derecho Penal*, p. 217. El Autor considera que se debe ampliar el ámbito punitivo en calidad de autores, a aquellas personas que posean el dominio social típico, actuando *“como administradores de hecho de los sujetos activos idóneos, siempre que se hallen en situación de vulnerar el bien jurídico”*. En la página 214, el autor consideró el delito de *“dominio”*, que requiere que el autor principal obre dolosamente; Muñoz Conde, F. J.(2000), *“¿ Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones «no desvinculadas del Derecho»?”*, *Revista penal*, (6), pp. 104-114, p. 114. En el mismo sentido se expresa este autor, que indica, refiriéndose al ámbito empresarial, que hay que huir de las competencias

Con respecto a la mayoría, esta ha de referirse a la mayoría del órgano⁹⁰, que por un lado será la Junta de accionistas en sentido estricto, o como equivalente a órgano que determine la voluntad social; y por otro, la mayoría que ostente el administrador dentro de este órgano de gestión y representación de la entidad.

Además esta “mayoría”, que va indisolublemente unida al prevalimiento⁹¹, ha de ser el instrumento del que se vale el sujeto activo para imponer el acuerdo lícito, no de la mayoría surgida en el seno de la celebración de la junta general, o de la mayoría que aflore de las reuniones del consejo de administración y que estarán constituidas por las mayorías legales establecidas, debiendo entenderse al efecto, que estas mayorías han sido fruto de acuerdos previos, conformada al margen de sendos órganos.⁹²

Con respecto a los grupos de poder minoritarios⁹³ que se plantean en las grandes sociedades abiertas⁹⁴, FARALDO CABANA y FERNANDEZ TERUELO, consideran tutelados además los intereses de la mayoría del capital en términos absolutos, que con su voto disperso, tanto si vota a favor como si votan en contra, no son capaces de influir en las propuestas de estas minorías.

5.2.2. Sujeto pasivo.

“abstractas” que las leyes societarias atribuyen a sus órganos, y que al objeto de cumplir con el principio de intervención mínima y última ratio que tiene atribuido el Derecho Penal, hay que “aplicar criterios referidos al hecho y a la situación” que permitan dirigir la persecución penal, “a la persona que ha provocado la causa más próxima al daño”

⁹⁰Polo Vereda, “Delitos societarios: reflexiones para una selección de aspectos polémicos.”, p. 2049. La mayoría de los órganos, no es la mayoría de la masa social. La mayoría estará conformada por “el número mínimo legal de los votos concurrentes a cada acto del órgano para adoptar el acuerdo de que se trate”.

⁹¹Matínez-Buján Pérez, *Derecho Penal*, p. 215.

⁹² Fernández Teruelo, *Los Delitos*, p. 219; Polo Vereda, “Delitos societarios: reflexiones para una selección de aspectos polémicos.”, p. 2049. El autor considera que esta mayoría de la que se prevale el sujeto activo, tiene que tenerla a partir del momento en que se constituye formalmente el órgano típico, esto es “cuando su presidente declare la válida constitución del mismo, con base a la preceptiva lista de asistentes con derecho a voto que ha de confeccionarse previamente para realizar tal declaración” y antes de la votación; Faraldo Cabana, *Los delitos*, p. 225. Esta autora, por el contrario piensa que esta mayoría puede tratarse de una “mayoría coyuntural o variable”, “no respondiendo penalmente aquellos socios que actúan al margen de las circunstancias y propósitos típicos”; Del Rosal Blasco, p. 114. También expresa que esa mayoría que se detenta no es que se haya conformado con la intención de prevalecerse de ella.

⁹³ Fernández Teruelo, *Los Delitos*, p. 220. “Minoritarios si se toma como valor absoluto el capital, y mayoritarios a efectos prácticos por controlar el poder de decisión de la sociedad”.

⁹⁴ Castellano Ramírez, M.J. (2002). *La suscripción incompleta del aumento del capital social en la sociedad anónima*. repositorio.uam.es, p. 186. “Las sociedades abiertas se caracterizan, entre otras cosas, por tener un elevado número de socios dispersos entre sí, una cifra de capital social también elevada y una acusada escisión entre propiedad y control.”

El sujeto pasivo serán únicamente los socios⁹⁵ perjudicados patrimonialmente por el acuerdo adoptado en el seno del órgano típico, ya que el fundamento de la norma es la regulación de las relaciones internas de los socios en las entidades típicas⁹⁶, que estarán delimitados nuevamente por la interpretación restrictiva o amplia que se haga del tipo. Resultado atípica la conducta, si el acuerdo es adoptado por el órgano típico y perjudica a la totalidad de los socios, ya que en este caso, lo que se estaría conculcando es el interés social, no ostentando el mismo la condición de bien jurídico.

5.2.3. Conducta típica.

La conducta típica consiste en la imposición de “acuerdos abusivo” prevaleciendo de la situación de mayoría legal que ostenta el sujeto activo en el órgano típico. Todos los autores convienen en afirmar que es un supuesto de abuso de derecho⁹⁷ por parte del sujeto activo, ya que si el acuerdo es adoptado es en base a una mayoría ilegal nos situaríamos en la esfera del art. 292 CP, de ahí que la primera reflexión sea para indicar que el sujeto activo no puede “imponer acuerdos”, ya que estos únicamente pueden ser adoptados por el órgano concreto⁹⁸, quedando consumado el delito además de con la concurrencia del resto de elementos, cuando esta mayoría participe de la votación a favor, y el órgano determine su adopción.

En realidad el sujeto activo de lo que se prevale son de los mecanismos legales que le otorga su situación mayoritaria⁹⁹, y que a través del ejercicio de su derecho a voto, hacer valer su autoridad o poderío¹⁰⁰, para que de esta manera, el órgano típico adopte el acuerdo abusivo que servirá de base a sus intereses, detrayéndolos de los intereses patrimoniales de los socios minoritarios, sin que reporte además beneficio alguno a la entidad. Excluyendo con este último elemento del ámbito punitivo, aquellas conductas que en términos valorativos perjudique a los demás socios, y se adopten en beneficio del interés social¹⁰¹.

⁹⁵ Matínez-Buján Pérez, *Derecho Penal*, p. 214. El autor considera indiferente que la conducta típica recaiga sobre uno o varios socios, “existirá un único delito, cuando los socios sujetos pasivos sean dos más”.

⁹⁶ Valle et al., *Comentarios a la parte especial*, p.900; Faraldo Cabana, *Los delitos*, p. 208; Fernández Teruelo, *Los Delitos*, p. 226.

⁹⁷ Art. 7.2 C.c. “La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo.”

⁹⁸ Polo Vereda, “Delitos societarios: reflexiones para una selección de aspectos polémicos.”, p. 2048. El sujeto activo participa en el acuerdo con su voto, pero quien adopta el mismo es el órgano. “En este sentido los acuerdos más que imponerse se adoptan, y esto lo hace el órgano superior a la mera individualidad de los sujetos que la componen”.

⁹⁹ Fernández Teruelo, *Los Delitos*, p. 221. “La imposición, a la que hace referencia es artículo, debe interpretarse de acuerdo con el gerundio prevaleciendo que modula la acción”.

¹⁰⁰ Real Academia de la Lengua, novena acepción de Imponer: “Dicho de una persona: Hacer valer su autoridad o poderío.”

¹⁰¹ Matínez-Buján Pérez, *Derecho Penal*, p. 216. “la inclusión del elemento negativo del tipo (...), introduce explícitamente el principio de ponderación de intereses”; Faraldo Cabana, *Los delitos*, p. 215; Del Rosal Blasco, *Los delitos*, p. 115. Sin embargo piensa que la conducta será típica si los beneficios son “nimios o mínimos”

El precepto reclama que el acuerdo adoptado resulte “abusivo”¹⁰², término que algunos autores consideran no aporta elemento alguno al tipo, por entender que tal calificativo viene implícito en la propia conducta, pues el tipo exige que el acuerdo adoptado en base a mayorías legales, de la que el sujeto activo previamente se ha valido, sea con ánimo de lucro, propio o ajeno, que resulte lesivo para los intereses individuales de los socios y que además no reporte ningún beneficio social.

En cuanto a la naturaleza del art. 291 CP, este se configura como un delito de lesión. Exigiendo una efectiva lesión patrimonial a los demás socios, y no sólo por la expresión *en perjuicio*, como exponente de disminución patrimonial, sino por la necesidad valorativa que requiere el tipo para la delimitación del mismo, ya que si el acuerdo adoptado por el órgano en cuestión reporta beneficios a la entidad esta conducta resultaría atípica, resultando que esta valoración únicamente se podrá realizar con la ejecución material del acuerdo.

A lo anterior hay que añadir que el legislador ha establecido una penal alternativa de prisión o multa, ésta última determinada *en atención al beneficio obtenido* por el infractor, por lo que implícitamente el tipo reclama la lesión al bien jurídico, imposibilitando incluso las formas imperfectas de ejecución¹⁰³, ya que no tener en cuenta tales consideraciones, exigirían a los aplicadores de la ley imponer la pena de prisión a las conductas menos gravosas, y privilegiar con pena de multa a quien ejecuta materialmente el acuerdo beneficiándose de él. Por otra parte, no tener en cuenta lo anterior sería despojar al Derecho Penal de su principal peculiaridad que lo configura como la *última ratio*, pues indistintamente se podrían ejercitar tanto acciones civiles como penales, al no exigir aquellas (art. 204.1 LSA) un perjuicio efectivo patrimonial, tan solo que el acuerdo sea adoptado en “detrimento injustificado de los demás socios.”

Sin embargo otros autores¹⁰⁴, justifican que “imponer”, se refiere exclusivamente a la adopción del acuerdo sin que éste se llegue a materializar en el art. 291 CP, ya que esta materialización es la diferencia que existía entre el art. 291 y 295¹⁰⁵ del CP, considerando que

¹⁰² La LSC define acuerdo abusivo en el art. 204.1 en su inciso final “*Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios.*”

¹⁰³ Valle et al., *Comentarios a la parte especial*, p. 902.

¹⁰⁴ Bajo y Bacigalupo, *Derecho Penal*, p. 624. Estos autores sin embargo piensa que el art. 291 CP castiga únicamente el acuerdo adoptado; Faraldo Cabana, *Los delitos*, p. 217-218. La autora, pone de relieve su cambio de criterio, ha pasado de considerar el delito como de peligro concreto para el patrimonio, para calificarlo como delito de lesión.

¹⁰⁵ El art. 295 es suprimido por 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, por considerar el legislador que aunque “*El Código Penal de 1995 había optado por tipificar la administración desleal como un delito societario, (...) se trata en realidad de un delito patrimonial que puede tener por sujeto pasivo a cualquier persona.*”

el art. 291 castigaba la adopción del acuerdo abusivo, y el art. 295 su materialización. Pronunciándose el Tribunal Supremo en la Sentencia STS 654/2002, de 17 de abril, (FD I) en el mismo sentido: *“El delito ha sido calificado como especial y de peligro concreto que no exige la existencia de un perjuicio real (agotamiento), bastando para su consumación la adopción del acuerdo abusivo.”*

5.3. Aspecto subjetivo del tipo.

El aspecto subjetivo del tipo está conformado por dos elementos, el primero se ha expuesto al describir la conducta típica, ya que al prevalecerse el sujeto activo consciente y voluntariamente de su situación de mayoría al realizar la conducta típica, está utilizando su posicionamiento para realizar el ilícito o reducir sus riesgos¹⁰⁶.

El segundo elemento está configurado por el “ánimo de lucro propio o ajeno” que guía la voluntad finalista del autor de obtener un beneficio patrimonial. Entendiendo la mayoría de los autores que el término lucro se ha de situar en la esfera económica, como *“la ventaja patrimonial obtenida por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico”*¹⁰⁷. Configurándose así el delito como de enriquecimiento¹⁰⁸, pues el propósito del autor es el de enriquecerse ilegítimamente bajo la apariencia legal que le otorga la mayoría de la que se prevale.

El dolo debe abarcar tanto la acción como el resultado¹⁰⁹, descartando el dolo eventual por la propia descripción del tipo.

5.4. Funcionalidad del tipo.

Para el desarrollo del presente epígrafe, en un primer lugar se recogerán textualmente las opiniones de diversos autores, y en segundo lugar sentencias exponentes de la funcionalidad del tipo.

A los autores VALLE et al., *“no les resulta fácil encontrar el sentido, alcance y límites del precepto. Todo en él es discutible y discutido.”*¹¹⁰

Por su parte GARCÍA DE ENTERRÍA indica que el art. 291 CP no solo es cuestionable *“por su deficiente técnica legislativa, sino también –y en mi opinión fundamentalmente– por el hecho de solaparse de forma abierta con uno de los motivos de impugnación de acuerdos*

¹⁰⁶Faraldo Cabana, *Los delitos*, pp. 210, 228; Matínez-Buján Pérez, *Derecho Penal*, p. 216.

¹⁰⁷Bajo Fernández, M.(1975), “Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago.”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp.: 355-377, p. 369.

¹⁰⁸ Fernández Teruelo, *Los Delitos*, p.226.

¹⁰⁹ Faraldo Cabana, *Los delitos*, p. 231.

¹¹⁰ Valle et al., *Comentarios a la parte especial*, p. 899.

sociales contemplado en el Derecho de sociedades.” Poniedo de manifiesto las dificultades que van a surgir en su aplicación, al tener que concurrir cumulativamente en la conducta típica todos los elementos que integran el tipo. Indicando el autor que este instrumento puesto en manos de los minorías puede ser *“sumamente perturbador”*, sumandole al poder intimidario que tienen las acciones penales la ventaja económica de resolver estas controversias en este orden jurisdiccional, ya que en el mismo las acciones, al contrario que en el orden civil, *“puede ser activadas mediante simple denuncia y que no obligan al denunciante, pues, a cargar con la iniciativa y el coste del proceso, como ocurre con una acción civil.”*¹¹¹

DEL ROSAL BLASCO, se ha pronunciado al respecto, dirigiéndose al legislador, poniendo de manifiesto, que éste *“opera, en ocasiones con supuestos de salón o supuestos que no pasan de ser una mera ficción ideada en un laboratorio pero que no responden a la realidad que se pretende regular(...).”*¹¹²

FERNÁNDEZ TERUELO, recuerda que *“las actuaciones similares a las que ahora se pretenden reprimir con sanción penal también son en cierta medida, objeto de regulación en la esfera mercantil.”*¹¹³

FARALDO CABANA, afirma, con respecto a esta figura *“la innecesariedad politico-criminal de la intervención penal.”* Fundamentado su afirmación en la *“protección que ofrecen los sectores civil y mercantil del Ordenamiento jurídico.”*¹¹⁴

MATÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, coinciden en lo expuesto por otros de autores, afirmando *“la falta de legitimidad de la intervención penal para sancionar conductas que pueden ser ya eficazmente combatidas a través del Derecho Privado.”* Conminado ante tal falta de legitimidad a realizar *“una interpretación restrictiva de todos los elementos del tipo delitivo.”*¹¹⁵

Más recientemente MUÑOZ CONDE, indica que en *“el art. 291 se castiga la imposición de acuerdos abusivos en perjuicio de los demás socios. Pero dado que dichos acuerdos pueden ser impugnados también por las minorías conforme a los arts. 204 y ss. del Relo Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, que aprueba el Texto refundido de la Ley de*

¹¹¹ García de Enterría, *Los delitos*, p. 68.

¹¹² Del Rosal Blasco, *Los delitos*, p. 110. El autor, antes del estudio de las distintas figuras societarias y de exponer lo anterior, en la introducción, ya advirtió que sólo el tiempo podría desvelar *“la funcionalidad o la incidencia”* que tendría los delitos societarios, después de veinte años, se pueden recoger sus mismas palabras.; Del Rosal Blasco, “Capítulo 30. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (XII).”, p. 756.

¹¹³ Fernández Teruelo, *Los Delitos*, p. 206.

¹¹⁴ Faraldo Cabana, *Los delitos*, p. 205.

¹¹⁵ Matínez-Buján Pérez, *Derecho Penal*, p. 214.

Sociedades de Capital, no parece que mientras subsista ese derecho deba penalizarse el acuerdo abusivo como tal.”¹¹⁶

Por su parte los tribunales cuando se han tenido que pronunciar al respecto, han pueso de manifiesto el augurio presagiado con su proyección¹¹⁷:

Auto núm. 632/2014 de 26 de diciembre de la AP de Catabria, en el que confirma íntegramente la resolución dictada el trece de marzo de dos mil trece por el Juzgado de INSTRUCCIÓN Nº CINCO de SANTANDER, en el que se sobresee y archiva la causa por considerar el Juez Instructor, que los supuestos de hecho en los que el denunciante basaba su pretensiones, y que concretaba en la transgresión de lo tipificado en los artículos 290, 291, 293 y 295 del Código Penal, constituyentes de falseamiento de las cuentas sociales, de administración fraudulenta y de denegación del derecho de información, son únicamente controversias surgidas entre los socios, indicando el órgano instructor y confirmándolo el de apleación: *“Nada hay que justifique pues indiciariamente lo afirmado por el recurrente. De ahí que nuevamente deba decirse que con independencia de que exista una controversia entre los socios derivados de las divergencias en la gestión y el funcionamiento de la Sociedad, esta donde ha de tener en su caso su resolución es en el ámbito de la jurisdicción mercantil.”*

A. P. de Madrid (Sección 23ª) Sentencia núm. 98/2016 de 25 enero, por la que absuelve de un delito continuado de imposición de acuerdos abusivos, cuya acusación consistía en considerar arbitraria la sustitución de un Consejo de Administración, por un Administrador Único,

La A.P. fundamenta su resolución en las SSTs 906/2012 y 150/2011 que transcribe literalmente y que resume concluyendo que *“el delito penado en el art.291 CP no se integra por el simple desacuerdo de unos accionistas con la decisión mayoritaria, porque esta no les resulta favorable”*.

Indicando que del estudio de los hechos, no se aprecia que concurren los elementos del tipo por la designación del acusado como Administrador Único de VIASA en 23-3- 1.999. Que de los mismos, lo que se desprende claramente, es el enfrentamiento entre dos grupos de

¹¹⁶ Muñoz Conde, *Derecho Penal*, p. 464.

¹¹⁷ Boletín Oficial de las Cortes Generales núm. 77-6. Congreso de los diputados. Serie A: Proyectos de Ley. 6 de marzo de 1995. Enmiendas presentadas conjuntamente por el Grupo Mixto, y por el Grupo Parlamentario Vasco. Enmienda núm. 74.: *“Introducir un tipo penal del tenor que se pretende es fomentar las <querellas societarias> entre socios mal avenidos, con fines espúeos al proceso penal”*.

socios, “cuyas relaciones se desarrollaban a través de requerimientos notariales y demandas judiciales”. No siendo, indica el tribunal, causa suficiente para apreciar una conducta delictiva en la adopción de tal acuerdo.

A. P. de Alicante (Sección 10ª) Sentencia núm. 208/2016 de 24 mayo, citando el Fundamento de Derecho cuarto de la STS 172/2010 de 4 de marzo, “*es atípica la concurrencia del mencionado ánimo como compatible con un resultado beneficioso para los intereses societarios, con independencia de que la minoría se vea perjudicada. En síntesis, la esencia de la conducta típica está constituida por el abuso de la mayoría en beneficio propio y exclusivo.*”

A. P. de Granada (Sección 1ª) Sentencia núm. 404/2016 de 12 julio, en el Fundamento de Derecho Tercero, el Órgano, en esta sentencia indica que al margen del mayor o menor reproche que puedan originar las conductas del acusado en relación con el art. 291 CP, no se puede perder de vista, indica la Audiencia, que tales actuaciones están ampliamente reguladas por el ámbito civil y mercantil, quedando la sanción penal reservada, citando al Tribunal Supremo las Sentencias de 4 de abril y 18 de diciembre de 1990 , 2 de octubre , 10 y 17 de diciembre de 1991 , 14 de noviembre de 1992 , 16 de Junio y 28 de septiembre de 1999, “*a las infracciones más graves, de mayor ataque al bien jurídico protegido, que lo pongan en mayor peligro, de mayor antijuridicidad de la conducta*”, destacando el Tribunal, que transgredir el Principio de Intervención Mínima, sería vaciar de contenido los “*ámbitos civiles, mercantiles, sociales y administrativos*”. Destacando la función subsidiaria que tiene el Derecho penal, que lo convierte en la *última ratio* “*por cuya razón debe ceder ante las normas que disciplinan prioritariamente el comportamiento antijurídico.*”

Indicando la Audiencia, que ostentar mayoría, y oponerse a los puntos del día planteados, conllevando a la no aprobación de los mismos, no es un supuesto constitutivo del ilícito penal, haciendo hincapié en la posibilidad impugnatoria ofrecida por las leyes sustantivas civiles y mercantiles.

STS 2724/2002 de 17 de abril: FD Primero: “*En el presente caso la finalidad del acuerdo no es otra que la disolución de la sociedad constituida por los tres socios, teniendo en cuenta que en los primeros meses del año 1997 surgieron diferencias entre los acusados y el hoy recurrente, lo que generó un deterioro de sus relaciones.*”

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 906/2012 de 2 noviembre (FJ8): *“Para apreciar indicios delictivos de una actuación abusiva subsumible en la referida norma penal no es suficiente con dictar un acuerdo en el que se expulse de la misma a uno de los socios, sino que deben describirse datos objetivos susceptibles de constatar que ese acuerdo mayoritario se ha dictado de forma sustancialmente arbitraria y sin fundamento material alguno, de modo que no resulte justificado que los socios mayoritarios sacrifiquen injustificadamente los intereses patrimoniales de los socios minoritarios sin beneficio para la entidad.”*

6. LESIÓN DE DERECHOS SOCIALES (ART. 293 CP).

“Los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, que sin causa legal negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones reconocidos por las Leyes, serán castigados con la pena de multa de seis a doce meses.”

6.1. Bien jurídico protegido.

La STS 1351/2009 de 22 diciembre¹¹⁸ (Fundamento de Derecho III.3), centra el interés jurídico protegido por art. 293 CP, apoyándose en la *“Doctrina más caracterizada, (...) en la tutela los derechos económicos y políticos propios de la condición de socio, de acuerdo con la normativa extrapenal reguladora de los derechos inherentes a dicha condición.”* Considerando el Tribunal, que el legislador mercantil¹¹⁹ trata de *“velar por el correcto funcionamiento de los órganos de administración de las sociedades”* identificando como

¹¹⁸ En esta sentencia el TS recoge toda su doctrina para determinar el Bien Jurídico, y delimitar la conducta típica, indicando en la misma los parámetros de la intervención penal. Siendo esta sentencia exponente de posteriores resoluciones.

¹¹⁹ Desde nuestro punto de vista, creemos que el Tribunal Supremo, cuando indica que *“Trata el legislador de velar por el correcto funcionamiento de los órganos de los accionista”*, se está refiriendo al objetivo que tiene el legislador mercantil, ya que: 1º) hace esta referencia después agrupar todos los derechos que contiene el art. 48 de la LSA expresamente, incluyendo dentro de los derechos de naturaleza *“económico patrimonial el derecho a participar en los beneficios, a participar en la cuota de liquidación y de suscripción preferente; y son derechos políticos los de información y asistencia y voto en las juntas generales”*. 2) Porque enumera todos los derechos que contiene el art. 48 LSA después de indicar que la norma penal tutela sólo alguno de los derechos que contiene el art. 48 LSA.

“resortes de control de la gestión social de los accionistas y socios” los derechos tutelados por el art. 48 de LSA¹²⁰.

El Tribunal en la sentencia indica la distinción mercantilista que agrupa los derechos tutelados por el art. 48 LSA, considerando derechos de “*naturaleza económico patrimonial*”, los derechos que tiene el socios a participar en los beneficios, en la cuota de liquidación y de suscripción preferente (art. 48.2 a) y b)); y “*derechos políticos*”, el de asistir y votar en las Juntas generales y el de información (art. 42.2 c) y d)); centrando el objeto tutela penal del art. 293 CP, como derechos políticos, los de información y participación en la gestión y control de la actividad de la sociedad; y como derecho económico, el de suscripción preferente de acciones; haciendo hincapié de la exclusión penal del resto de derechos contemplados por la legislación mercantil, y que puso de manifiesto con ocasión de la Sentencia núm. 1953/2002 de 26 de noviembre. Otorgando, indica el Tribunal citado la Sentencia de 9 de mayo de 2003, a través del art. 293 CP, una tutela contundente a quienes no pertenecen a los grupos que ostentan el poder social, protegiéndolos el tipo “*de los ataques de que pueden ser objeto.*”¹²¹

Sin embargo, la afirmación que realiza el Tribunal Supremo hay que dotarla de matices, pues si bien es cierto que hay autores que se inclina en centrar el objeto de protección en el ejercicio de los derechos enunciados en el tipo, como los derechos legales de los accionistas o de los socios, otorgándoles “*una función puramente organizativa formal*”¹²². Otro sector apunta que con la tutela de los derechos que recoge el art. 293, y en sintonía con el ánimo

¹²⁰ Actualmente los derechos del socio se recogen en el art. 93 del 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 los términos establecidos en esta ley, y salvo los casos en ella previstos, el socio tendrá, como mínimo, los siguientes derechos: a) El de participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación. 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. c) El de asistir y votar en las juntas generales y el de impugnar los acuerdos sociales. d) El de información.*”

¹²¹ Del Rosal Blasco, *Los delitos*, p. 128. El autor considera que el Bien Jurídico protegido son los “*derechos legales fundamentales del accionista o socio*”. El autor es coincidente con el Tribunal Supremo, que considera que tutelando los derechos que unumera el art. 293 CP, se está protegiendo “*los derechos e intereses de los socios extraños al grupo de control, que son los que normalmente se pueden ver perjudicados de la manera que relata el tipo*”

¹²² Muñoz Cuesta, F. J. Fiscal Superior Comunidad Foral de Navarra.(2010), “Negar o impedir el derecho de información a socio: la no convocatoria de junta general de accionistas de sociedad motiva la aplicación del art. 293 CP.” *Aranzadi Doctrinal* (Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.), (3). El fiscal indica que lo que protege la norma es el ejercicio de los derechos políticos personales, “*sin perjuicio de que se pueda apreciar cierto contenido patrimonial en el derecho de suscripción preferente de acciones.*”; Matínez-Buján Pérez, *Derecho Penal*, p. 224. “*En el art. 293 no pasa de concurrir un mero peligro abstracto para el patrimonio de los socios*”, indica el autor que el art. 293 CP tutela únicamente los derechos legales de los accionistas o de los socios, aceptado, que pueda tutelar los principios de fidelidad y de lealtad, pero que tales principios tal y como está definidos no pueden ser el interés jurídico protegido por la norma, ya que el injusto está “*carente de todo contenido material*”;

buscado por el legislador al tipificar los delitos societarios, lo único que ha pretendido el mismo es tutelar los intereses económicos de los accionistas o socios, adelantando la barrera punitiva a hechos previsiblemente atentatorios contra el patrimonio aportado por el socios a la sociedad¹²³. Identificando como bien jurídico protegido los derechos económicos de los socios, siendo estos intereses los que motivan a los socios a ejercitar sus derechos ante los órganos de administración, conformando de esta forma los derechos objeto de tutela como instrumento controlador sobre la correcta gestión y representación de la entidad¹²⁴, pues no se puede perder de vista el círculo en el que se encuentra los intereses sociales, y los intereses individuales, puestos estos últimos de manifiesto con la asociación voluntaria de los socios o accionistas, que contribuyen mediante su aportación económica a un fondo común, con el único ánimo de obtención de beneficios o satisfacciones económicas a través de los beneficios que se obtenga por la realización y desarrollo del objeto social¹²⁵.

También hay quien opina que el art. 293CP protege únicamente “*el correcto funcionamiento de los órganos sociales y el debido respeto de las instancias gestoras a los derechos y atribuciones que corresponden a quienes participan en la sociedad*”¹²⁶, pero aceptar esta teoría, sería aceptar que el sujeto pasivo titular del interés jurídico protegido, sería la entidad objeto de representación y gestión¹²⁷.

6.2. Aspectos objetivos del tipo

6.2.1. Sujeto activo.

El art. 293 CP indica expresamente que el sujeto activo de la acción típica será el Administrador de hecho o de derecho, encontrándonos ante un delito especial propio¹²⁸. Para poder delimitar estos sujetos habrá que conjugar, la legislación societaria que indica las competencias abstracta alejadas de los hechos por quienes deben realizar su actividad de representación y gestión en el seno de las entidades típicas, con el art. 31 de CP, para que la incriminación de los sujetos se circunscriba únicamente al hecho y a la acción, y poder

¹²³ Faraldo Cabana, *Los delitos*, p. 260; Fernández Teruelo, *Los Delitos*, p.258.

¹²⁴ Bajo y Bacigalupo, *Derecho Penal*, p. 628.

¹²⁵ Arpio Santacruz, “El régimen de las sociedades sin personalidad jurídica y su relación con la comunidad de bienes.”

¹²⁶ García de Enterría, *Los delitos*, p. 81; Valle et al., *Comentarios a la parte especial*, p. 909.

¹²⁷ Fernández Teruelo, *Los Delitos*, p. 250.

¹²⁸ Matínez-Buján Pérez, *Derecho Penal*, p. 224. El autor no considera el delito como especial propio, aunque esta sea esta la construcción que se le ha dado al tipo, indica el autor citando a GARCIA CAVERO: que se “*trata de una concreción del deber genérico de no perjudicar a los demás mediante la organización de la propia esfera de dominio.*”

cumplir con los principios de intervención mínima y última *ratio* que tiene asignado el Derecho Penal¹²⁹.

Con respecto a la determinación de los administradores de derecho, El RRM en su art. 124.1 indica que serán los estatutos sociales los que determinen la configuración del órgano al que se confíe la administración social, cuyo único fin es el cumplimiento del objeto social, indicando el precepto que el órgano podrá estar constituido por un administrador único, por varios administradores que actúen solidariamente, por dos administradores que actúen conjuntamente, o por un Consejo de Administración, integrado por un mínimo de tres miembros; indicado en el apartado segundo, que en los estatutos se deberán indicar a cuales de los anteriores se confiere el poder de representación, así como su régimen de actuación dentro de los límites del propio artículo 124 del RRM; ampliando el propio artículo, cuando el órgano esté constituido por un consejo, la posibilidad de que éste actúe a través de un órgano delegado, constituido por uno o varios consejeros delegados.

Por su parte, el administrador de hecho hay que enfocarlo desde una perspectiva material, siendo aquel, que sin estar facultado legalmente para gestionar o representar a la sociedad, realiza las actuaciones propias al cargo legal de modo continuado y efectivo¹³⁰. Planteándose en la realidad societaria situaciones tan dispares que si jurídicamente no ofrece ninguna duda, en la práctica resulta de gran dificultad determinar cuándo nos encontramos ante un auténtico Administrador de cuando no, sobre todo, si lo que guía al administrador de hecho es la elusión de su responsabilidad por la realización de conductas ilícitas.

Para poder concretar esta figura dentro del ámbito penal de acuerdo con el art. 31 del texto punitivo, habrá que relacionar los aspectos jurídicos con los facticos, así desde un plano legal, será aquel sujeto al que no se le haya otorgado de acuerdo con los estatutos sociales poderes de gestión o representación, o que habiéndoselos otorgado, no hayan desplegado sus efectos por deficiencias formales, o que habiéndole sido atribuidos, han dejado de tener eficacia. Siendo de destacar la doctrina conocida como del Administrador de hecho que ha desarrollado la Dirección General de los Registros y del Notariado, a partir de la resolución de 24 de junio de 1968, que para evitar situaciones de “*acefalía e inoperancia, unido al principio de conservación de la empresa*”, permite la actuación de los Administradores cuyos cargos hayan dejado de tener eficacia, siendo admitida dicha doctrina por el Tribunal Supremo (entre otras, Sentencias de 22 de octubre de 1974, 3 de marzo de 1977 y 1 de abril

¹²⁹ Muñoz Conde, “¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones «no desvinculadas del Derecho»?”, p.114.

¹³⁰ <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es>. (s.f.), “Administrador de hecho”

de 1986.)¹³¹; identificándolo independientemente del cargo que ostente en la entidad¹³² por la autonomía e independencia con la impone constantemente sus decisiones en la conducción del objeto social, ya sea directamente, o a través de los sujetos que legalmente tienen atribuidas estas funciones.

En este sentido, el TS lo ha definido en las SS 26 de junio de 2006, y 26 de enero de 2007, respectivamente, que: *“se entenderá penalmente hablando que es administrador de hecho toda persona que, por sí sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad, y concretamente las expresadas en los tipos penales”*; *“quien, sin ostentar formalmente la condición de administrador de la sociedad, ejerza poderes de decisión de la sociedad y concretando en él los poderes de un administrador de derecho. Es la persona que manda en la empresa”*.

6.2.2. Sujeto pasivo.

El tipo concreta el sujeto pasivo en “el socio”, al que se le niegue o impida el ejercicio de los derechos que enumera el tipo, planteando las mismas cuestiones que la figura del sujeto activo del art. 291 CP, remitiéndome al estudio del mismo para fundamentar su interpretación restrictiva o amplia de la figura. Siendo pacífico entre los autores considerar atípica la conducta, cuando esta afecte a otras personas que no tenga tal cualificación, aunque detenten los mismos derechos típicos que los socios, y además estén protegidos por leyes extrapenales¹³³.

6.2.3. Conducta típica.

El núcleo de la conducta típica del art. 291 CP, está conformada alternativamente por los verbos “negar” o “impedir” al socio el ejercicio sin causa legal de los derechos típicos, por lo que estamos ante un tipo mixto alternativo, siendo indiferente para que se origine la responsabilidad penal del administrador, que este negare o impidiera, o incluso que concurran en el sujeto activo las dos acciones contra el mismo sujeto pasivo.¹³⁴ Consumándose el tipo en el momento de la efectiva obstrucción, prolongándose según el

¹³¹(15 de febrero de 1999). *Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado*. Boletín Oficial del Estado.

¹³² Matínez-Buján Pérez, *Derecho Penal*, p. 226. Ya se ha expuesto que el autor ha calificado el delito de dominio, por lo que la figura de administrador de hecho alcanza a todas aquellas personas que tengan el “dominio social de las funciones de administración” independientemente de cargo que ostente, “como el de presidente y el secretario de la junta.”

¹³³ Comités de empresa, acreedores sociales, comisario del sindicato de obligacionistas.

¹³⁴ Fernández Teruelo, *Los Delitos*, p. 259.

TS la misma hasta el que el Sujeto Activo, atienda las peticiones de los socios impuesta por la normativa extrapenal.

Por negar, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española da entre otros significados: “*decir que no a lo que se pretende o se pide, o no concederlo*”, o el de “*prohibir o vedar, impedir o estorbar*”¹³⁵; y por impedir: “*estorbar o imposibilitar la ejecución de algo*”¹³⁶, apreciando por el contenido de sus significados que ambos términos son sinónimos¹³⁷, diferenciando la mayoría de la doctrina las acciones, en que la primera modalidad debe ser concebida como de mera actividad, que no admite la modalidad omisiva¹³⁸, apreciando la comisión por omisión cuando el sujeto activo “impidiere” sin causa legal el ejercicio de los derechos típicos no llevan a cabo la conducta típica¹³⁹. Constituyendo la expresión “sin que concurra ninguna causa legal” un elemento normativo del tipo, debiendo tenerse en cuenta para apreciar la tipicidad de la conducta a todo el Ordenamiento Jurídico, y en particular las normas mercantiles, ya que lo reprochable penalmente no es el negar o impedir, sino negar o impedir no estando amparado el sujeto activo en una causa legal, así lo puso de relieve el TS en la Sentencia de 31 de julio del 2002, al indicar que los derechos tipificados no se podían utilizar “*como instrumento de obstrucción de la actividad social, para sobreponer a los intereses sociales el particular del accionista que solicita la información*”.

Con respecto al objeto material del tipo, éste hace referencia a los siguientes derechos: “derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones”, considerando los autores al objeto de la acción como “ley penal en blanco”, haciendo necesario acudir a las normas extrapenales para dotar de contenido los derechos típicos que taxativamente¹⁴⁰ enumera el tipo, debiendo tener presente,

¹³⁵ RAE, acepciones primera, segunda, tercera y cuarta del termino negar.

¹³⁶ RAE, primera acepción.

¹³⁷ Fernández Teruelo, *Los Delitos*, p. 260. Recoge en la nota 744 que algunos autores consideran que el verbo negar, es una variante del verbo impedir, “*con lo que el sentido del primero quedaría desnaturalizado*”. Indicando el autor que negare, implica tanto una formulación activa como omisiva, la primera “*a un no concederla*” y la segunda eludiendo “*la respuesta afirmativa*”.

¹³⁸ Faraldo Cabana, *Los delitos*, p. 281; Bajo y Bacigalupo, *Derecho Penal*, p. 629; Matínez-Buján Pérez, *Derecho Penal*, p. 225.

¹³⁹ Faraldo Cabana, *Los delitos*, p. 282. Recoge en la nota 483 la valoración que hace RODRIGUEZ RAMOS en “Los nuevos delitos pseudosocietarios pág. 87”, que se inclina que la modalidad de negar, acoge tanto una conducta activa como omisiva, dando lugar esta última a la comisión por omisión u omisión propia que recoge el art. 11 CP, apreciando que “*impedir*” supone un “*comportamiento activo*”

¹⁴⁰ Valle et al., *Comentarios a la parte especial*, p. 908. Los autores se pronuncia en el mismo sentido que la STS de referencia, indicando, que “*sea como fuere, lo cierto es*” que el precepto sólo tutela alguno de los derechos legales que tienen reconocidos los miembros de las entidades mercantiles; Fernández Teruelo, *Los*

que un error de tipo, tal y como expresan VALLE et al., “conducirían a la atipicidad de la conducta, incluso cuando aquél fuera vencible”¹⁴¹.

El Tribunal Supremo considera que los derechos tutelados por el tipo no son derechos ni absolutos ni limitativos, presentando el derecho de información como un derecho indispensable¹⁴², además de por su reconocimiento expreso por la Ley extrapenal, porque se establece presupuesto “*ineludible para poder ejercitar el derecho de voto en las juntas generales, y para poder ejercitar el derecho de participación y control en la gestión de la sociedad*”; puntualizando en la Sentencia que está sirviendo de apoyo para el estudio de esta figura, que si bien en la Sentencia 42/2006 de 27 de enero calificó tal derecho de “*naturaleza instrumental y no absoluto o incondicional*”, esta calificación procedía en la medida en que la privación de información al socio puede afectar al ejercicio del derecho de participación o control en la gestión social¹⁴³. Otorgándole el Tribunal al no convocar “*maliciosamente*” las Juntas de Accionistas, una muestra de denegación del ejercicio del derecho de información¹⁴⁴, contemplando en la legislación civil instrumentos para que dichas juntas sean convocadas judicialmente y una vez convocadas solicitar la información deseada¹⁴⁵.

En cuanto a los derechos de participación o control de la actividad social éstos se ejercitan, según el Tribunal Supremo con los derechos de convocatoria de Junta General Extraordinaria, asistencia y voto en las juntas generales, fundamentado en que a través de estos últimos se

Delitos, p. 264; Faraldo Cabana, *Los delitos*, p. 265; Bajo y Bacigalupo, *Derecho Penal*, p. 629; Matínez-Buján Pérez, *Derecho Penal*, p. 225.

¹⁴¹ Fernández Teruelo, *Los Delitos*, p. 274; Faraldo Cabana, *Los delitos*, p. 282; Matínez-Buján Pérez, *Derecho Penal*, p. 225.

¹⁴² El derecho de información era presupuesto en la LSA art. 151.1, para considerar nulo de pleno derecho los acuerdos tomados por la Junta General. Actualmente la LSC arts. 204 y 205 suprime la distinción entre acuerdos nulos y anulables, mencionando que son acuerdos impugnables los que sean contrarios a la Ley, los que 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.

¹⁴³ STS (Sala de lo Civil) núm. 608/2014, de 12 de noviembre configura el derecho de información “*como un derecho autónomo sin perjuicio de que pueda cumplir una finalidad instrumental del derecho de voto.*”

¹⁴⁴ Muñoz Cuesta, “Negar o impedir el derecho de información a socio: la no convocatoria de junta general de accionistas de sociedad motiva la aplicación del art. 293 CP.” En este mismo sentido se expresa el Fiscal, cuando después de analizar los arts. 112 y 212.2 de la LSA, indica que una forma indirecta de no facilitar la información al socio es no atender su petición de convocar la Junta General Extraordinaria, ya que el derecho a la información que tiene el socio no se puede negar en dicha convocatoria.

¹⁴⁵ El derecho de información en la LSC está regulado en el art. 196 para la Sociedades de Responsabilidad Limitada, y en el 197 para las Sociedades Anónimas, indicando el primero: “*que los socios de la sociedad 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*”; y el segundo: “*que los accionistas podrán solicitar de los administradores, hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la junta 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. Pudiendo solicitar verbalmente las informaciones o aclaraciones que consideren convenientes acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día, durante la celebración de la junta general.*”

actúa en la adopción de los acuerdos sociales, se eligen los órganos representativos sociales, y se puede controlar el desarrollo del objeto social.

El Tribunal supremo en la Sentencia de referencia, consciente de que el cumplimiento de los requisitos que exige el tipo conlleva la aplicación de acciones civiles y penales, indica con respecto a la negativa o impedimento al igual que la doctrina, que la intervención penal sólo podrá ser activada cuando la conducta típica sea dolosa, apreciándose ésta cuando el Administrador de hecho o derecho con claro “abuso de su cargo”, despliegue una actividad obstruccionista que impida a los socios ejercer sus derechos, indicando el Tribunal que será *“esta cualidad de persistencia en el abuso lo que por regla general debe determinar la aplicación penal”*. Aconsejando ciertamente el Tribunal, que se haga una interpretación del precepto en términos restrictivos, sin que se pueda para ello introducir elementos ajenos al tipo, ni anudar un peligro hipotético para el patrimonio del socio con la conducta obstruccionista, pudiéndose fundamentar tal restricción únicamente en el objeto material, conducta típica, y en el elemento normativo. Advirtiéndose que las dudas sobre la existencia del elemento normativo del tipo daría lugar a la atipicidad de la conducta.

6.3. Aspecto subjetivo del tipo.

Confluyen la doctrina en destacar, que el aspecto subjetivo no requiere más elementos que el dolo, descartando el dolo eventual, fundamentando tal extremo en la ausencia de lesividad de la que adolece el tipo con respecto a los derechos de los socios que regula la legislación civil y mercantil. Siendo el dolo el único elemento del tipo que criminalizaría las conductas realizadas por el sujeto activo.

6.4. Funcionalidad del tipo.

En el estudio de esta figura todos los autores coinciden en línea con el Tribunal supremo, en la ausencia de lesividad de la que adolece el tipo para semejante incriminación, considerando que la normativa mercantil protege no sólo estos derechos tipificados, si no que recoge un elenco notablemente superior cuyos contenidos, hacen que su regulación se torne en un instrumento eficaz para la defensa de los mismos. Suponiendo el cumplimiento de los elementos del tipo un solapamiento con las leyes extrapenales que tutelan los derechos del socio.

Las opiniones que recogen tal pensamiento se tornan variadas, así, VALLE et al., indican expresamente, que *“ En efecto, el art. 293 CP. ha acabado por criminalizar si barrera de contención alguna mero ilícitos civiles. En otros términos, no existen elementos de*

*dañosidad o lesividad adicionales a la ilicitud civil que puedan dotar de contenido material a la antijuridicidad penal. La construcción del tipo no ofrece la más pequeña base para exigir algún elemento de lesión material que haga comprensible la intervención del derecho penal.”*¹⁴⁶

Por su parte GARCÍA DE ENTERRÍA, al estudiar las figuras que componen los delitos societarios del CP, augura, refiriéndose en concreto al art. 293 por la extensión con la que se ha formulado el tipo, *“un peligroso y sumamente perturbador desplazamiento de estas cuestiones desde su sede mercantil natural hacia el terreno penal y ello, no tanto por la mayor gravedad o menor gravedad intrínseca de los hechos de que se trate, como el deseo de beneficiarse de la aflictividad y capacidad de intimidación que caracteriza a éste.”*¹⁴⁷

POLO VEREDA resalta su *“evidente superposición con un mero ilícito de carácter mercantil.”*¹⁴⁸

FERNÁNDEZ TERUELO por su parte, que realiza un estudio pormenorizado del objeto material de tipo, no aprecia que el tipo tenga *“la entidad suficiente para dar entrada a una respuesta de naturaleza penal.”*¹⁴⁹

DEL ROSAL BLASCO, el autor además de suscribir lo expuesto por los autores VALLE et al., añade lo que espera de la tipificación de esta figura *“conforme el tipo vaya entrando en aplicación y se pueda comprobar su excesiva amplitud y la dificultad de encontrar un criterio de distinción con los meros ilícitos mercantiles, se restrinja la intervención penal con alguna referencia en el contenido material del injusto que justifique su existencia en el CP.”*

Recogiendo después de veinte años¹⁵⁰ el mismo pensamiento, volviéndose a hacer eco de lo que expusieron en su día VALLE et al.¹⁵¹

FARALDO CABANA realiza el estudio del art. 293, indicando que *“no hallamos ante comportamientos cuya transcendencia puede ser nula o insignificante.”*¹⁵²

BAJO y BACIGALUPO expresan que el tipo no añade nada a las leyes extrapenales, encontrándonos ante *“un delito societario castigado simplemente con multa y cuya existencia violenta frontalmente el principio de intervención mínima y el propio sentido común.”*¹⁵³

¹⁴⁶ Valle et al., *Comentarios a la parte especial*, p. 909.

¹⁴⁷ García de Enterría, *Los delitos*, pp. 84-85.

¹⁴⁸ Polo Vereda, “Delitos societarios: reflexiones para una selección de aspectos polémicos.”, p. 2050.

¹⁴⁹ Fernández Teruelo, *Los Delitos*, p. 252.

¹⁵⁰ Del Rosal Blasco, “Capítulo 30. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (XII).”, p. 764.

¹⁵¹ Del Rosal Blasco, *Los delitos*, p. 127.

¹⁵² Faraldo Cabana, *Los delitos*, p. 254.

¹⁵³ Bajo y Bacigalupo, *Derecho Penal*, p. 627.

MATÍNEZ-BUJÁN PÉREZ concluye, que en la legislación extrapenal se incluye esta clase de comportamientos como un ilícito mercantil, calificanola como “*eficaz en la persecución de los abusos realidaso por los Administradores.*” El autor en base al estudio tan pormenorizado de los contenidos de los derechos que taxativamente enumera el tipo realizado por FARALDO CABANA¹⁵⁴, pone de manifiesto la gran paradoja que supone la incriminación de tales conductas, cuando la legislación mercantil “*no se contenta en todo caso con la mera obstaculización de los derechos de los socios, sino que exige además la causación de un daño patrimonial tangible.*”¹⁵⁵

MUÑOZ CONDE califica de “*excesiva la penalización de estas conductas obstaculizadora, sin exigencia de otros requisitos.*”¹⁵⁶

Por su parte el Fiscal Superior de la Comunidad Foral de Navarra hace una reflexión positiva de la tipificación de los delitos societarios después de que hayan transcurrido más de quince años desde su tipificación, en contra de los presagios que se les auguraba por parte de quien opinaba que infringían el principio de legalidad al tener tantas remisiones normativas, y el principio de intervención mínima, por considerar que lo que tipifica el art. 293 CP podía resolverse al margen del Derecho Penal.

El Fiscal pone de relieve, que realmente han cubierto las expectativas de “*los estudiosos y de todos los que aplican el derecho penal*”. Precisando que tanto las Audiencias Provinciales como el Tribunal Supremo¹⁵⁷ como aplicadores constantes de estos tipos, se encuentran satisfechos con su codificación, ya que los mismos han venido a cubrir zonas de impunidad calificándolos como “*precisos*”, “*cuando los atentados a los bienes jurídicos protegidos en ellos se producían y sin su tipificación quedarían zonas de impunidad en ese ámbito de la sociedad mercantil.*”¹⁵⁸

Ante esta última reflexión del fiscal, se hace necesario acudir al estudio que se ha realizado de la figura con el pronunciamiento del Tribunal Supremo en la Sentencia núm. 1351/2009 de 22 diciembre, en la que recoge su doctrina, y ha servido de exponente en resoluciones posteriores. En la misma, después de analizar “*el triple ámbito del objeto, la conducta típica y el elemento normativo*”, indica que no viene a colmar lagunas de punibilidad, es más el

¹⁵⁴ Faraldo Cabana, *Los delitos*, pp. 254 y ss.

¹⁵⁵ Matínez-Buján Pérez, *Derecho Penal*, p. 223.

¹⁵⁶ Muñoz Conde, *Derecho Penal*, p. 466.

¹⁵⁷ En el estudio de esta figura, se ha puesto de relieve como el Tribunal Supremo en la Sentencia de 1351/2009, indica que la conducta que prevé el art. 293 CP conlleva inevitablemente a la “superposición de acciones civiles y penales.”

¹⁵⁸ Muñoz Cuesta, “Negar o impedir el derecho de información a socio: la no convocatoria de junta general de accionistas de sociedad motiva la aplicación del art. 293 CP.”

Tribunal indica que con *“el comportamiento típico consiste en negar o impedir a un socio, sin causa legal, el derecho de los ejercicios (...), la superposición de acciones civiles y penales resulta inevitable. 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 ocupa”*, subrayando el tribunal que para que se pueda aplicar la ley penal, la conducta obstruccionista del sujeto activo ha de ser dolosa y realizada con abuso de su cargo.

7. CONCLUSIONES: LA ÚLTIMA RATIO DEL IUS PUNIENDI DEL ESTADO.

El objetivo del presente trabajo ha sido poner de manifiesto la funcionalidad y eficacia de las figuras analizadas dentro del ámbito penal.

La motivación surge por la justificación que hizo el prelegislador de 1992 para la incriminación de las conductas descrita en los tipos, en la que indicaba, los debates doctrinales que se había originado en torno a la tipificación de los mismos como consecuencia del proyecto del CP de 1980, por el que algunos autores consideraban suficientes las figuras como la estafa, apropiación indebida o la falsedad documental que contenía el antiguo CP para criminalizar los supuestos de hecho que acogían la nuevas figuras, y que otro sector consideraba, que tales incriminaciones venían a colmar lagunas de punibilidad.

Unido a lo anterior, a que muchos autores después de su tipificación en 1995, y con objeto de su estudio, manifestaron la ausencia de lesividad de la que adolecían los arts. 291 y 293 CP con respecto a la regulación mercantil que se ocupaba del tema, indicando que sólo el tiempo podría corroborar la incidencia de tales figuras en el complejo mundo económico en el que desarrollan su actividad las entidades mercantiles.

Siendo lo anterior el punto de inflexión del presente trabajo, y para llegar al mismo, se ha realizado un estudio de cuáles eran las necesidades incriminatorias en el ámbito económico con las que se encontraba el legislador constitucional, llegando a la conclusión que realmente con el afloramiento en 1978, de la nueva realidad política, social y económica, emergieron las formas desviadas que tenían los sujetos de actuar cuando interactuaban en la esfera económica de nuestro país, que por lo demás, no distaba de lo que ocurría en el resto del mundo, si bien en verdad que estas formas alejadas de la legalidad tuvieron en nuestro país como coadyuvante la anterior etapa política, que bajo la apariencia de la más estricta legalidad utilizaban como un instrumento idóneo para delinquir las estructuras societarias.

La segunda idea que subyace del presente es en primer lugar, la disfunción que existe entre las conductas necesitadas de incriminación penal, lo que tipifica el legislador para luchar contra esta criminalidad, y la tutela que efectivamente otorga con la incriminación de estas figuras. Y en segundo, la descoordinación existente entre el legislador penal y el legislador mercantil.

La disfunción entre las necesidades incriminatorias, los delitos tipificados, y la tutela que se otorga con la codificación de estos delitos, se puede apreciar después de analizar los factores políticos, sociales y económicos, y las formas de delinquir en la esfera económica, como muchas de estas conductas desviadas, tenían como sustrato o denominador común las estructuras societarias, que eran utilizadas por los sujetos como medios idóneos para actuar al margen de la ley bajo la apariencia de la más estricta legalidad en sus relaciones jurídicas.

Para atajar esta criminalidad el legislador considera insuficientes los tipos tradicionales de la estafa, apropiación indebida o la falsedad documental, convencido, que los mismos crearían lagunas de impunidad, tipificando así los arts. 291 y 293 CP, cuyo objeto de protección son las entidades mercantiles y la de sus miembros, de lo que puedan hacer alguno de ellos (PLCP1992). Con lo que se puede concluir que lo que está tutelando el legislador penal a través de estos delitos, son los medios comisivos de los que se valen los sujetos para dotar de legalidad sus actuaciones jurídicas al margen de la Ley, sin perjuicio de que dichas conductas, sin tener en cuenta estos delitos, estén castigadas en el CP.

Aceptando dicha disfunción, realmente con la tipificación de los delitos societarios el legislador ha protegido a las entidades mercantiles y a sus miembros, hecho que carecería de relevancia si no fuera porque los delitos 291 y 293 CP, no sólo adolecen de ausencia de lesividad con respecto a la regulación que hace de estas figuras la legislación extrapenal, sino porque las mismas tienen más protección en ese ámbito del Ordenamiento que la tutela que ofrece el orden penal. Este dato que se ha puesto de relieve al estudiar las figuras societarias de los arts. 291 y 293 CP, cuyo sustrato son la legislación mercantil, lleva a la segunda reflexión de esta conclusión: la descoordinación entre el legislador mercantil y el legislador penal, que como seguidamente se pondrá de manifiesto han tutelado paralelamente estas figuras del tráfico mercantil.

Para ello, antes de relacionar el marco legislativo que ofrece protección a las entidades mercantiles y a sus miembros no se puede perder de vista como dato objetivo, que el

Ordenamiento Jurídico desde el 18 de noviembre de 1982, hasta el 27 de marzo de 1996¹⁵⁹, tuvo la misma base tanto prelegislativa, como legislativa, debiendo haberse caracterizado por este dato como realmente un *“mecanismo de múltiples ruedas, en el que la mayor es la Constitución, pero en el que han de girar todas a la vez”* (PLCOP 1992), en la que cada parcela del Ordenamiento Jurídico cumpla la función asignada ante lo que reclama un Estado Social Democrático de Derecho.

Siendo esta misma base la que aprobó por orden cronológico: el 22 de diciembre de 1989 el Real Decreto Legislativo 1564 por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; el 23 de marzo de 1995 aprueba la Ley 2/1995, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (como exponentes de la realidad societaria), que vinieron a derogar la primera, una Ley de 1951, y la segunda una Ley que databa 1953, si bien fueron reformadas parcialmente antes de su derogación por la Ley 19/1989, de 25 de julio, que venía a adaptar la legislación mercantil a las exigencias provenientes de nuestra entrada en la Comunidad Económica Europea, cumpliendo a través de ésta con las Directivas emanadas de la Organización Internacional; aprobándose finalmente el primer texto punitivo de esta nueva realidad política, social y económica, a través de una Ley Orgánica, el 23 de noviembre de 1995.

Otro de los datos concluyentes que se puede extraer del presente estudio, es como la protección extrapenal ofrecida para estas figuras se torna como eficaz. En primer lugar, porque la misma ofrece mecanismos más amplios para la protección de estas figuras que la legislación penal, y en segundo, porque los tipos estudiados adolecen de ausencia de ese plus de lesividad que haga necesario la intervención del Derecho Penal.

Para llegar a esta conclusión se ha analizado tanto la legislación mercantil que se ocupa del tema, como las figuras determinadas en los arts. 291 y 293 del C.P.

De forma sintética se ha hecho referencia a la LSA, de la que se desprende como ha actuado como sustrato de los arts. 291 y 293 CP. Enumerado, tanto los mecanismos que tienen las minorías sociales dentro de las entidades mercantiles para que no se vean amenazados por los grupos de poder, como los derechos que tiene los socios por tener tal condición, para hacer valer los mismos.

En segundo lugar se han analizado los arts. 291 y 293 del CP. Para ello, se ha recogido la interpretación realizada por la doctrina y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los

¹⁵⁹ <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Diputados/Historia/>

elementos que configuran los arts. 291 y 293 del CP, comprobando que para su análisis y delimitación se han apoyado en la legislación extrapenal. Confluyendo en la necesidad de realizar valoraciones restrictivas de los elementos que configuran los tipos, en virtud del Principio de Intervención Mínima, y al carácter subsidiario que tiene el derecho penal, que obliga a que el *Ius Puniendi* del Estado se active únicamente cuando el resto de parcelas del Ordenamiento Jurídico devenga ineficaz. Fundamentado tal extremo en primer lugar, por la protección que ofrece la ley mercantil, pues consideran sus mecanismos más amplios para tutelar estas figuras que la legislación penal; y en segundo, porque los tipos objeto de estudio adolecen de ausencia de lesividad con respecto a la legislación mercantil.

Con respecto a las posibles lagunas de punibilidad que hubiera conllevado no tipificar los delitos contemplados en los arts. 291 y 293 CP, se ha puesto de manifiesto en el presente trabajo en los epígrafes dedicados a la funcionalidad y aplicabilidad de los tipos, como los aplicadores de la Ley dedican en la fundamentación de sus resoluciones a exponer la legislación sustantiva civil y mercantil, para poder delimitar la intervención del *Ius puniendi* del Estado por el solapamiento que conlleva realizar los elementos de los tipos con las leyes extrapenales.

Con respecto al art. 291 del CP, los órganos jurisdiccionales penales cuando han conocido de los asuntos que tenían por objeto el presente delito, en algunas ocasiones no han podido subsumir las conductas realizadas por los sujetos en el tipo, debido a la diversidad de elementos confluyentes que tiene el mismo para que quede consumado, y en particular el elemento negativo del mismo. Ya que por éste, resultan atípicas aquellas conductas que bajo el manto del dolo, el sujeto activo se valga de su mayoría dentro del órgano típico para propiciar una mayoría con un ánimo de lucro, que aun perjudicando notablemente a la minoría, dote a la entidad mercantil en términos valorativos económicos de neutralidad, ya que el tipo lo que exige expresamente es que “no reporte beneficios a la misma”, siendo estos hechos cotidianos por ejemplo, en grupos de empresas en que las mayorías sociales y los grupos de poder son coincidentes de forma directa o indirecta, no dándose esta paridad en las minorías, lo que conlleva que aunque éstas se vean perjudicadas notablemente por los acuerdos adoptados con claro abuso del derecho, los intereses sociales se vean inalterados.

Otra cuestión discutida es si el tipo se queda consumado con la simple adopción del acuerdo, o si por el contrario, el acuerdo debe haber desplegado sus efectos. En este sentido se puede llegar a la conclusión que el acuerdo debe haber desplegado sus efectos, aunque un sector doctrinal y el propio Tribunal Supremo (S654/2002 de 17 de abril, FDI) indiquen que se

está ante un delito de peligro concreto, cuya consumación es perfeccionada con la adopción del acuerdo abusivo, tesis que conllevaría a adelantar la barrera de punibilidad a hechos cuya constatación material apriorística en términos valorativos económicos no se haya podido verificar, ya que el tipo exige una ponderación evaluable entre el perjuicio causado a los socios con el acuerdo, y que el mismo no reporte beneficio a la entidad, ya que si el acuerdo resulta neutro para la entidad la conducta resultaría atípica, incumpliendo de esta manera con el Principio de Intervención Mínima y Principio de Taxatividad (art. 4 CP) que tiene reservado el Derecho Penal.

Otra deducción a la que se ha llegado es la utilización del art. 291 CP con fines ajenos al Derecho Penal. A esta conclusión se ha llegado por los estudios que se han realizado en la mayoría de los pronunciamientos realizados por los Tribunales, en el que en el presente trabajo sólo se recoge algunos. A este respecto, los Tribunales han dado buena cuenta de los augurios que presagiaba la doctrina con objeto de la tipificación de este delito, y que tan explícitamente justificó el grupo mixto con objeto del PLOCP de 1994 en la enmienda que presentaron, y por la que pedían la supresión de este tipo en nuestro código punitivo, considerando al art. 291 CP como un medio de utilización del derecho penal con fines ajenos al mismo. Destacando el grupo parlamentario que la funcionalidad y aplicabilidad del mismo quedaría enmarcada en el fomento de querellas criminales entre socios mal avenidos, presagio que han tenido los órganos judiciales de apreciar cuando han conocido de los asuntos que tenían por objeto el art. 291 CP y que han expuesto a través de sus sentencias.

Con respecto al art. 293 CP a las conclusiones a las que se llegan son las misas que las expuestas en referencia al art. 291 CP. Con el añadido, que la legislación mercantil protege más derechos de los socios que los que tutela el orden penal, sin que éstos además añadan ese plus de lesividad necesario para la activación del *Ius puniendi* del Estado. Teniendo los tribunales que indicar cuando conocen de asuntos cuyo objeto es el art. 293 CP, que la Ley Penal tutela lo que tutela, indicando en sus resoluciones que en base al art. 4 del CP no se pueden introducir elementos en las conductas que no estén recogidos por el tipo, desarrollando en las mismas, para llegar a esta fundamentación, toda la legislación extrapenal que tutela los derechos que tienen los socios por el simple hecho de serlos, escrutando posteriormente los coincidentes en sendos órdenes. Haciendo siempre hincapié, que el Orden Penal tutela sólo algunos de los derechos recogidos por las leyes extrapenales. Recogiendo los tribunales el solapamiento existente entre los elementos del art. 293 CP y la regulación mercantil que tutela los derechos de los socios.

Como corolario a todo lo anterior se puede concluir, que los tipos analizados están carentes de lesividad con respecto a la regulación extrapenal. Que ésta, se muestra eficaz tanto para defensa de los intereses de las minorías, como para la entidades mercantiles. Que los derechos de los Socios, están más ampliamente tutelados por las normas mercantiles que por el Derecho Penal, y que su funcionalidad y aplicabilidad han sido puestas en entre dicho por los órganos juzgadores, en base al carácter subsidiario que tiene reservado el Orden Penal, como *Última ratio*, y al Principio de Intervención Mínima al que está sujeto, que obliga al que Estado intervenga a través del *Ius Puniendi* cuando las otras parcelas del Ordenamiento resulten ineficaces.

8. BIBLIOGRAFÍA.

- Resoluciones de la Dirección Geranl de los Registros y del Notariado*. Boletín Oficial del Estado, 15 de febrero de 1999.
- Arpio Santacruz, J. (2017), «El régimen de las sociedades sin personalidad jurídica y su relación con la comunidad de bienes.», *Revista Doctrinal Aranzadi CivilMercantil*, (Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor), (1)
- Bajo Fernández, M.(1975), «Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago.», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp.: 355-377.
- Bajo Fernandez, M. (1973), «El Derecho penal económico: un estudio de Derecho positivo español.», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 91 ss.
- Bajo y Bacigalupo. (2001), *Derecho Penal Económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.
- Castellano Ramírez, M.J. (2002). *La suscripción incompleta del aumento del capital social en la sociedad anónima*. repositorio.uam.es
- Congreso de los Diputados. *Congreso.es*. s.f.
- <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Diputados/Historia/VLeg>.
- Del Rosal Blasco, B. (2015), «Capítulo 30. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (XII).» En *Sistema de Derecho Penal Parte Especial*, Madrid: Dykinson, S.L.
- Del Rosal Blasco, B. (1998), *Los delitos societarios en el código penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Del Rosal Blasco, B. (1998), *Los nuevos delitos societarios en el código penal de 1995*, Disponible: <http://ruc.udc.es>.
- Díaz-Arías, J.M. (2007), *Ley comentada de sociedades anónimas*. Barcelona: Ediciones Deusto.
- Faraldo Cabana, P. (1996), *Los delitos societarios*. Valencia: Tirant lo Blanch
- Faraldo Cabana, P. (2000), *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Fernández Teruelo, J.G. (1998), *Los Delitos Societarios en el Código Penal Español*. Madrid: Dykinson,

Fernandez-Albor Baltar, A. (2001), «Capítulo IV.» En *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas Volumen I*, de Ignacio Arroyo y José Miguel Embid. Madrid: Tecnos.

Fernández Albor, A. (1978), *Estudios sobre criminalidad económica*. Barcelona: Bosch.

García de Enterría, J.(1996), *Los delitos societarios un enfoque mercantil*. Madrid: Civitas,S.A.

Gómez Benítez, J.M. (1980) «Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el proyecto de 1980 de Código Penal (Títulos VIII y V).» *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* II, pp. 467-502.

Herrero de Miñón, M.(1999), «La Constitución económica: desde la ambigüedad a la integración.» *Revista española de derecho constitucional* 19, pp. 11-32.
<http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es>. *Administrador de hecho*. s.f.

Mankiw, N. G..(2012), *Principles of Economics, Sixth edition*. Traducido por Esther. Rabasco. Madrid: Edificiones Paraninfo, S.A.

Matínez-Buján Pérez, C. (2013), *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Muñoz Conde, F. J.(2000), «¿ Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones «no desvinculadas del Derecho»?» *Revista penal*, (6), pp. 104-114.

Muñoz Conde, F.J. (2015), *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Muñoz Conde, F.J. (1982), «La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Ley Orgánica de Código Penal.» *Revista jurídica de cataluña* 81, (1) .

Muñoz Cuesta, F. J. Fiscal Superior Comunidad Foral de Navarra.(2010) «Negar o impedir el derecho de información a socio: la no convocatoria de junta general de accionistas de sociedad motiva la aplicación del art. 293 CP.» *Aranzadi Doctrinal* (Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.), (3).

Polo Vereda, J.(1998) «Delitos societarios: reflexiones para una selección de aspectos polémicos.» *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, (2), pp. 2044-2056.

Rodriguez Mourullo, G.(1983) «Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios.» *Jornadas sobre el Juez Penal frente a la criminalidad económica, organizadas por el Consejo General del Poder Judicial*, pp. 677-691.

Rodríguez Mourullo, G.(1981), «Los delitos económicos en el proyecto del código penal.» *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 707-719.

Sanchez Bernal, J. (2012) «Responsabilidad penal de las personas jurídicas.» *Cuadernos del Tomás*, (4) pp. 121-156.

Stampa y Bacigalupo.(1980), *La reforma del Derecho penal económico español (Informe sobre le título VIII del Proyecto de Código Penal de 1980)*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos.

Valle, Quintero y Morales (1996). *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*. Pamplona: Aranzadi.

Viladas Jene, C.(1978) «Notas sobre la delincuencia económica.» *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 636-653.