



Universidad
Zaragoza

TRABAJO DE FIN DE GRADO:

TRATAMIENTO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL
DE LOS DELITOS SOCIETARIOS.

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

Presentado por RAFAEL SÁNCHEZ ROMÁN

Dirigido por ELADIO MATEO AYALA.

Universidad de Zaragoza

Zaragoza, 2016

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	6
I CONSIDERACIONES GENERALES	7
1. DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 295	7
1.1 El delito de la administración desleal antes y después de la reforma del Código Penal de 2015	8
1.2 Distinción entre preceptos	9
2. AUTONOMIA PENAL, PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA Y CARÁCTER FRAGMENTARIO DEL DERECHO PENAL	11
3. CONCEPTO DE ADMINISTRADOR	12
3.1 Administrador de derecho	12
3.2 Administrador de hecho	13
4. CONCEPTO DE SOCIEDAD, ARTÍCULO 297.....	16
5. CONDICIÓN DE PERSEGUIBILIDAD. ARTICULO 296.....	18
II ARTÍCULO 290, FALSEDADES EN DOCUMENTOS SOCIETARIOS	19
1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	19
2. SUJETO ACTIVO Y SUJETO PASIVO	21
3. CONDUCTA TÍPICA	23
4. OBJETO MATERIAL.....	24
5. SUBJETIVIDAD	25
6. CONSUMACIÓN.....	26
7. CONCURSOS	26
III ARTÍCULO 291, LA IMPOSICIÓN DE ACUERDOS ABUSIVOS	27
1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	27
2. SUJETO ACTIVO Y SUJETO PASIVO	28
3. CONDUCTA TÍPICA Y CONSUMACIÓN.....	29
4. SUBJETIVIDAD	32

5. CONCURSOS	32
IV- ARTÍCULO 292, LA IMPOSICION O APROVECHAMIENTO DE ACUERDOS LESIVOS	33
1. BIEN JURÍDICO	33
2. SUJETO ACTIVO Y SUJETO PASIVO	33
3. CONDUCTA TÍPICA Y CONSUMACIÓN.....	34
4. SUBJETIVIDAD	36
5. CONCURSOS	36
V-ARTÍCULO 293, LA NEGACION O IMPEDIMENTO DE DERECHOS.....	36
1. BIEN JURÍDICO.....	36
2. SUJETO ACTIVO Y SUJETO PASIVO.....	37
3. CONDUCTA TÍPICA.....	37
4. OBJETO MATERIAL.....	39
5. CONSUMACIÓN.....	40
6. SUBJETIVIDAD	40
7. CONCURSOS	40
VI- ARTÍCULO 294, EL IMPEDIMENTO DE LA ACTUACION SUPERVISORA.....	41
1. BIEN JURÍDICO.....	41
2. SUJETO ACTIVO Y SUJETO PASIVO.....	42
3. CONDUCTA TÍPICA Y OBJETO MATERIAL.....	42
4. CONSUMACIÓN.....	43
5. SUBJETIVIDAD.....	43
VII-FALSEDADES IDEOLÓGICAS.....	43
1. ANTECEDENTES	43
2. CASO FILESA	44
3. CASO ARGENTIA TRUST.....	46
4. DOS LINEAS JURISPRUDENCIALES.....	46

5. CONSULTA 15/1997	47
VIII-LA RESPONSABILIDAD PENAL EN LOS ORGANOS COLEGIADOS...	49
1. AUTORIA Y PARTICIPACIÓN	49
2. ¿CÓMO SE RESPONDE UNA VEZ QUE EL ACUERDO HA SIDO ADOPTADO?.....	49
3. ¿CUÁNDO SE RESPONDE POR PARTICIPAR EN LA ADOPCIÓN DE UNA DE UN ÓRGANO COLEGIADO?	50
3.1. Votación nominal no secreta	50
3.2 Votación nominal secreta	52
3.3 Supuestos comunes	52
CONCLUSIONES	54
BIBLIOGRAFIA	57

INTRODUCCIÓN

En el siguiente Trabajo de Fin de Grado la cuestión tratada son los Delitos Societarios, realizando sobre ellos un análisis doctrinal y jurisprudencial.

Para hacer un análisis lo más certero posible, he comenzado mi trabajo tratando aquellas cuestiones que afectan a todos los delitos societarios en su conjunto, que son el concepto de sociedad, la condición de perseguibilidad, los diferentes conceptos de administrador y la reforma del Código Penal de 2015. Tras esto, se realiza un análisis pormenorizado de cada uno de los tipos delictivos, analizando su tipo objetivo y subjetivo, y finalizo analizando los casos de las falsedades ideológicas y de la responsabilidad penal en los órganos colegiados, que, si bien no son supuestos totalmente encuadrables dentro de los delitos societarios, sí que es cierto que son casos problemáticos en cuanto a su entendimiento, y que tienen una relevancia respecto a los delitos societarios; ya sea por su relación con el artículo 290 en el caso de las falsedades ideológicas, o por la importancia de individualizar la responsabilidad penal en un órgano colegiado tras la adopción de un acuerdo típico.

No existe una única razón por la cual haya elegido los Delitos Societarios como tema de Trabajo de Fin de Grado. Una de las principales sin duda ha sido lo poco que se trata el derecho penal económico cuando se cursan las asignaturas de Derecho Penal, en consecuencia, mi formación sobre Derecho Penal Económico era escasa, lo cual hizo aumentar mi curiosidad e interés en esta vertiente del Derecho Penal. Otra razón importante para elegir este tema de trabajo fue la gran concurrencia de casos renombrados o notorios, algo que me daba la posibilidad de abordarlos y comprenderlos mejor, en concreto, este trabajo me ha permitido acercarme y estudiar los casos Filesa, Argentia Trust y Banesto, en sus aspectos relativos a los Delitos Societarios.

La metodología seguida en el trabajo ha sido la del análisis doctrinal primeramente, para luego su completo análisis recurriendo a la Jurisprudencia.

I CONSIDERACIONES GENERALES

La tipificación de los delitos societarios se hizo por primera vez en el código penal de 1995, comprendiendo los artículos 290 a 297. La aspiración de este nuevo capítulo incluido en el código penal es la de rellenar una laguna que no era posible integrar con las tipologías tradicionales de estafa, falsedad documental y apropiación indebida.

Los delitos societarios se contemplaron por primera vez en el proyecto de 1992. En este se discutió sobre si estos delitos respondían a una realidad criminológica propia o si, por otra parte, son producto de una construcción artificial que incluye lo que son tipos básicos de apropiación, estafa y apropiación indebida. «Los delitos societarios son una creación *ex novo* con la pretensión de cubrir un sector, hasta ahora impune, entre los delitos de estafa y apropiación indebida, de un lado, y la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil o la responsabilidad social prevista en las leyes mercantiles»¹.

1. DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 295

El Código Penal fue reformado recientemente por la Ley Orgánica 1/2015, dicha reforma del código penal deroga el artículo 295 de forma que el delito de administración desleal o fraudulenta deja de ser un delito societario y pasa a ser un delito contra el patrimonio y el orden socioeconómico regulado en el artículo 252 y la apropiación indebida pasa a estar regulada en los artículos 253 y 254.

La Sentencia del Tribunal Supremo del caso Banesto 867/2002² de 29 julio diferenciaba entre los delitos de administración desleal y de apropiación indebida mencionando que «en el delito de apropiación indebida, se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de apropiación o distracción en beneficio propio, mientras que en el tipo de administración desleal se reprueba una conducta societaria que rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que unen a los administradores

¹BAJO, M/ BACIGALUPO, S, Derecho Penal Económico, 2ª Edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010., página 613

² Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi RJ 2002\6357, 867/2002 de 29 julio

con la sociedad», y en este mismo sentido se manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo 374/2008³ de 24 de junio.

1.1 El delito de la administración desleal antes y después de la reforma del Código Penal de 2015

Previamente a la reforma del Código Penal de 2015, el delito de administración desleal quedaba redactado de la siguiente manera:

Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.

Así pues, la conducta típica de la administración desleal, consistía en «disponer fraudulentamente de los bienes sociales o contraer obligaciones a cargo de esta, con abuso de las funciones propias al cargo»⁴.

En cuanto al tipo subjetivo, este abarcara el dolo, que deberá ser directo y comprenderá el perjuicio para el patrimonio de la sociedad⁵. Pero además del dolo, existe otro elemento del tipo subjetivo, que vendría a ser «el ánimo de lucro» «entendido como la finalidad del autor de obtener un beneficio patrimonial, para el mismo o para un tercero, a costa del perjuicio patrimonial de la sociedad»⁶.

Después de la reforma, la administración desleal quedaba redactada así:

Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.

Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.

³ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi RJ 2008\4085, 374/2008 de 24 de junio.

⁴ CASTRO MORENO, El delito societario de administración desleal, Marcial Pons, Madrid, 1998, página 283.

⁵ MAYO CALDERÓN, B, La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta, Comares, Granada, 2005. Página 353.

⁶ MAYO CALDERÓN, B, La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta, Comares, Granada, 2005. Página 345

La conducta típica del delito, ahora regulado en el artículo 252 consiste en infringir las facultades de administración, excediéndose en el ejercicio de las mismas y causando un perjuicio al patrimonio administrado.

Si bien las diferencias en cuanto a la conducta típica no son especialmente reseñables, sí que lo es el hecho de que no se exige en el nuevo tipo de administración desleal, en su modalidad básica, ni ánimo de lucro ni que se actúe en beneficio propio o ajeno ni tampoco que se tenga ánimo fraudulento, tal y como lo hace el actual 295 C.P.

Otra importante diferencia es que «el artículo 252 indica las fuentes de las que deben emanar las “facultades para administrar un patrimonio ajeno”, que serán la ley, ser encomendadas por autoridad o por negocio jurídico. [...] Esta mención tasada puede tener la virtualidad y la ventaja de excluir del ámbito típico las actuaciones que descansen en una simple relación de confianza»⁷

1.2 Distinción entre preceptos

Previamente a la modificación del Código Penal de 2015, «para distinguir entre la administración desleal y la apropiación indebida se utilizaba el criterio de carácter temporal, según el cual, si se trataba de usos temporales ilícitos, pero no apropiatorios se estaría en el ámbito del artículo 295, si, por el contrario, se trataba de un apoderamiento definitivo, sería del artículo 252»⁸. A este respecto, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se ha manifestado en reiteradas ocasiones exponiendo que «las conductas de administración desleal reflejan actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales pero que no implican necesariamente apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, por lo que, tanto si se ejecutan en beneficio propio como si se hacen a favor de un tercero, no constituyen actos apropiativos, mientras que la apropiación indebida, tanto en su modalidad propia como en la de distracción, requiere lo que define el tipo: la apropiación, es decir una vocación de permanencia en la privación de la disponibilidad del titular», así se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo 18/2016 de 26 enero⁹, y de igual manera en las

⁷ GONZALEZ CUSSAC, JL, Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, página 775

⁸ GONZALEZ CUSSAC, JL, Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, página 763

⁹ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2016\1629, 18/2016 de 26 enero, fundamento decimoquinto c)

Sentencias 462/2009 de 12 de mayo¹⁰, 517/2013 de 17 de junio¹¹ y 656/2013 de 22 de julio¹².

Actualmente, «en cuanto a la distinción del tipo de la administración desleal y el tipo de apropiación indebida, quien hace suya la cosa que había recibido con la obligación de devolverla, comete un delito de apropiación indebida (253) y quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlo, y realiza actuaciones para las que no había sido autorizado, perjudicando de este modo al patrimonio del administrado, comete un delito de administración desleal (292)»¹³.

Tras la reforma del Código Penal de 2015, Cándido Conde Pumpido, Ponente de la Sentencia del Tribunal Supremo 163/2016¹⁴ de 2 marzo, exponía que «en consecuencia en la reciente reforma legal operada por la LO 1/2015, el art 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del artículo 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras, y la apropiación indebida los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero, conducta que antes se sancionaba en el art 252 y ahora en el art 253».

Respecto a que tipo resulta aplicable para la apropiación de dinero, la Sentencia del Tribunal Supremo 18/2016, de 26 de enero¹⁵ ha afirmado que, «la admisión de la apropiación indebida de dinero siempre ha suscitado problemas doctrinales y jurisprudenciales, por su naturaleza fungible, pero sin entrar ahora en debates más complejos es necesario constatar que el Legislador ha zanjado la cuestión en la reforma

¹⁰ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2009\4863, 462/2009 de 12 de mayo fundamento de derecho primero III

¹¹ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2013\6428, 517/2013 de 17 de junio, fundamento decimosegundo.

¹² Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2013\6782, 656/2013 de 22 de julio, fundamento noveno

¹³ QUINTERO OLIVARES, G, Comentario a la reforma Penal de 2015, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, página 521, en este mismo sentido, GONZALEZ CUSSAC, JL, Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, página 765.

¹⁴ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2016\788, 163/2016 de 2 marzo, fundamento cuarto

¹⁵ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2016\1629, 18/2016, de 26 de enero, fundamento decimoquinto

operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, al mantener específicamente el dinero como objeto susceptible de apropiación indebida en el nuevo art 253 CP» .

2. AUTONOMIA PENAL, PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA Y CARÁCTER FRAGMENTARIO DEL DERECHO PENAL.

El principio de intervención mínima significa que «únicamente cabe recurrir al Derecho Penal cuando los demás medios del arsenal jurídico, propios de las restantes ramas del ordenamiento jurídico, han resultado insuficientes para tutelar el bien o los bienes jurídicos agredidos»¹⁶

La Sentencia del Tribunal Supremo número 670/2006 de 21 junio¹⁷ recalca que «la sanción penal no debe actuar cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico», para, posteriormente y con el apoyo de la Sentencia del Tribunal Supremo número 1166/1998 de 10 octubre¹⁸, «la cual afirma que la sanción penal no debe actuar cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico», mencionar que el Principio de intervención mínima forma parte del principio de proporcionalidad, «cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el derecho penal:

- a) Al ser un derecho fragmentario, no se protege todos los bienes jurídicos, sino solo aquellos que son más importantes para la convivencia social, limitándose, además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes.
- b) Al ser un derecho subsidiario, opera únicamente cuando el orden jurídico no puede ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal».

¹⁶ ORTS BERENGUER, E/GONZALEZ CUSSAC, JL, Compendio de Derecho Penal, parte general, 3ª Edición, Valencia 2011. Página 132

¹⁷ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2006\6637, 670/2006 de 21 junio fundamento sexto.

¹⁸ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 1998\8709, 1166/1998 de 10 octubre, fundamento segundo

Respecto al principio de intervención mínima también, el Auto número 607/2008 de 17 junio¹⁹ Audiencia Provincial de Madrid señala que «la protección jurídica de los intereses patrimoniales no está confiada únicamente al Derecho Penal sino también y en primer término al ordenamiento privado civil y mercantil, de forma que la intervención del derecho penal debe estar presidida por el principio de intervención mínima».

En el presente capítulo el legislador utiliza términos que proceden del derecho mercantil tales como «administrador de hecho» o «socio» o «junta de accionistas» o «sociedad».

A favor de esta tesis de complementariedad entre el derecho mercantil y penal se afirma que por encima de la autonomía del Derecho Penal ha de situarse la «unidad interna, la coherencia de todo el orden jurídico y la consiguiente articulación de sus sectores o disciplinas»²⁰.

3. CONCEPTO DE ADMINISTRADOR

3.1 Administrador de derecho

Será administrador de derecho «la persona física dotada de facultades que la ley atribuye a la figura de administrador, nombrado por el órgano social competente, en virtud de acuerdo social formal y sustantivamente válido y debidamente documentado, que haya aceptado el nombramiento y se halle vigente, habiéndose practicado la inscripción del mismo en Registro Público competente»²¹, o dicho de otra manera, aquellas personas pertenecientes al órgano de administración y que están inscritos en el Registro Mercantil. De acuerdo a la jurisprudencia, por administrador de derecho «ha de entenderse a quien tiene efectuado el nombramiento como tal administrador de acuerdo a las normas legales que rigen la respectiva modalidad societaria» En este sentido se manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo 59/2007 de 26 de enero²² y asimismo, la Sentencia del Tribunal

¹⁹ Consultar Auto de la Audiencia Provincial de Madrid. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2008\384131, 607/2008 de 17 junio

²⁰ BAJO, M/ BACIGALUPO, S, Derecho Penal Económico, 2ª Edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010., Página 615.

²¹BAJO, M/ BACIGALUPO, S, Derecho Penal Económico, 2ª Edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010., Página 635; MORENO CANOVES/RUIZ MARCO, Delitos Socioeconómicos, Página 254.

²² Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2007\1586, 59/2007 de 26 de enero, fundamento único.

Supremo 816/2006 de 26 de Julio²³ y la Sentencia 655/2010 de 13 julio²⁴ precisan que «por administradores "de derecho" se entiende en cada sociedad los que administran en virtud de un título jurídicamente válido y en la sociedad anónima los nombrados por la Junta General (art. 123 LSA) o, en general, los que pertenezcan al órgano de administración de la Sociedad inscrita en el Registro Mercantil».

Es determinante el artículo 214.3 de la Ley de Sociedades de Capital en cuanto a las sociedades anónimas, que hace surgir la figura del administrador de derecho en el momento de su aceptación. En consecuencia, la inscripción en el Registro Mercantil no tiene efectos constitutivos, por lo que la falta de publicidad durante el periodo de tiempo que se tarda en realizar la anotación, no afecta a su consideración como administrador de derecho, sin perjuicio de los efectos que la falta de publicidad pueda producir respecto de los terceros.

En esta misma línea, las Sentencias del Tribunal Supremo 816/2006 de 26 de junio²⁵ y 59/2007 de 26 de enero²⁶ indican que para la delimitación de su concepto deberá estarse a las normas legales y estatutarias que rijan la concreta entidad que jurídicamente administran.

3.2 Administrador de hecho

Se ha acuñado un concepto de administrador de hecho, con la finalidad de establecer la responsabilidad social y el valor de los actos realizados por los administradores irregularmente designados o constituidos.

Se puede considerar como administrador de hecho a «quienes sin ser formalmente administradores, sin embargo, aparenten en el tráfico lo contrario y puedan representar a la sociedad con eficacia frente a terceros»²⁷, o en otras palabras, administrador de hecho serán «aquellos que tengan, por el estatus ocupado en la sociedad, la posibilidad de

²³ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2006\7317, 816/2006 de 26 de Julio fundamento primero

²⁴ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2010\7340, 655/2010 de 13 julio fundamento tercero.

²⁵ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2006\7317, 816/2006 de 26 de junio fundamento primero

²⁶ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2007\1586, fundamento de derecho único.

²⁷ CASTRO MORENO, El delito societario de administración desleal, Marcial Pons, Madrid, 1998Página 239

autenticar el contenido de las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la empresa, los que puedan negar o impedir el ejercicio de derechos, o los que puedan negar o impedir la actividad inspectora»²⁸

Un administrador será de hecho y no de derecho bien porque haya tenido un nombramiento formalmente ineficaz o bien porque efectivamente nunca haya sido nombrado.²⁹

Para el caso de administrador de hecho por nombramiento ineficaz, «la doctrina penal ha requerido, básicamente, que el afectado por el nombramiento tome conocimiento del mismo y lo acepte expresa o tácitamente a través de determinados comportamientos que denoten la asunción del cargo de administrador»³⁰.

En el caso de un administrador de hecho nunca nombrado como tal, es una persona la que asume las funciones de administrador fácticamente pese a que formalmente no está reconocido como tal. La responsabilidad del administrador de hecho en esta circunstancia ha de afirmarse bajo los siguientes supuestos: «Que el sujeto haya asumido y ejercido de hecho la posición de administrador y que el sujeto realice las funciones de administrador con el consentimiento de la mayoría de los socios»³¹.

Se pueden distinguir dos conceptualizaciones del administrador de hecho:

A) Concepto restrictivo.

El concepto restrictivo de administrador de hecho considera a estos administradores que «pudiendo ser administradores de derecho, están afectados por un vicio de incapacidad o de inhabilitación, bien por nulidad del nombramiento, por la no inscripción del nombramiento en el registro, por cese del término de su mandato, revocación del mismo, o prolongación de sus funciones»³². En este sentido, se sostiene que por administradores de hecho «hay que entender los que “ofrezcan alguna irregularidad en su

²⁸ ENRIQUE BACIGALUPO, Los Delitos Societarios en el nuevo Código Penal

²⁹ En este sentido, GARCIA CAVERO, P, La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación, JM Bosch Editor, Barcelona, 1999, página 113

³⁰ GARCIA CAVERO, P, La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación, JM Bosch Editor, Barcelona, 1999, página 114.

³¹ GARCIA CAVERO, P, La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación, JM Bosch Editor, Barcelona, 1999, Página 116.

³² MORENO CÁNOVES, A/RUIZ MARCO, F, Delitos Socioeconómicos, Edijus, Zaragoza, 1996, página 250.

situación jurídica, como podrían ser los administradores con nombramiento defectuoso, no aceptado, no inscrito o caducado”»³³.

La Sentencia del Tribunal Supremo 59/2007, del 26 de enero³⁴ afirma que «una concepción restringida (del administrador de hecho) incluiría en su entendimiento al concepto puramente mercantil del término, es decir, aquél que pudiendo ser administrador de derecho no pueda, todavía, serlo por no reunir las condiciones de nombramiento, por falta de aceptación o de inscripción registral o de mantenimiento y prórroga del mandato, o supuestos de formación social a los que se alude en preceptos del ordenamiento mercantil. Esta acepción supondría una subordinación del ordenamiento penal al mercantil sin base legal que lo permitiera y dejaría al margen del derecho penal situaciones fácticas del mundo negocial en el que intervienen personas con funciones reales de administración formalmente no señaladas en sus respectivas normas de funcionamiento»

B) Concepto amplio.

El concepto amplio del administrador de hecho no da importancia al hecho de que se carezca de los elementos formales que corresponden al administrador de derecho, sino que se centra, para entender como administrador, en quien ostente el poder de decisión.

«El concepto jurídico-penal de administrador de hecho será de aplicación a todos aquellos sujetos que de hecho ejerzan las funciones propias del cargo de administrador, en cuanto que órgano de gestión y representación de la sociedad»³⁵. El punto clave aquí es la ostentación o no del poder de decisión (que sería el ejercicio de las funciones del cargo de administrador), independientemente de que se carezca de la vestidura formal que corresponde a los administradores de derecho.

La Sentencia del Tribunal Supremo 59/2007 de 26 de enero³⁶ define al administrador de hecho como «la persona que, en realidad manda en la empresa, ejerciendo los actos de

³³ MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C, Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial, 5ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, Página 437,

³⁴ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2007\1586, 59/2007, del 26 de enero fundamento de derecho unico

³⁵, MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C, Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial, 5ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, página 438.

³⁶ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2007\1586, 59/2007 de 26 de enero fundamento de derecho único.

administración, de obligación de la empresa, aunque formalmente sean realizadas por otra persona que figura como su administrador».

Posteriormente, la misma sentencia señala que «en la concepción de administrador de hecho no ha de estarse a la formalización del nombramiento, de acuerdo a la respectiva modalidad societaria, ni a la jerarquía en el entramado social, sino a la realización efectiva de funciones de administración, del poder de decisión de la sociedad, la realización material de funciones de dirección».

Por otra parte, la Sentencia del Tribunal Supremo 816/2006³⁷ indica que «administradores de hecho serán los que hayan ejercido tales funciones en nombre de la sociedad, siempre que esto se acredite, o los que ofrezcan alguna irregularidad en su situación jurídica...Se entenderá por administrador de hecho a toda persona que por sí sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad, y concretamente los expresados en los tipos penales, quien de hecho manda o gobierna desde la sombra».

Desde mi punto de vista, teniendo en cuenta el limitado ámbito de aplicación de los delitos societarios, considero más acertado el concepto amplio del administrador de hecho respecto del concepto restrictivo, ya que el concepto amplio es más flexible y por lo tanto, hace que sea más posible aplicar los delitos societarios que si adoptamos un concepto restrictivo, con el cual los delitos societarios quedarían muy restringidos.

4. CONCEPTO DE SOCIEDAD, ARTÍCULO 297.

El artículo 297 explica, que debe entenderse por sociedad y cita expresamente, «se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado».

El tipo «debe incluir como sociedades, las sociedades ocultas (sociedades que operan en el mercado sin manifestarse como sociedad), las sociedades ficticias (sociedades que, estando correctamente constituidas están vacías de patrimonio) las sociedades de fachada (sociedades que su finalidad es que un particular se beneficie del privilegio de la

³⁷ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2006\7317, 816/2006 de 26 de julio, fundamento primero

responsabilidad limitada) y por ultimo las sociedades o empresas publicas siempre que estas adopten las formas societarias mercantiles»³⁸.

Para el caso de los delitos societarios «se equipara a las sociedades ya constituidas, las sociedades en formación (sociedades todavía no inscritas en el Registro), ya que en el proceso de fundación de una sociedad, [...] es frecuente que se concluyan acuerdos y negocios que tienen efectos tanto internos como para terceros. También puede incluirse en el concepto de sociedad en formación la “sociedad irregular” (aquella que no solo no está inscrita en el Registro Mercantil, sino que nunca lo estará)»³⁹

Hay dudas respecto a la posible inclusión o no de determinadas sociedades o asociaciones en el concepto jurídico-penal de sociedad. Es el caso de sociedades civiles o determinadas asociaciones, en especial las deportivas. El análisis de esta cuestión está vinculado a la interpretación del último inciso del artículo 297 «o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado».

Si se entiende que la expresión «entidad de análoga naturaleza» va referido exclusivamente a «sociedad mercantil», y por lo tanto se entiende que el elemento en común al cual se refiere la analogía es el aspecto organizativo de la entidad, en este caso las sociedades civiles y otras agrupaciones no mercantiles permanecen al margen del ámbito de los delitos societarios, al no tener ninguna connotación mercantil.⁴⁰

Si, por el contrario, se entiende que «entidad de análoga naturaleza» se refiere a todas las entidades citadas en el precepto, entonces tendrían cabida dentro de los delitos societarios las sociedades civiles y demás agrupaciones no mercantiles, ya que de esta manera el requisito para estas sociedades sería el de poseer una personalidad jurídica propia, debido a que el denominador común entre todas las sociedades nombradas en el tipo es esto mismo.⁴¹ Es sin duda, debido a la utilización de la palabra «entidades» dentro del precepto, por lo cual, de acuerdo a esta teoría se pueden englobar en el artículo 297,

³⁸ CASTRO MORENO, El concepto penal de sociedad en los delitos societarios, página 48, MARTINEZ BUJAN-PEREZ, Derecho Penal y Económico de la Empresa, Página 451.

³⁹MORENO CÁNOVES, A/RUIZ MARCO, F, Delitos Socioeconómicos, Edijus, Zaragoza, 1996, Página 460.

⁴⁰ En este sentido, BACIGALUPO, E, Curso de Derecho Penal Económico, Marcial Pons, Madrid, 1998. Página 132.

⁴¹ En este sentido, MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C, Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial, 5ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015 , Página 451, CASTRO MORENO, El concepto penal de sociedad en los delitos societarios, página 52.

agrupaciones que no son sociedades en sentido estricto, sino que son asociaciones con personalidad jurídica y que tienen una «análoga naturaleza» a las sociedades. De esta manera, quedarían dentro del precepto las sociedades deportivas, partidos políticos, los sindicatos y clubes.

Por último, un tercer sector de autores considera que el tipo debe girar en torno a la expresión «participar de modo permanente en el mercado», de este modo, pueden quedar excluidas del tipo sociedades mercantiles que no participan de modo permanente en el mercado y quedar abarcadas sociedades civiles, o incluso entes sin personalidad jurídica que si lo hacen.⁴² De esta misma manera, quedarían incluidas en el tipo las sociedades de hecho (sociedades que nacen sin voluntad de inscripción) y las sociedades irregulares (sociedades constituidas pero no inscritas) siempre que participen de modo permanente en el mercado.

A mi modo de ver, es esta última interpretación de la expresión «entidad de análoga naturaleza» la más acertada, puesto que es la interpretación que más amplitud da al tipo y rota entorno a la exigencia última del precepto, que es la participación permanente en el mercado.

5. CONDICIÓN DE PERSEGUIBILIDAD. ARTICULO 296

La condición de perseguibilidad para los delitos societarios está regulada en el artículo 296 del Código Penal. Este artículo convierte los delitos en semipúblicos, y exige para su persecución una denuncia por parte de la persona agravada o, en su caso, del Ministerio Fiscal cuando la persona agraviada sea menor, incapaz desvalida⁴³.

Los delitos societarios tienen la configuración de «semipúblicos» por dos circunstancias⁴⁴, la primera, que para su persecución se requiere solo denuncia de la persona agraviada o de su representante, y la segunda, que cuando el delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas, no será precisa la citada denuncia.

⁴² En este sentido, BAJO, M/ BACIGALUPO, S, Derecho Penal Económico, 2ª Edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010 Página 459.

⁴³BAJO, M/ BACIGALUPO, S, Derecho Penal Económico, 2ª Edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010, Página 619.

⁴⁴ MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Derecho Penal y Económico de la Empresa, Página 457.

Los Jueces y Tribunales determinaran cuándo hay una afección a los intereses generales, y cuando hay una «pluralidad de personas afectadas». En este sentido se manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo número 620/2004 de 4 junio⁴⁵ que expone que «Tal condición objetiva de perseguibilidad es la exigencia de previa denuncia de la persona agraviada o de su representante, o del Ministerio Fiscal en caso de minoría de edad o incapacidad. Tal requisito convierte en semipúblico la persecución de tales delitos, y viene a ser una consecuencia del principio de mínima intervención del derecho penal», asimismo prosigue afirmando que «viene a ser una consecuencia del principio de mínima intervención del derecho penal, que en los delitos societarios puede tener una especial incidencia en la medida que el ejercicio de acciones en vía civil, pudiera ser suficiente para conseguir la tutela de los derechos de los asociados, evitando criminalizaciones innecesarias».

Por otro lado, se dispone en el apartado 2 del propio artículo, que la denuncia no será necesaria «cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas»

II ARTÍCULO 290, FALSEDADES EN DOCUMENTOS SOCIETARIOS

1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido es «el interés que el orden social y económico tiene en que la información que han de publicitar las sociedades sea veraz»⁴⁶, en otras palabras, «la veracidad de ciertos documentos societarios»⁴⁷.

El tipo del artículo 290 tutela «la necesidad de que la información relativa a la sociedad sea lo más correcta posible, garantizando así los derechos de la propia entidad,

⁴⁵ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2004\5046, 620/2004 de 4 junio

⁴⁶MORENO CÁNOVES, A/RUIZ MARCO, F, Delitos Socioeconómicos, Edijus, Zaragoza, 1996, Página 247.

⁴⁷ RODRIGUEZ MOURULLO, G, Estudios de Derecho Penal Económico, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, página 90.

de sus socios o de terceros que operan en el sector económico».⁴⁸ De esta manera se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo número 1217/2004 de 2 noviembre⁴⁹, 625/2009 de 17 de junio⁵⁰ y 621/2010 de 25 de junio⁵¹ que afirman todas ellas que «el bien jurídico protegido en el art. 290 es el derecho de los destinatarios de la información social (sociedad, socios o terceros) a obtener una información completa y veraz sobre la actuación jurídica o económica de la entidad. En este sentido y en lo que a la acción falsaria se refiere, el art. 290 se configura como un delito de lesión» y en esta misma línea se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo del caso Banesto 867/2002 de 29 julio⁵² mencionando que «el actual artículo 290 del Código Penal, no protege la fe pública asociada a las funciones de un documento, sino que, como delito societario, tutela que la información societaria sea lo más correcta posible para garantizar los derechos de la propia sociedad, de los socios o de terceros (entidades de crédito, inversores), que operan en el sector económico amparados en la confianza que resulta de las cuentas de una empresa» .

Por otra parte, otro sector de la doctrina y de la jurisprudencia más minoritario, manifiesta que «el delito de falsedad en las cuentas irradia su protección sobre dos bienes jurídicos. Por una parte protege la transparencia externa de la administración social, pero por otra parte, también protege la veracidad de la información que reciben los socios, y de esta manera también una administración leal por parte de quienes reciben la confianza de aquellos para conducir la gestión»⁵³. Este sector doctrinal también tiene su respaldo jurisprudencial, manifestado en las Sentencias 1458/2003 de 7 de noviembre⁵⁴ y 696/2012 de 26 de septiembre⁵⁵, afirmando que con este delito, «se trata de fortalecer los deberes

⁴⁸ L.ARROYO ZAPATERO, I. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, J.C.FERRÉ OLIVÉ, N. GARCIA RIVAS, J.R.SERRANO PIEDECASAS, M.^a TERRADILLOS BASOCO, Comentarios al Código Penal, 2007, página 642

⁴⁹ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2004\8091, 1217/2004 de 2 noviembre, fundamento de derecho sexto.

⁵⁰ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2009\5973, 625/2009 de 17 de junio, fundamento de derecho séptimo.

⁵¹ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2010\3730, 621/2010 de 25 de junio fundamento de derecho segundo 10.

⁵² Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2002\6357, 867/2002 de 29 julio, fundamento de derecho séptimo, octavo y noveno punto 4.

⁵³BACIGALUPO, E, Curso de Derecho Penal Económico, Marcial Pons, Madrid, 1998, página 143

⁵⁴ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2003\7661, 1458/2003 de 7 de noviembre

⁵⁵ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2012\9453, 696/2012 de 26 de septiembre

de veracidad y transparencia que en una libre economía de mercado incumben a los agentes económicos y financieros».

2. SUJETO ACTIVO Y SUJETO PASIVO

Los sujetos pasivos de la acción son, «la sociedad, los socios, los terceros, acreedores y trabajadores»⁵⁶. El concepto de terceros ha sido especialmente debatido pero, en todo caso, «parece evidente la necesidad de exigir que dicho tercero tenga alguna relación jurídica o económica, con la sociedad o, cuando menos, posea expectativas razonables de establecerla».⁵⁷

En cuanto a los sujetos activos, debido a que se trata de un delito en el cual «los autores han de ser precisamente los administradores de hecho o de derecho»⁵⁸, será este un delito especial propio. De esta manera, «Sujeto activo será quien tenga atribuidas facultades suficientes para lograr que el registro acepte el depósito de los documentos falsos o que terceros, como auditores, acepten los otros documentos como de la empresa»⁵⁹. Lo mismo dice la Sentencia del Tribunal Supremo 655/2010 de 13 julio⁶⁰ y 696/2012 de 26 de septiembre⁶¹ afirmando que «se trata de un delito "especial propio" o "de propia mano" porque el autor o autores han de ser precisamente "los administradores de hecho o de derecho de la sociedad"» y en el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 59/2007 de 26 de enero⁶² que afirma que «El art. 290 del Código Penal refiere la conducta típica a los administradores de hecho o de derecho, por lo que nos encontramos ante un delito especial propio».

⁵⁶MORENO CÁNOVES, A/RUIZ MARCO, F, Delitos Socioeconómicos, Edijus, Zaragoza, 1996, Página 247.

⁵⁷MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C, Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial, 5ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, página 465.

⁵⁸MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C, Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial, 5ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, página 475.

⁵⁹MORENO CÁNOVES, A/RUIZ MARCO, F, Delitos Socioeconómicos, Edijus, Zaragoza, 1996, página 249

⁶⁰Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2010\7340, 655/2010 de 13 julio ,fundamento tercero b)

⁶¹ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2012\9453, 696/2012 de 26 de septiembre, fundamento de derecho quinto.

⁶² Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2007\1586, 59/2007 de 26 de enero , fundamento de derecho unico

A este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo número. 1217/2004 de 2 noviembre⁶³ señala que «la condición del sujeto activo debe vincularse a la disponibilidad de los poderes o facultades que permiten la ofensa al bien jurídico protegido».

Son sujetos activos idóneos para cometer el delito tanto los administradores de derecho como de hecho. El problema fundamental respecto a los sujetos activos del artículo 290 es deducir si es posible considerar a otros sujetos, que no son administradores ni de hecho ni⁶⁴ de derecho, como sujetos activos del delito, como son los promotores, fundadores y los liquidadores de la sociedad.

Desde mi punto de vista, no se debe considerar a promotores, fundadores y liquidadores de la sociedad como posibles sujetos activos del artículo 290, ya que «no concurren (en ellos) las facultades propias de administración (gobierno, gestión, administración y representación)»⁶⁵ ya que tanto los liquidadores como los promotores y fundadores tienen el campo de administración restringido a lo que sea conducente de su función , «y además si «ni los apoderados, ni los mandatarios, ni los directivos en general tienen la posibilidad de realizar la conducta típica en relación a las cuentas anuales, porque no les incumbe ni formularlas, ni presentarlas a la junta. Por las mismas razones, tampoco podrán ser sujetos activos los promotores, los fundadores ni los liquidadores»⁶⁶.

Supuesto especialmente conflictivo es el de los auditores de cuentas. Los auditores son sujetos que se encargan de verificar, con arreglo a los criterios contables, las cuentas de la sociedad que previamente han sido confeccionadas por los administradores.

Se descarta la idoneidad de los auditores como sujetos activos del delito del artículo 290, «ya que, ni pueden ser integrados en la noción de administrador de hecho, ni sus informes pueden entenderse incluidos en el objeto material del delito, sin perjuicio de que su conducta pueda ser calificada de participación en el hecho delictivo ejecutado por los administradores y con independencia de la responsabilidad administrativa en la que

⁶³ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2004\8091, 1217/2004 de 2 noviembre fundamento de derecho sexto.

⁶⁴ MORENO CÁNOVES, A/RUIZ MARCO, F, Delitos Socioeconómicos, Edijus, Zaragoza, 1996, página 249
, página 258

⁶⁵ MORENO CÁNOVES, A/RUIZ MARCO, F, Delitos Socioeconómicos, Edijus, Zaragoza, 1996, página 249
, página 250

⁶⁶ MIGUEL BAJO/SILVINA BACIGALUPO, Derecho Penal Económico, Segunda Edición, página 662.

puedan incurrir, y del ejercicio de las acciones civiles que correspondan»⁶⁷ por lo tanto, queda abierta la puerta a la que el delito de falsedad societaria sea cometido con su colaboración.

En el delito del artículo 290, «es perfectamente posible la participación delictiva del “extraneus” a título de inductor, cooperador necesario o cómplice» y así se manifiesta la jurisprudencia, en la Sentencia del Tribunal Supremo número 552/2005 de 9 mayo⁶⁸.

3. CONDUCTA TÍPICA

La conducta típica, consiste en «falsear», y más concretamente, «en falsear las cuentas u otros documentos de forma idónea para causar un perjuicio económico»⁶⁹, de esta misma manera se manifiesta la Sentencia número 1256/2004 de 10 diciembre⁷⁰ del Tribunal Supremo que afirma que «el artículo 290 considera como una actividad delictiva el falseamiento de las cuentas anuales o de cualquier otro documento que deba reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, añadiendo, como elemento finalista, la causación de un perjuicio económico a la misma o a alguno de sus socios o a un tercero».

El delito del artículo 290 se configura pues «como un delito de peligro, exigiéndosele solo que la conducta sea idónea para causar un perjuicio»⁷¹.

Sentencia del Tribunal Supremo número 655/2010 de 13 julio⁷², afirma que «"falsear" en el sentido del art. 290 , es mentir, es alterar o no reflejar la verdadera situación económica o jurídica de la entidad en los documentos que suscriba el administrador de hecho o de derecho, en el mismo sentido se manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo 863/2009 de 16 de julio⁷³, Además, la Sentencia del Tribunal Supremo 1217/2004 de 2

⁶⁷MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C, Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial, 5ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, página 476. En este mismo sentido, TERRADILLOS BASOCO, J, Derecho Penal de la Empresa, Trotta, Madrid, 1995, Página 80.

⁶⁸ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2005\4402, 552/2005 de 9 mayo

⁶⁹MORENO CÁNOVES, A/RUIZ MARCO, F, Delitos Socioeconómicos, Edijus, Zaragoza, 1996, página 260

⁷⁰ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2005\1084

⁷¹ MUÑOZ CONDE, F, Derecho Penal Parte Especial, 20ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, Página 465.

⁷² Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2010\7340, 655/2010 de 13 julio, fundamento tercero b)

⁷³ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2009\6989, 863/2009 de 16 de julio, fundamento de derecho primero.

de noviembre⁷⁴ señala que «la falsedad se puede concretar tanto a través de conductas positivas como a través de la ocultación u omisión de datos cuya presencia es imprescindible para reflejar, veraz e íntegramente, la situación jurídica o económica de la entidad».

Habiendo especificado la acción de «falsear», podemos decir que «pueden ser acciones típicas las “manipulaciones” o “los artificios contables”, ya que comportan un falso documento o disminución de las correspondientes partidas mediante anotaciones u omisiones indebidas de beneficios o pérdidas»⁷⁵. A sí mismo, también puede describirse como comportamiento típico el llevar una «”contabilidad paralela” en la que figura formalmente un saldo de caja superior al real, pues la alteración de ese dato contable es esencial por referirse a un extremo importante de las cuentas de la empresa y reflejar una situación ficticia, aparentando una solvencia de caja de la que se carece en perjuicio de terceros y de los socios. Por otra parte, las simples irregularidades contables resultan atípicas»⁷⁶.

En cuanto al Tipo Cualificado recogido en el párrafo 2º, es exigible aquí un resultado lesivo. En el artículo 290 párrafo 2 lo que se castiga es un comportamiento compuesto por una falsedad documental y la acusación de un efectivo perjuicio económico.

4. OBJETO MATERIAL

La conducta típica recae sobre el objeto material del delito, que en este caso son «las cuentas anuales u otros documentos» que, como cita el tipo, «deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad».

Así pues, queda claro que el objeto material del delito son «las cuentas anuales» el problema es que «las cuentas anuales» no son un catálogo cerrado de documentos. Debido a la indefinición de «cuentas anuales» decido acudir a la Ley de Sociedades de Capital, donde en el artículo 254.1 se especifica que «Las cuentas anuales comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el

⁷⁴ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2004\8091, 1217/2004 de 2 de noviembre fundamento de derecho sexto.

⁷⁵MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C, Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial, 5ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015 , página 469

⁷⁶L.ARROYO ZAPATERO, I. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, J.C.FERRÉ OLIVÉ, N. GARCIA RIVAS, J.R.SERRANO PIEDECASAS, M.ª TERRADILLOS BASOCO, Comentarios al Código Penal, Iustel, Madrid, 2007, página 644

patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria» de esta misma manera se manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo número 865/2005 de 24 junio⁷⁷ que por cuentas anuales, entiende «el balance, la cuenta de resultados (pérdidas y ganancias) y la memoria anual. Pero al referirse el tipo penal a otros documentos, se convierte en un concepto amplísimo, máxime cuando no se trata estrictamente de documentos económicos, sino aquellos otros que puedan reflejar la «situación jurídica», lo que nos conduce a dificultades de interpretación, ya que no se puede llegar a comprender si queda algún elemento documental excluido, en razón a la amplitud del término «situación jurídica».

Para la Sentencia del Tribunal Supremo 1458/2003 del 7 de noviembre⁷⁸, «el objeto material sobre el que debe recaer este delito, se determina en la definición legal con un "*numerus apertus*" en el que sólo se singularizan, a modo de ejemplo, las cuentas anuales, esto es, la que el empresario debe formular al término de cada ejercicio económico y que comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria», prosigue la Sentencia afirmando que, «Entre los demás documentos cuyo contenido no puede ser falseado so pena de incurrir en el tipo del artículo 290 se encontrarán, sin que esto signifique el cierre de la lista de los posibles objetos del delito, los libros de contabilidad, los libros de actas, los balances que las sociedades que cotizan en Bolsa deben presentar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, los que las entidades de crédito deben presentar al Banco de España y, en general, todos los documentos destinados a hacer pública, mediante el ofrecimiento de una imagen fiel de la misma, la situación económica o jurídica de una entidad que opera en el mercado».

5. SUBJETIVIDAD

Ya que no se tipifica la comisión por imprudencia, el delito del artículo 290 solo puede ser cometido con dolo y este «debe abarcar tanto la acción falsaria como la idoneidad de esta para causar un perjuicio económico»⁷⁹.

⁷⁷ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2005\6896, 865/2005 de 24 junio

⁷⁸ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2003\7661, 1458/2003 del 7 de noviembre, en el mismo sentido se manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2013\3279, 194/2013 de 7 de marzo.

⁷⁹MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C, Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial, 5ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, Página 464.

A este respecto, la Sentencia número. 655/2010 de 13 julio del Tribunal Supremo⁸⁰ dispone que «el delito se comete en el párrafo 1º, cuando se falsean las cuentas... "de forma idónea" para causar "un perjuicio económico", no parece que esta frase permita excluir el dolo de perjudicar que caracteriza este delito y que deberá ser probado y directo, no eventual»

6. CONSUMACIÓN

La consumación se da «con la realización de la conducta falsaria»⁸¹, será por tanto un delito de mera actividad, como señala la jurisprudencia en la Sentencia del Tribunal Supremo 150/2011 de 18 de febrero.⁸²

Sin embargo, la consumación del tipo cualificado requiere que se haya producido un efectivo perjuicio patrimonial.

En consonancia con esto, la Sentencia del Tribunal Supremo número. 655/2010 de 13 julio⁸³ expone que «se distinguen dos subtipos: uno de mera actividad cuando el perjuicio no llega a producirse (Párr. 1º) Y otra de resultado, cuando se ha producido (Párr. 2º)» y en el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 625/2009 de 17 de junio⁸⁴.

7. CONCURSOS

El delito del artículo 290, podrá apreciarse en concurso normalmente con los delitos de estafa y falsedad documental.

Con el delito de falsedad documental, cabe decir que, «en muchas ocasiones, las acciones constitutivas de un delito de falsedad en documento de la sociedad podrá serlo también de un delito de falsedad en documento mercantil del artículo 392. En este supuesto se producirá una situación de concurso de normas del artículo 8 del Código Penal, en la que el artículo 290 sería ley especial en relación al artículo 392»⁸⁵.

⁸⁰ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2010\7340, 655/2010 de 13 julio fundamento tercero b)

⁸¹ MORENO CÁNOVES, A/RUIZ MARCO, F, Delitos Socioeconómicos, Edijus, Zaragoza, 1996, página 267.

⁸² Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ2011/2774, 150/2011 de 18 de febrero, fundamento tercero punto 2

⁸³ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2010\7340, 655/2010 de 13 julio, fundamento tercero b)

⁸⁴ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2009\5973 625/2009 de 17 de junio

⁸⁵ MARTINEZ BUJAN-PEREZ, Derecho Penal Económico de la Empresa, página 480

Con el delito de estafa, el método de proceder sería «diferenciar las situaciones en las cuales concurre el tipo básico de la estafa con el tipo básico del 290 de aquellas en las que concurre con el tipo cualificado del 290».⁸⁶

En el caso de la concurrencia de un delito de estafa y un delito de falsedad en documento de la sociedad, «podrá apreciarse un concurso de delitos»⁸⁷

En caso de encontrarnos con un delito de estafa y un delito de falsedades en documento societario cualificado, debemos «descartar el principio de especialidad entre ambos preceptos, ya que tienen ámbitos de aplicación distintos, debido a que en el tipo cualificado del artículo 290 se está castigando un comportamiento compuesto por una falsedad documental y un efectivo perjuicio económico, pero con la particularidad de que para su integración no son necesarios todos los elementos propios del deliro de estafa, sea porque no existe una inducción al error o bien porque no se verifica un acto de disposición patrimonial»⁸⁸.

III ARTÍCULO 291, LA IMPOSICIÓN DE ACUERDOS ABUSIVOS.

1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Existe una dualidad de opiniones en la doctrina a la hora de definir el Bien Jurídico del artículo 291, De un lado, se afirma que, el bien jurídico protegido será «el principio de fidelidad y lealtad, que todos los elementos de la sociedad tienen para con la propia entidad y para con cuantos mantienen una relación jurídico económica con ella»⁸⁹.

⁸⁶MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C, Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial, 5ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, página 482

⁸⁷MORENO CÁNOVES, A/RUIZ MARCO, F, Delitos Socioeconómicos, Edijus, Zaragoza, 1996, página 268.

⁸⁸, MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C, Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial, 5ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015 página 482

⁸⁹ En este sentido, MORENO CANOVES/RUIZ MARCO, Delitos socioeconómicos 1996, página 274, y BAJO, M/ BACIGALUPO, S, Derecho Penal Económico, 2ª Edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010, Página 665.

Por otro lado, el otro sector de la doctrina, con el cual personalmente estoy de acuerdo afirma que el bien jurídico tutelado por el tipo es «el interés patrimonial del socio, que se ve vulnerado con la ejecución de la conducta descrita»⁹⁰.

2. SUJETO ACTIVO Y SUJETO PASIVO

Sujetos pasivos del artículo 291 serán los socios minoritarios que debido a la imposición de acuerdos abusivos, ven afectado su patrimonio⁹¹.

La sociedad no tiene la condición de sujeto pasivo, ya que el tipo especifica un perjuicio para los demás socios, sin que se incluya la sociedad. «Aunque la ley utilice el plural para la descripción del sujeto pasivo del delito, hay que entender que el artículo 291 resultara aplicable asimismo cuando la acción recae sobre un único socio»⁹².

Para definir los sujetos activos tenemos que tener en cuenta que estamos ante un delito especial propio, teniendo en cuenta el propio artículo 291, ya que los sujetos activos son solamente aquellos que se prevalen de su situación mayoritaria en la junta de accionistas o en el órgano de administración de la sociedad.

La condición de sujeto activo como administrador recaerá sobre quien, «formando parte de la mayoría del órgano de administración, logre y consiga que la mayoría de la junta de accionistas imponga el acuerdo abusivo, previamente adoptado por aquel, a los demás socios», así pues, el sujeto activo es cualificado, ya que «tan solo quien sea socio (mayoritario en la junta) o administrador (mayoritario en el órgano de administración) de una sociedad de las del artículo 297, [...] puede ser autor del delito tipificado por el artículo 291 del Código Penal»⁹³.

Por otro lado, «el accionista representado en la junta e integrante de la mayoría abusadora parece claro que cumpliría la cualificación de sujeto activo pero no sería, necesariamente, autor del mismo. A él podrán alcanzar las responsabilidades civiles mas

⁹⁰ En este sentido, MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C., Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial 2002, página 487, TERRADILLOS BASOCO, Derecho Penal de la Empresa, Página 85 y RODRIGUEZ MOURULLO, G, Estudios de Derecho Penal Económico, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, página 92.

⁹¹ L.ARROYO ZAPATERO, I. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, J.C.FERRÉ OLIVÉ, N. GARCIA RIVAS, J.R.SERRANO PIEDECASAS, M.ª TERRADILLOS BASOCO, Comentarios al Código Penal, Iustel, Madrid, 2007, página 646.

⁹²MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C, Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial, 5ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, página 488.

⁹³TERRADILLOS BASOCO, J, Derecho Penal de la Empresa, Trotta, Madrid, 1995, Página 88

no, en todo caso, las penales; autor será, en estos supuestos de representación, quien materialmente vote el acuerdo abusivo, si además de representante es también accionista y si no lo fuere podrá conceptuársele como autor del delito»⁹⁴.

En el caso del socio único o administrador único, cuando este realice la conducta descrita por el tipo, «la conducta será atípica, porque el accionista único no es solo mayoritario y por qué es imposible el perjuicio para los demás socios al inexistir estos»⁹⁵

3. CONDUCTA TÍPICA Y CONSUMACIÓN

La conducta típica consiste en imponer acuerdos abusivos prevaleándose de una situación mayoritaria en la junta de accionistas o en el órgano de administración. El delito, según la Sentencia del Tribunal Supremo número 654/2002 de 17 abril⁹⁶ «ha sido calificado como delito especial y de peligro concreto que no exige la existencia de un perjuicio real, bastando para su consumación la adopción del acuerdo abusivo».

Esta conducta ha de realizarse mediante acciones positivas, lo cual, unido al hecho de que es un tipo de mera actividad excluye la posibilidad de la comisión por omisión.

La Sentencia núm. 654/2002 de 17 abril del Tribunal Supremo⁹⁷ afirma que «el delito del artículo 291 se caracteriza por constituir una criminalización de determinadas conductas societarias cuando los que, prevaleándose de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieran acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la sociedad, lo que equivale a sancionar penalmente determinadas conductas incardinadas en el ejercicio abusivo de los derechos (artículo 7.2 CC)» En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 796/2006 de 14 de julio⁹⁸ aclara que «no se trata de una negativa esporádica, ocasional, puntual o aislada, sino en abierta conculcación de la Legislación en materia de sociedades,

⁹⁴MORENO CÁNOVES, A/RUIZ MARCO, F, Delitos Socioeconómicos, Edijus, Zaragoza, 1996, página 276

⁹⁵MORENO CÁNOVES, A/RUIZ MARCO, F, Delitos Socioeconómicos, Edijus, Zaragoza, 1996, página 276

⁹⁶ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2002\6323, 654/2002 de 17 abril, fundamento de derecho primero

⁹⁷ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2002\6323, fundamento de derecho primero

⁹⁸ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2006\6088, fundamento de derecho segundo 2.

con abuso de su cargo, desplegar, en síntesis, una conducta obstruccionista frente al derecho de los socios, siendo esta cualidad de persistencia en el abuso lo que por regla general debe determinar la aplicación de la Ley penal».

Para el análisis completo de la conducta típica del tipo procederemos al análisis de la prevalencia de la situación mayoritaria, de la propia situación mayoritaria y finalmente de la efectiva imposición del acuerdo abusivo.

Por prevalerse debemos entender aprovecharse de la mayoría en la junta de accionistas u órgano de administración. «La imposición del acuerdo abusivo habrá de ser vinculada [...] al prevalimiento, de tal suerte que es precisamente aquella (la prevalencia) el modo en que el sujeto activo materializa o “hace valer su autoridad o poderío”, o sea, el modo en que el sujeto “se vale o se sirve” de su situación mayoritaria»⁹⁹. No es suficiente, por tanto, con la simple utilización de una situación mayoritaria, sino que el sujeto debe prevalerse de la misma. La prevalencia hay que entenderla «en términos de coyuntura y temporalidad, significando ello que si el aprovechamiento del momento mayoritario obtuviera un refrendo por parte de todos los no asistentes a la reunión la conducta dejaría de ser típica»¹⁰⁰

La situación mayoritaria, habrá de ser entendida, en relación a «la que se produzca en cualquiera de los dos órganos sociales, ya sea junta de accionistas u órgano de administración. Se refiere en concreto a situaciones concretas que pudieran darse en los órganos y que son contradictorias a las sociales. La consecución de la mayoría típica habrá de ser obtenida por medios legales, si se logra por medios fraudulentos, la conducta se desplazaría a la órbita del Artículo 292 del Código Penal»¹⁰¹.

En cuanto a la imposición de un acuerdo abusivo. El acuerdo social, tendrá el carácter de abusivo «cuando, produzca un perjuicio de los socios y no reporte ningún beneficio a la sociedad [...] pero además, es necesario que su imposición implique un abuso de derecho en el sentido del artículo 7.2 del Código Civil»¹⁰² y así es como se manifiesta la Audiencia Provincial de Lugo, en su sentencia número 51/2000 del 29 de enero¹⁰³, que

⁹⁹MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C, Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial, 5ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, página 491.

¹⁰⁰MORENO CÁNOVES, A/RUIZ MARCO, F, Delitos Socioeconómicos, Edijus, Zaragoza, 1996, página 281

¹⁰¹MORENO CÁNOVES, A/RUIZ MARCO, F, Delitos Socioeconómicos, Edijus, Zaragoza, 1996, página 280

¹⁰²BACIGALUPO, E, Curso de Derecho Penal Económico, Marcial Pons, Madrid, 1998,, Página 135

¹⁰³ Consultar Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, Thomson Reuters Aranzadi, ARP 2000\426

expone que será «abusivo aquel acuerdo que: 1º) se dicte con afán de lucro –propio o ajeno–; 2º) beneficie a unos socios y perjudique a otros; y 3º) no suponga ventaja o beneficio alguno a la sociedad en cuestión».

Nuevamente, la Sentencia del Tribunal Supremo número 654/2002 de 17 abril¹⁰⁴ y la Sentencia del Tribunal Supremo 796/2006 de 14 de julio¹⁰⁵ aclaran que «la distinción entre el abuso que debe ser sancionado en la vía civil o mercantil y el comprendido en el artículo 291 CP sólo puede establecerse, en primer lugar, teniendo en cuenta los elementos típicos descritos en este último. Partiendo de su presencia y de la licitud formal en la adopción del acuerdo, la intención del agente debe responder, además, a un exclusivo ánimo de lucro propio o ajeno. Ello equivaldrá a considerar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto para verificar si el ejercicio del derecho sobrepasa manifiestamente sus límites normales».

Para finalizar lo relativo a la conducta típica del artículo 291, mencionar lo afirmado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº145/2007 de 29 de marzo¹⁰⁶. «Este precepto parte, pues, de la adopción de un acuerdo obtenido lícitamente pero que debe calificarse de abusivo y que conlleva necesariamente la existencia de un ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de la mayoría y siempre que ello no reporte beneficios a la sociedad».

En cuanto a la consumación, hay división de opiniones en la doctrina, una parte considera que no es necesario que se produzca efectivamente el perjuicio al socio, sino que basta con la adopción del acuerdo abusivo¹⁰⁷, otra parte de la doctrina considera que la consumación se da cuando se produce el perjuicio patrimonial efectivo.¹⁰⁸ Desde mi punto de vista, considero más apropiada la primera de las teorías, que además cuenta con el apoyo de la anteriormente nombrada Sentencia del Tribunal Supremo número 654/2002 de 17 abril¹⁰⁹ cuando afirma que «no se exige la existencia de un perjuicio real,

¹⁰⁴ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2002\6323, 654/2002 de 17 abril, fundamento de derecho primero

¹⁰⁵ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2006\6088, 796/2006 de 14 de julio, fundamento de derecho segundo 1.

¹⁰⁶ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, nº145/2007 de 29 de marzo JUR 2007\172204

¹⁰⁷ En este sentido, TERRADILLOS BASOCO, J, Derecho Penal de la Empresa, Trotta, Madrid, 1995, Página 86.

¹⁰⁸ En este sentido, MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C, Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial, 5ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, Página 491,

¹⁰⁹ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2002\6323, 654/2002 de 17 abril, fundamento de derecho primero

bastando para su consumación la adopción del acuerdo abusivo». En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo 796/2006 de 14 de julio¹¹⁰.

Adicionalmente se manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo 150/2011 de 18 febrero¹¹¹ cuando afirma que «el legislador condiciona la tipicidad al hecho de que este no reporte beneficios a la misma, por lo que en sentido contrario, cualquier decisión que, examinada a la luz de los intereses sociales, pueda ser considerada como beneficiosa para la sociedad, excluye la tipicidad».

4. SUBJETIVIDAD

El tipo subjetivo está constituido por el dolo en todas sus formas (directo, indirecto o eventual), y por el «ánimo de lucro», que lo constituye el propósito de obtener un beneficio patrimonial.¹¹²

5. CONCURSOS

El delito del artículo 291 «puede absorber la figura del delito del artículo 293 cuando la imposición del acuerdo abusivo constituya ya alguna de las conductas descritas en este último precepto y resulten obstaculizados los derechos de aquellos sujetos sobre los que recaerá el acuerdo abusivo»¹¹³. Asimismo, «las relaciones concursales con los delitos de los artículos 290 y 292 habrán de serlo de concurso de leyes»¹¹⁴.

¹¹⁰ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2006\6088 796/2006 de 14 de julio.

¹¹¹ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2011\2374, 150/2011 de 18 febrero, fundamento cuarto punto 4.

¹¹² BACIGALUPO, E, Curso de Derecho Penal Económico, Marcial Pons, Madrid, 1998, Penal, Página 137, RODRIGUEZ MOURULLO, G, Estudios de Derecho Penal Económico, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, Página 93.

¹¹³MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C, Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial, 5ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, Página 501

¹¹⁴MORENO CÁNOVES, A/RUIZ MARCO, F, Delitos Socioeconómicos, Edijus, Zaragoza, 1996, página 288

IV- ARTÍCULO 292, LA IMPOSICION O APROVECHAMIENTO DE ACUERDOS LESIVOS

1. BIEN JURÍDICO

El bien jurídico protegido es, como en el artículo 291, «los valores de fidelidad y lealtad societarios, si bien la variedad de varias modalidades comisivas obliga a considerar otros intereses tutelados, como el valor probatorio de los documentos»¹¹⁵ o el patrimonio de la sociedad y de los socios¹¹⁶ y como en el caso anterior, considero esta segunda concepción más acertada que la primera.

2. SUJETO ACTIVO Y SUJETO PASIVO

La categoría de sujeto pasivo la integran los socios, así como la propia sociedad. Esto marca una diferencia respecto al artículo 291, ya que en este no se incluye a la sociedad como sujeto pasivo. «la inclusión del concepto sociedad en el precepto es acertada, puesto que en este artículo no se alude a la posibilidad de que dicha entidad obtenga o no beneficios a la hora de tipificar la conducta delictiva, sino que la imposición o aprovechamiento de acuerdos lesivos, adoptados por mayorías ficticias, no deben quedar destipificados porque la mayoría obtenga beneficios de dicho acuerdo, ya que en este caso concreto el desvalor de la acción se concreta en la utilización de artificios de diversos para lograr una mayoría ficticia»¹¹⁷

De acuerdo con el tipo, tendrán la consideración de sujetos activos tanto aquellos que impongan el acuerdo lesivo como aquellos que saquen provecho de él.

¹¹⁵MORENO CÁNOVES, A/RUIZ MARCO, F, Delitos Socioeconómicos, Edijus, Zaragoza, 1996, página 290.

¹¹⁶MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C, Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial, 5ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, Página 491, L.ARROYO ZAPATERO, I. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, J.C.FERRÉ OLIVÉ, N. GARCIA RIVAS, J.R.SERRANO PIEDECASAS, M.ª TERRADILLOS BASOCO, Comentarios al Código Penal, 2007, página 646, RODRIGUEZ MOURULLO, G, Estudios de Derecho Penal Económico, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, página 92.

¹¹⁷L.ARROYO ZAPATERO, I. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, J.C.FERRÉ OLIVÉ, N. GARCIA RIVAS, J.R.SERRANO PIEDECASAS, M.ª TERRADILLOS BASOCO, Comentarios al Código Penal, Iustel, Madrid, 2007, página 648

Por su parte, para definir a los sujetos activos del tipo debemos diferenciar las «dos modalidades de acción»¹¹⁸, imponer un acuerdo (que solo puede ser ejecutado por socios y administradores) y aprovecharse del acuerdo lesivo.

Por un lado, imponer un acuerdo únicamente puede ser ejecutado por los socios o administradores mayoritarios, por lo que será un delito especial propio. «Lo que se castiga en el delito 292 es la infracción del deber genérico de no afectar a otras personas mediante la organización de la propia esfera, en concreto, la obligación genérica de evitar la utilización de mayorías ficticias dirigidas a adoptar un acuerdo abusivo»¹¹⁹

En cuanto a la modalidad de aprovecharse del acuerdo lesivo, el sujeto activo puede ser indiferenciado y por lo tanto, estamos ante un delito común, en el que el círculo de posibles sujetos activos se amplía respecto de la primera modalidad del tipo, consistente en imponer acuerdos lesivos, y que tiene la consideración de delito especial¹²⁰.

3. CONDUCTA TÍPICA Y CONSUMACIÓN

El artículo 292 es un tipo mixto alternativo y son dos las acciones típicas que forman el tipo, por un lado «imponer un acuerdo lesivo» y por otro «aprovecharse del mismo para sí o para un tercero».

La Jurisprudencia, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cadiz 149/2011 de 21 junio¹²¹ y de la Audiencia Provincial de Madrid 145/2007 de 29 de marzo¹²², «tipifica la imposición o aprovechamiento de un acuerdo lesivo, adoptado de forma irregular; de manera que este carácter ilícito o fraudulento del acuerdo es lo que distingue a esta figura de la del art. 291. Las irregularidades que prevé el art. 292 son la existencia de una mayoría ficticia, que se haya obtenido por abuso de firma en blanco, por atribución indebida del derecho de voto a quienes legalmente carezcan del mismo, por negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tengan reconocido por ley u otros

¹¹⁸MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C, Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial, 5ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, página 508.

¹¹⁹ GARCIA CAVERO, La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación, Barcelona 1999, página 230

¹²⁰MORENO CÁNOVES, A/RUIZ MARCO, F, Delitos Socioeconómicos, Edijus, Zaragoza, 1996, página 291

¹²¹ Consultar Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Thomson Reuters Aranzadi, ARP 2014\1335, 149/2011 de 21 junio

¹²² Consultar Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2007\172204, 145/2007 de 29 de marzo

procedimientos semejantes que, en todo caso, vician el régimen de mayorías y, con ello, la legitimidad del acuerdo».

La primera de las acciones típicas (imponer un acuerdo lesivo) coincide con la conducta típica reflejada en el artículo 291¹²³.

La segunda acción típica (aprovecharse del mismo para sí o para un tercero) merece mención aparte. El término «aprovecharse de» nos indica que, «no solo van a responder como autores [...] los que han impuesto el acuerdo lesivo adoptado por una mayoría ficticia, sino además aquellos que, sin haberlo impuesto, sacaren algún provecho del mismo»¹²⁴.

La Sentencia del Tribunal Supremo número. 1032/2013 de 19 diciembre¹²⁵ recalca el hecho de que «el acuerdo ha de ser perjudicial para la propia sociedad o para alguno de sus socios. No se contempla el perjuicio a otra sociedad», sin embargo, «el precepto no exige que el aprovechamiento tenga carácter lucrativo, por lo que cabe afirmar que abarca también los que se produzcan con otros contenidos: alterar las clases de acciones; modificar los cargos del consejo de administración y similares»¹²⁶

Debemos tener en cuenta que, para que se puedan llegar a tener en cuenta estas acciones típicas, el acuerdo lesivo deberá ser adoptado por una mayoría ficticia que se tiene que dar según los medios expuestos en el propio artículo 292.

La consumación del tipo, en la modalidad de imponer requiere, «la adopción del acuerdo, y su formalización. En la modalidad de aprovecharse, la consumación requiere un efectivo provecho propio o de tercero»¹²⁷, es decir, un resultado.

¹²³ Capítulo III punto 3 del artículo 291, sobre la imposición de acuerdos abusivos, página 29.

¹²⁴ MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C, Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial, 5ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, página 505.

¹²⁵ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2013\8222, 1032/2013 de 19 diciembre

¹²⁶ MORENO CÁNOVES, A/RUIZ MARCO, F, Delitos Socioeconómicos, Edijus, Zaragoza, 1996, página 293

¹²⁷ MORENO CÁNOVES, A/RUIZ MARCO, F, Delitos Socioeconómicos, Edijus, Zaragoza, 1996, página 298.

4. SUBJETIVIDAD

Se exige dolo directo, que deberá abarcar todos los elementos del tipo y en especial, el conocimiento de que se causa un perjuicio a la sociedad o a alguno de sus socios¹²⁸.

5. CONCURSOS

Podrá apreciarse concurso de delitos, entre el artículo 292 los delitos de estafa, apropiación indebida y falsedad documental, los cuales podrán dar lugar a concurso ideal o medial¹²⁹

También podría apreciarse un concurso de delitos con el artículo 293 «con la excepción de que el injusto de este último precepto resida precisamente en una negación ilícita del ejercicio del derecho de voto, en cuyo caso habría un concurso de normas que se resolverá con arreglo al principio de consunción si el aludido medió específico de comisión ha sido también la modalidad empleada para obtener la mayoría ficticia a la que se refiere el artículo 292»¹³⁰.

V-ARTÍCULO 293, LA NEGACION O IMPEDIMENTO DE DERECHOS.

1. BIEN JURÍDICO.

«El valor protegido por el artículo 293 es el principio de fidelidad y lealtad que los órganos sociales deben guardar en todas las actuaciones societarias, y los intereses patrimoniales de los socios, para cuya defensa se les atribuye el ejercicio de los derechos a los que se refiere el tipo».¹³¹

¹²⁸MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C, Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial, 5ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, página 510.

¹²⁹ En este sentido, MORENO CANOVES, Delitos Socioeconómicos, página 298

¹³⁰MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C, Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial, 5ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, página 513.

¹³¹MORENO CÁNOVES, A/RUIZ MARCO, F, Delitos Socioeconómicos, Edijus, Zaragoza, 1996, Página 301.

La Sentencia del Tribunal Supremo número 650/2003 de 9 de mayo¹³² y la Sentencia del Tribunal Supremo número 1351/2009 del 22 de diciembre¹³³, abordan el análisis del art. 293 CP y, entre otras cosas, declaran que, «en relación a las críticas doctrinales que critican el precepto por estimar que los derechos de los accionistas –que constituyen el bien jurídico protegido– ya se encuentran tutelados por la legislación mercantil y no precisan el amparo penal. Estas críticas desconocen, a nuestro entender, la relevancia de los derechos básicos de los accionistas que no pertenecen al grupo de control de la sociedad, la gravedad de los ataques de que pueden ser objeto, y la necesidad de una tutela contundente frente a estas agresiones, que solo puede ser proporcionada por la intervención penal».

2. SUJETO ACTIVO Y SUJETO PASIVO.

El sujeto pasivo lo integra la figura del socio, que es titular de un derecho cuyo ejercicio se obstaculiza o impide.

La figura de los sujetos activos queda circunscrita por los administradores de hecho o de derecho. Estamos pues ante un delito especial propio, donde el sujeto activo es cualificado. «Queda así excluida la posibilidad de que la conducta tipificada pueda ser imputada a título de autor en sentido estricto, a otros sujetos: directivos sociales, apoderados, mayorías de la junta, etc... »¹³⁴.

3. CONDUCTA TÍPICA.

La conducta típica consiste en «negar o impedir al socio, por cualquier procedimiento y sin causa legal, el ejercicio de ciertos derechos que le corresponden en su condición de tal»¹³⁵. Como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo número 1953/2002 de 26

¹³² Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2003\7143, 650/2003 de 9 de mayo, fundamento de derecho noveno.

¹³³ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2010\316, 1351/2009 del 22 de diciembre, fundamento de derecho tercero punto 4

¹³⁴MORENO CÁNOVES, A/RUIZ MARCO, F, Delitos Socioeconómicos, Edijus, Zaragoza, 1996, Página 304.

L.ARROYO ZAPATERO, I. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, J.C.FERRÉ OLIVÉ, N. GARCIA RIVAS, J.R.SERRANO PIEDECASAS, M.ª TERRADILLOS BASOCO, Comentarios al Código Penal, Iustel, Madrid, 2007, página 650.

noviembre¹³⁶ «la estructura típica consiste en negar o impedir el ejercicio de los derechos sociales frente al requerimiento de los accionistas que persiste en el tiempo, alcanzando el efecto propio de los delitos permanentes. La renovación o reproducción requerimiento y su desconocimiento por el infractor, no constituyen acciones típicas distintas, sino que consolidan el abuso ejercido por aquél, lo que impregna de antijuridicidad material la conducta típica.». «Ha de concluirse que no toda negativa de información puede constituir *sic et simpliciter* la acción típica del delito del artículo 293 del código penal, por ello solo cuando la negativa de la información solicitada supusiera una efectiva limitación de la condición de socio se estaría dentro del ámbito penal» manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo 477/2014 de 10 de junio¹³⁷.

La Sentencia del Tribunal Supremo 1953/2002 de 26 de noviembre¹³⁸ pone de relieve que el artículo 293, «introducido por las Directivas Comunitarias, es cierto que criminaliza determinados ilícitos civiles dentro de la esfera de los derechos políticos y económicos que corresponden a los socios o accionistas, concretamente, los de información, participación en la gestión o control de la actividad social o suscripción preferente de acciones, todos ellos recogidos en la Legislación mercantil».

En este tipo encontramos dos modalidades de actuación. Por una parte el «negar y por otra el «impedir» a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones reconocidos por las Leyes.

Por «negar», si acudimos al diccionario entendemos dos afecciones, la primera «Decir que algo no existe, no es verdad o no es como alguien cree o afirma» y la segunda «Dejar de reconocer algo, no admitir su existencia», en este sentido, la doctrina penal entiende que negar «tiene el sentido de no reconocer o considerar inexistente el derecho, y consecuentemente su ejercicio»¹³⁹. A este respecto, señala la Sentencia del Tribunal Supremo 330/2013 de 26 de marzo¹⁴⁰ que «debe tratarse de una negativa clara y rotunda

¹³⁶ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2002\10513, 1953/2002 de 26 noviembre, fundamento de derecho segundo.

¹³⁷ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2014\3412, 477/2014 de 10 de junio, fundamento de derecho cuarto.

¹³⁸ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2002\10513, 1953/2002 de 26 de noviembre, fundamento de derecho segundo.

¹³⁹ RODRIGUEZ MOURULLO, G, Estudios de Derecho Penal Económico, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, página 115

¹⁴⁰ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2013\3182, 330/2013 de 26 de marzo fundamento de derecho segundo.

por lo que quedan extramuros del tipo las meras dificultades, demoras u omisiones que impiden a la postre la información solicitada». Previamente, la Sentencia del Tribunal Supremo 650/2003 de 9 de mayo¹⁴¹ había aclarado que « las alegaciones sobre demoras, omisiones o simples dificultades quedan al margen del comportamiento típico».

Por lo tanto, en la modalidad del artículo 293 basada en «negar» a un socio el ejercicio de sus derechos, sería un tipo de simple actividad¹⁴², no siendo posible la comisión por omisión.

Por «impedir», acudiendo al diccionario entendemos « Estorbar o imposibilitar la ejecución de algo», y de acuerdo a la doctrina pena, impedir supone «hacer imposible el ejercicio de un derecho, aunque no se niegue»¹⁴³ por lo tanto se entiende el verbo impedir igual que en el delito de coacciones «esto es, como una modalidad prohibitiva de causar, en la que ningún obstáculo existe para apreciar la comisión por omisión, como sucedería en el caso de que, sabiendo la obligación que le incumbe y conociendo que se va a producir una vulneración de los derechos de un socio, un administrador nada hace por evitarlo».¹⁴⁴

Comúnmente al «negar» o al «impedir» el ejercicio de derechos por parte de los socios, hay que tener en cuenta, que para la aplicación del tipo, estos habrán de haber sido privados del ejercicio de los derechos de información, participación o control, o suscripción preferente de acciones «sin una causa legal por parte del administrador que lo autorice a limitar dichos derechos»¹⁴⁵.

4. OBJETO MATERIAL

El objeto material está integrado por los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones reconocidos por las Leyes.

¹⁴¹ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2003\7143, 650/2003 de 9 de mayo fundamento de derecho decimosegundo.

¹⁴² En este sentido, MORENO CÁNOVES, A/RUIZ MARCO, F, Delitos Socioeconómicos, Edijus, Zaragoza, 1996 Página 306.

¹⁴³ RODRIGUEZ MOURULLO, G, Estudios de Derecho Penal Económico, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, página 115

¹⁴⁴MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C, Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial, 5ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, página 520.

¹⁴⁵ RODRIGUEZ MOURULLO, G, Estudios de Derecho Penal Económico, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, página 115

5. CONSUMACIÓN.

La modalidad típica basada en «negar» se consume en el momento en el que se produce la actividad positiva denegatoria, puesto que, en esta modalidad, es un delito de mera actividad¹⁴⁶. No es necesario el resultado, de que el socio sufra las consecuencias de la acción de negar.

La modalidad típica basa en «impedir» se consume en el momento de impedir la obstaculización de los derechos sociales, en esta modalidad, es un delito de resultado.¹⁴⁷.

De esta manera, el delito del artículo 293 es de mera actividad en su modalidad de «negar» y de resultado en la modalidad de «impedir», y así lo expresa la Sentencia del Tribunal Supremo número 1351/2009 del 22 de diciembre¹⁴⁸ que afirma que «El delito del artículo 293 constituye una infracción de mera inactividad o bien obstativa frente a los socios siendo de efecto permanente lo que significa que su consumación se prolonga en el tiempo mientras el administrador, que desoye los requerimientos de los socios, no cumpla con las obligaciones que le vienen impuestas por la Legislación mercantil».

Sobre ambas modalidades cabe la tentativa.¹⁴⁹

6. SUBJETIVIDAD

El artículo 293 no requiere de más elementos de subjetividad más que el dolo. «Se parte de la admisión del dolo directo, sin despreciar la posibilidad de que también se acepte la existencia de dolo eventual»¹⁵⁰

7. CONCURSOS

Existe la posibilidad de la concurrencia de un concurso de delitos, real o medial, entre el artículo 293 y los delitos de estafa o apropiación indebida, «en los supuestos en los que

¹⁴⁶MORENO CÁNOVES, A/RUIZ MARCO, F, Delitos Socioeconómicos, Edijus, Zaragoza, 1996, página 317

¹⁴⁷MORENO CÁNOVES, A/RUIZ MARCO, F, Delitos Socioeconómicos, Edijus, Zaragoza, 1996, página 317

¹⁴⁸ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2010\316, 1351/2009 del 22 de diciembre fundamento de derecho tercero punto 4.

¹⁴⁹MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C, Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial, 5ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, página 523.

¹⁵⁰ L.ARROYO ZAPATERO, I. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, J.C.FERRÉ OLIVÉ, N. GARCIA RIVAS, J.R.SERRANO PIEDECASAS, M.ª TERRADILLOS BASOCO, Comentarios al Código Penal, Iustel, Madrid, 2007, página 650

el administrador obtenga un beneficio económico con consecuencias patrimoniales para la sociedad o el socio»¹⁵¹.

VI- ARTÍCULO 294, EL IMPEDIMENTO DE LA ACTUACION SUPERVISORA.

El tipo descrito en el artículo 294 castiga la negación o el impedimento, por parte de administradores de hecho o de derecho de entidades sometidas a supervisión, a la actuación de personas, órganos o entidades inspectoras.

La finalidad de este tipo es la de «controlar las actividades de aquellas sociedades de naturaleza financiera cuya actuación en el mercado sea susceptible de incidir en el orden socioeconómico del país»¹⁵².

Este es un tipo interesante para su estudio pero que el hecho de que ya existan sanciones administrativas para estas mismas actividades en la Ley 24/1988 del Mercado de Valores, y en la Ley 26/1988 sobre Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito hace que este tipo sea inaplicable por la jurisprudencia en virtud del principio de intervención mínima del Derecho Penal.

1. BIEN JURÍDICO.

El bien jurídico protegido por el artículo 294 podría cifrarse como «la necesaria claridad y transparencia que deben observar las sociedades sometidas a supervisión administrativa en sus relaciones con las personas, entidades u órganos inspectores o supervisores»¹⁵³.

¹⁵¹MORENO CÁNOVES, A/RUIZ MARCO, F, Delitos Socioeconómicos, Edijus, Zaragoza, 1996, página 318

¹⁵²MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C, Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial, 5ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, página 529.

¹⁵³MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C, Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial, 5ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, página 527.

El bien jurídico tutelado por la norma es un bien colectivo¹⁵⁴ a través del cual se pretende regular la actividad interventora de la administración pública en la economía, «lo directamente protegido por la norma penal son las facultades de control de los poderes públicos sobre el grupo de sociedades a las que se refiere la descripción típica»¹⁵⁵

2. SUJETO ACTIVO Y SUJETO PASIVO.

Sujeto pasivo será «la colectividad, personificada por el estado»¹⁵⁶. De esta manera, al ser el sujeto pasivo «la colectividad», cabra la actuación de oficio por medio del artículo 296.2 ya que este tipo posibilita la actuación de oficio cuando la comisión del delito afecte a los «intereses generales».

En cuanto a los sujetos activos, estamos ante un delito especial propio, por lo que solo podrán ser sujetos activos del delito los «administradores de hecho o de derecho de una sociedad sometida a supervisión administrativa»¹⁵⁷.

3. CONDUCTA TÍPICA Y OBJETO MATERIAL.

Las acciones que constituyen la conducta típica, al igual que en el artículo 293, son las de «negar» o «impedir». Lo que realmente prohíbe el artículo 294 es «el impedir la actuación supervisora o administradora»¹⁵⁸.

El objeto material sobre el que recae la conducta típica son «los órganos, entidades o personas inspectoras o supervisoras»

¹⁵⁴ En este sentido, MORENO CANOVES/F. RUIZ MARCO, Delitos Socioeconómicos, Página 323, MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C, Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial, 5ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, página 527.

¹⁵⁵ MORENO CÁNOVES, A/RUIZ MARCO, F, Delitos Socioeconómicos, Edijus, Zaragoza, 1996, Página 322.

¹⁵⁶ L.ARROYO ZAPATERO, I. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, J.C.FERRÉ OLIVÉ, N. GARCIA RIVAS, J.R.SERRANO PIEDECASAS, M.ª TERRADILLOS BASOCO, Comentarios al Código Penal, Iustel, Madrid, 2007, página 652.

¹⁵⁷ RODRIGUEZ MOURULLO, G, Estudios de Derecho Penal Económico, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, página 131

¹⁵⁸ RODRIGUEZ MOURULLO, G, Estudios de Derecho Penal Económico, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, página 136

4. CONSUMACIÓN.

Para la consumación del delito «es necesaria la efectiva imposibilidad por parte de los órganos inspectores de llevar a cabo su actividad, es por tanto un delito de resultado»¹⁵⁹, es por tanto un delito de resultado.

Se admite la tentativa, a través de figuras imperfectas de ejecución¹⁶⁰, siempre que, pese a la actividad obstructora la administración consigue llevar a término su actividad.

5. SUBJETIVIDAD.

Desde mi punto de vista, la única forma posible de comisión es a través del dolo directo ya que para la comisión del tipo es necesaria la oposición consciente a la tarea de supervisión administrativa.

Descarto la posibilidad del dolo eventual ya que el administrador (sujeto activo) conoce (por ser una función inherente al cargo que desempeña) que la sociedad que administra está sometida a supervisión administrativa.

VII-FALSEDADES IDEOLÓGICAS.

1. ANTECEDENTES

El código penal de 1973 sancionaba como delito de falsedad la conducta de cualquier particular consistente en «faltar a la verdad en la narración de los hechos» contenida en un documento, sin importar la naturaleza de este (artículo 302 del Código Penal de 1973).

El Código Penal de 1995 introducía una importante novedad. La conducta ahora contemplada en el artículo 390.1.4 (faltar a la verdad en la narración de los hechos) quedaba excluida, en virtud del artículo 392 del Código Penal, del ámbito de las falsedades punibles cometidas por particulares. Dicho artículo consideraba punibles para

¹⁵⁹ RODRIGUEZ MOURULLO, G, Estudios de Derecho Penal Económico, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, página 140.

¹⁶⁰ MORENO CÁNOVES, A/RUIZ MARCO, F, Delitos Socioeconómicos, Edijus, Zaragoza, 1996, página 331.

los particulares únicamente las conductas falsarias contenidas en los apartados 1º al 3º del artículo 390.1.

Actualmente, «pese a la apariencia de que las falsedades ideológicas cometidas por particulares han quedado despenalizadas, lo cierto es que, el texto legal de 1995 contempla algunos casos de «falsedades ideológicas» de particulares que considera punibles; así, las contenidas en los artículos 261, 290, o 390.1.3 del Código penal»¹⁶¹, y de acuerdo con esto, la Sentencia del caso Banesto 867/2002 de 29 de julio¹⁶².

2. CASO FILESA

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1997 1/1997¹⁶³, comúnmente conocido como caso Filesa, constituye un caso de corrupción cometido por el PSOE consistente en la creación de un entramado empresarial, a través del cual se conseguía una financiación ilegal del partido.

En el plano jurídico, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1997 «es la principal tesis jurisprudencial sobre la sanción penal de las falsedades ideológicas cometidas por particulares en documentos privados».¹⁶⁴

La sentencia del caso Filesa el Tribunal Supremo examina «facturas falsas», que, según la propia sentencia «son las que responden a un pago cierto y a la voluntad real del emisor y del receptor, refiriéndose sin embargo a un negocio jurídico ficticio o distinto del realmente subyacente».

Para el caso de las «facturas falsas», la sentencia distingue entre facturas ciertas y facturas inciertas. De un lado, una factura cierta, sería «alguna de cuyas cuantías no se ajustan a la realidad, en razón del servicio, de la entrega facturada o de su importe, lo que cabría discutir si suponía la simulación o simplemente faltar a la verdad en la narración de los hechos contenidos en la factura, como falsedad ideológica, criterio este último hartamente controvertido», de otro, la factura incierta en su totalidad, es la que «se emite sin que

¹⁶¹ SANCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, P, Casos que hicieron Doctrina en Derecho Penal, 2ª Edición, La Ley, Madrid, 2011, página 555

¹⁶² Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2002\6357, 867/2002 de 29 de julio fundamento de derecho séptimo octavo y noveno.

¹⁶³ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, J 1997\7843, 28 de octubre de 1997 1/1997, fundamento de derecho vigesimosexto y vigésimo octavo.

¹⁶⁴ SANCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, P, Casos que hicieron Doctrina en Derecho Penal, 2ª Edición, La Ley, Madrid, 2011, página 558

ninguno de sus conceptos corresponda a una operación mercantil efectuada, pues en este caso claramente se está proclamando la simulación documental, y se está proclamando la existencia de un soporte material falso, no meramente intelectual» .

Para la sentencia, la cuestión central es determinar si estas facturas falsas constituyen unas falsedades ideológicas del 390.1.4 (despenalizadas para particulares por el artículo 392) o ante una simulación total del artículo 390.1.2. La sentencia afirma que «en los casos aquí enjuiciados [...] no se refieren a la falsedad ideológica por faltar a la verdad en la narración de los hechos sino a la simulación total del documento, o de los documentos, que no responden en ningún caso a lo que su contenido manifiesta».

Mediante la figura de la simulación total del artículo 390.1.2 se castiga «la simulación entera o íntegra de un documento, no existente y jamás confeccionado o redactado con rigor o veracidad, de un modo lo suficientemente hábil y perfecto para que pudiera inducir a error al común de las gentes o a cualquier ser humano medianamente perspicaz y clarividente. La estructura de esta modalidad es sencilla pues basta que se simule, finja o aparente un documento de modo que induzca a error sobre su autenticidad. Simular es, como ya se ha dicho, fingir la existencia de un documento totalmente irreal»(fundamento vigesimosexto). En este mismo sentido, La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 septiembre 1993 (1993\6773)¹⁶⁵, con la finalidad de clarificar aún más la figura de la falsedad total, declara que «simular equivale a crear un documento configurándolo de tal forma que produzca una apariencia de veracidad tanto por su estructura como por su forma de confección».

Por otra parte, la Sentencia del caso Filesa menciona que «los Documento mercantiles no cumplen la función de probar o garantizar la veracidad de lo que se declara en los mismos, sino tan sólo de que la declaración se ha producido por su autor con un determinado contenido, por lo que dicha alteración de la verdad no podría constituir el delito de falsedad documental al no afectar a ninguna de las tres funciones adverdadas por el documento mercantil», por lo tanto, la sentencia despenaliza las falsedades cometidas en documentos mercantiles «sin perjuicio de que en su caso pudiera constituir el engaño relevante y necesario para el delito de estafa o del delito fiscal» y acabar mencionando a

¹⁶⁵ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ1993\6773, 1993\6773 de 18 de septiembre, fundamento segundo punto 3

este respecto que «otra cosa es sin embargo cuando el documento en su totalidad constituye una falacia».

3. CASO ARGENTIA TRUST

Meses después de la sentencia Filesa, la Sala Segunda del Tribunal Supremo analizaba de nuevo las falsedades documentales cometidas por particulares en la sentencia número 224/1998 de 26 febrero¹⁶⁶, conocida como sentencia del caso Argentia Trust.

Esta sentencia distingue «entre el deber de veracidad documental que incumbe al funcionario público en el ejercicio de su cargo y el que es exigible al particular» y posteriormente afirma que «lo que se protege con la punición de las falsedades no es tanto la verdad como la función que los documentos están llamados a desempeñar en la vida jurídica, que son la de perpetuación de las declaraciones de voluntad, la de identificación de sus autores y la estrictamente probatoria del negocio jurídico que el documento refleja».

Por último, la sentencia advierte a los aplicadores del derecho de «ponerse en guardia frente a la tentación de continuar teniendo por punible una conducta que ha sido despenalizada,[...]. Esta tentación puede venir propiciada, en las falsedades, por la técnica tradicionalmente seguida por el legislador, que ha determinado frecuentemente en el intérprete una cierta confusión entre determinadas modalidades falsarias -como si algunas de ellas fuesen intercambiables- y la difuminación, a veces, de la diferencia que existe entre la falsedad material que afecta al documento mismo y la falsedad ideológica que afecta a su contenido».

4. DOS LINEAS JURISPRUDENCIALES

Tras el dictado de ambas sentencias, la del caso Filesa y la del caso Argentia Trust se formaron dos corrientes de signo contrario. Ambas asumen que el particular que, en un documento de la clase que fuera, falta a la verdad en la narración de los hechos, realiza

¹⁶⁶ Consultar Sentencia del Tribunal Supremo Thomson Reuters Aranzadi, RJ 1998\1196, 224/1998 de 26 febrero fundamento de derecho décimo.

una conducta atípica. La diferencia afectaba, a si ciertas inveracidades cualificadas eran susceptibles de ser subsumidas en el artículo 390.1.2 o no.¹⁶⁷

5. CONSULTA 15/1997

Para comprender el alcance de la conducta falsaria que se produce en el artículo 290 del Código Penal, acudimos a la Consulta 15/1997 de la Fiscalía General del Estado.

La consulta se debe a una importante novedad que incorpora el código Penal de 1995, según la cual «el art. 392 castiga la falsedad cometida por particular en documento público, oficial o mercantil remitiéndose a las tres primeras conductas falsarias del artículo 390 y excluyendo la modalidad de falsedad ideológica del núm. 4 del citado precepto». De esta manera, se produce la destipificación de la falsedad ideológica basada en «faltar a la verdad en la narración de los hechos» cuando la misma sea cometida por particular».

En apoyo a esto dicho anteriormente, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 127/2001 de 4 junio cita que «el art. 392 del CP/1995 ha extraído de la relación de falsedades documentales punibles que pueden ser cometidas por los particulares las que consisten en “faltar a la verdad en la narración de los hechos”, esto es, las que son llamadas por la doctrina y la jurisprudencia “falsedades ideológicas”, limitando la posibilidad de dicha comisión a las modalidades previstas en los tres primeros números del art. 390.1. Con esta reforma el legislador ha subrayado, de una parte, la diferencia que, en el ámbito del derecho penal, existe entre el deber de veracidad documental que incumbe al funcionario público en el ejercicio de su cargo y el que es exigible al particular»

Posteriormente, se realiza una interpretación histórica de los preceptos y un análisis sistemático y teleológico, para, acabar diciendo que, cuando la falsedad documental se realice «faltando a la verdad en la narración de los hechos no existirá concurso alguno de normas. El art. 392 no será de aplicación dada la modalidad de conducta falsaria desarrollada. Habrá de aplicarse el art. 290 si es que se dan los requisitos del mismo, tanto sustantivos [...] como procesales».

¹⁶⁷ En este sentido, SANCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, P, Casos que hicieron Doctrina en Derecho Penal, 2ª Edición, La Ley, Madrid, 2011, página 563, y JIMENEZ VILLAREJO, La Discriminación de la falsedad Ideológica cometida por Particulares. Un debate en la Jurisprudencia. Página 180.

Para el caso de concurso de delitos entre el delito societario del artículo 290, y el delito de falsedad en documento mercantil del artículo 392, la consulta cita expresamente:

«Cuando la conducta falsaria sea alguna de las que encajan en los tres primeros apartados del art. 390 y se dieren los requisitos del art. 290, estaremos ante un concurso aparente de normas entre el art. 290 y el art. 392, a resolver por el art. 8 del NCP. El principio de especialidad reclamará la aplicación del art. 290 con preferencia al art. 392».

«Si, dentro de las modalidades falsarias de los tres primeros apartados del art. 390, faltare alguno de los elementos del delito societario del art. 290, pero se dieren todos los elementos típicos del delito de falsedad en documento mercantil del art. 392, será este último aplicable».

Son tres las conclusiones extraídas por la consulta 15/1997, que son:

-Primera.- En el delito falsario societario del art. 290 del NCP la conducta típica expresada con el verbo falsearen comprende cualquiera de las modalidades falsarias del art. 390 del NCP.

-Segunda.- Si se dieren todos los requisitos de tipicidad exigidos por los arts. 290 y 392, el concurso de leyes habrá de ser resuelto en favor del art. 290 a tenor del principio de especialidad recogido en la regla 1ª del art. 8 del NCP.

-Tercera.- La falta del requisito de procedibilidad o de alguno de los elementos típicos específicos del delito societario del art. 290, determinará la aplicación de la falsedad en documento mercantil del art. 392 siempre que la conducta falsaria tenga encaje en alguna de las modalidades de los tres primeros apartados del art. 390 del NCP.

VIII-LA RESPONSABILIDAD PENAL EN LOS ORGANOS COLEGIADOS

1. AUTORIA Y PARTICIPACIÓN

Delito colegial es, «aquel que se realiza por personas que, estando ya constituidas según la Ley en colegio, cometen delitos en el ejercicio de sus funciones»¹⁶⁸.

La cuestión fundamental sobre los delitos cometidos por parte de órganos colegiados es «determinar cuándo pueden ser imputados objetiva e individualmente los administradores por la adopción del acuerdo contrario a derecho»¹⁶⁹. Cuando la resolución de un órgano colegiado resulta delictiva, ¿la responsabilidad penal alcanza a todos sus miembros?

«La circunstancia de que un delito societario se ejecute en el marco de un órgano colegiado no implica automáticamente el nacimiento de una responsabilidad penal para todos los miembros de dicho órgano; por otra parte, se agrega que, en caso de que la mencionada responsabilidad sea exigible, tampoco tienen que responder todos necesariamente de idéntica medida, pudiendo aparecer unos como autores y otros como cómplices o encubridores».¹⁷⁰

La línea a seguir ante los delitos cometidos por órganos colegiados es averiguar cuál fue la contribución real de cada sujeto a la comisión del hecho delictivo y «aplicar las reglas que regulan la intervención de varias personas en un delito»¹⁷¹.

2. ¿CÓMO SE RESPONDE UNA VEZ QUE EL ACUERDO HA SIDO ADOPTADO?

Hay una diferencia, en cuanto a la responsabilidad penal, «entre aquellos delitos cuyo núcleo de lo injusto consista en la adopción de un acuerdo lesivo (por ejemplo los

¹⁶⁸ En este sentido, CASTRO MORENO, El delito societario de administración desleal, Marcial Pons, Madrid, 1998, Página 221

¹⁶⁹ PEREZ CEPEDA, La responsabilidad de los administradores de sociedades: Criterios de Atribución, SPQR, Barcelona 1997, Página 282

¹⁷⁰ MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C, Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial, 5ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, página 442.

¹⁷¹ CASTRO MORENO, El delito societario de administración desleal, Marcial Pons, Madrid, 1998, Página 222.

artículos 291 y 292) y aquellos otros en los cuales la adopción de un acuerdo lesivo por parte del órgano colegiado es un paso previo para la realización del tipo (290)»¹⁷².

En el primer supuesto (delitos cuyo núcleo de lo injusto consista en la adopción de un acuerdo lesivo), «el sujeto que respalda el acuerdo podría responder por un delito consumado en el momento en que el acuerdo llegue a ser adoptado»¹⁷³, en el caso de que el acuerdo no comporte la presencia de un perjuicio típico cabría comprender una tentativa.

En el segundo supuesto (delitos en los cuales la adopción de un acuerdo lesivo por parte del órgano colegiado es un paso previo para la realización del tipo). No es suficiente con la adopción de un acuerdo por parte del órgano colegiado, sino que además este necesita ser ejecutado para que tenga lugar una conducta sancionable penalmente y por lo tanto, «la adopción del acuerdo podrá ser tipificado máximo como un delito en grado de tentativa y, de no ser así, se tratara de un puro acto preparatorio»¹⁷⁴.

3. ¿CUÁNDO SE RESPONDE POR PARTICIPAR EN LA ADOPCIÓN DE UNA DE UN ÓRGANO COLEGIADO?

3.1. Votación nominal no secreta

A) *Votación simultanea*

Cuando concurra una votación nominal no secreta y simultánea, «quienes hayan emitido un voto a favor habrán participado en el proceso de formación de la voluntad general y por lo tanto, habrán contribuido a formar la mayoría imprescindible para la adopción del acuerdo, y en consecuencia el ilícito, por lo cual este les puede ser imputado».¹⁷⁵

¹⁷² MARTINEZ BUJAN PEREZ, Derecho Penal y Económico de la Empresa, parte especial, 2015, página 447, en referencia a RODRIGUEZ MONTAÑES, Algunas reflexiones acerca del problema casual y la autoría en los supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos en el seno de los órganos colegiados. Página 175.

¹⁷³ MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C, Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial, 5ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, página 447

¹⁷⁴ En este sentido MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C, Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial, 5ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, página 447

¹⁷⁵ MARTINEZ BUJAN PEREZ, Derecho Penal y Económico de la Empresa, parte especial, 2015, página 444

Por otra parte, a quienes hayan emitido un voto en contra no será posible imputarles por la adopción del acuerdo ya que «no existe una relación de causalidad entre el voto en contra y la adopción del acuerdo antijurídico».¹⁷⁶

En el caso de voto en blanco o abstención «habrá que negar la imputación objetiva, dado que, tratándose de una conducta omisiva no puede imputarse el resultado a título de comisión por omisión»¹⁷⁷.

B) Votación no simultanea

En los casos de votación nominal no secreta y no simultánea hay que diferenciar los supuestos en los cuales el voto es emitido antes de haberse alcanzado la mayoría (necesaria para la aprobación del acuerdo) de aquellos otros supuestos en que el voto es emitido con posterioridad a la obtención de la mayoría.

Si el voto a favor ha sido emitido antes de alcanzarse la mayoría «el sujeto será responsable del hecho delictivo derivado de la adopción del acuerdo»¹⁷⁸, pero «la responsabilidad criminal no surgirá hasta el momento en que dicho acuerdo sea efectivamente adoptado, hasta entonces el voto habrá sido un mero acto preparatorio»¹⁷⁹.

Si el voto a favor del acuerdo se emite después de alcanzarse la mayoría ¹⁸⁰se considerara al sujeto responsable de un delito societario puesto que ha ayudado a formar la voluntad del órgano colegiado.

En el caso de que un miembro del órgano colegiado vote en contra del acuerdo, «será indiferente cuando el administrador emitió el voto»¹⁸¹, pero podría incurrir en responsabilidad penal puesto que «el hecho de haber votado formalmente en contra no tiene por qué exonerar automática e inexorablemente de responsabilidad penal, lo

¹⁷⁶ PEREZ CEPEDA, La responsabilidad de los administradores de Sociedades: Criterios de atribución, SPQR, Barcelona, 1997. página 293.

¹⁷⁷MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C, Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial, 5ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, página 444

¹⁷⁸ MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C, Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial, 5ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, página 444

¹⁷⁹MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C, Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial, 5ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, página 444

¹⁸⁰ MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C, Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial, 5ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, página 444.

¹⁸¹ PEREZ CEPEDA, La responsabilidad de los administradores de Sociedades: Criterios de atribución, SPQR, Barcelona, 1997. Página 300.

realmente decisivo será determinar el efectivo comportamiento y la efectiva voluntad del sujeto, y puede suceder que el juez acredite que el voto contrario ha sido declarado por motivos particulares de conveniencia, mientras que el comportamiento real ha discurrido en la misma dirección que el sentir mayoritario»¹⁸².

3.2 Votación nominal secreta

En los casos de votación nominal secreta «no podrá exigirse responsabilidad criminal al desconocerse quienes fueron los miembros del órgano colegiado que votaron a favor y quienes los que votaron en contra»¹⁸³, «pero si el acuerdo fue adoptado por unanimidad de los asistentes, entonces podrá imputarse a todos»¹⁸⁴.

3.3 Supuestos comunes

A) *La ausencia del administrador.*

Cuando un administrador no emite voto alguno debido a que se ausentó de la sesión, en principio, no podrá ser considerado responsable de la decisión que el órgano colegiado acordó, «ya que no realizó ninguna contribución activa al hecho»¹⁸⁵, pero, hay que reseñar que «es posible que el consejero ausente supiera que en la reunión se iba a resolver sobre la adopción y ejecución del hecho delictivo, y el, precisamente por ello, no asistiera a dicha reunión. Por eso, la simple ausencia no exonera de responsabilidad al ausente cuando esté destinada a facilitar el comportamiento realmente conseguido»¹⁸⁶

¹⁸² MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C, Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial, 5ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, página 445

¹⁸³ PEREZ CEPEDA, La responsabilidad de los administradores de Sociedades: Criterios de atribución, SPQR, Barcelona, 1997. página 303.

¹⁸⁴ MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C, Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial, 5ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, página 445

¹⁸⁵ CASTRO MORENO, El delito societario de administración desleal, Marcial Pons, Madrid, 1998, Página 223

¹⁸⁶ CASTRO MORENO, El delito societario de administración desleal, Marcial Pons, Madrid, 1998, Página 223.

B) El acuerdo antijurídico que no llega a ser aprobado.

En este punto se analiza la posible responsabilidad penal de los administradores que en una discusión del consejo de administración votaron a favor de un acuerdo ilícito, que no se llegó a aprobar por falta de mayoría.

En este caso, «el administrador que vota a favor de la adopción del acuerdo ilícito no realiza ninguna conducta penalmente relevante, dado que la voluntad del consejo no se ha exteriorizado dando lugar al comienzo de la fase ejecutiva»¹⁸⁷.

¹⁸⁷ PEREZ CEPEDA, La responsabilidad de los administradores de sociedades: Criterios de Atribución, SPQR, Barcelona 1997, página 313

CONCLUSIONES

1º-Tras la realización del Trabajo de Fin de Grado, bajo el título Tratamiento Doctrinal y Jurisprudencial de los Delitos Societarios, una de mis primeras conclusiones ha sido el reducido contenido y ámbito de aplicación de los tipos comprendidos en este Capítulo del Código Penal, esto, a mi modo de ver se debe a la limitación de los sujetos activos, en los tipos 290, 293 y 294 , a los administradores de hecho o de derecho y por otra parte, a la obligatoriedad de circunscribir la conducta típica en el seno de las sociedades que participen de manera permanente en el mercado.

2º-Respecto del tipo de falsedades en documento societario recogido en el artículo 290, este castiga el falseamiento de documentos mercantiles para causar un perjuicio económico a la misma, a los socios o a terceros, y en la jurisprudencia ha tenido su aplicación condenando a:

-El directivo que efectúa una contabilidad que no refleja el volumen real de facturación y lo percibido a través de las cuentas bancarias con la finalidad de disponer en su beneficio de la mayoría de los ingresos de la entidad.

-También condena, al directivo de una sociedad que simula un crédito entre dos sociedades mediante asientos contables y dichos asientos falseaban la situación económica de ambas entidades y eran susceptibles de causar un perjuicio.

A la vista de las sentencias condenatorias a las que se llega a través del artículo 290, coincido con la Sentencia del caso Banesto de que sería conveniente una modificación del artículo 290 que permitiera una franja punitiva más amplia, para poder así individualizar más adecuadamente la pena y ajustarse esta al principio de proporcionalidad en función de las repercusiones que las alteraciones contables tengan sobre la economía nacional.

3º-En cuanto al delito de imposición de acuerdos abusivos mediante prevalimiento de situación mayoritaria, tipificado en el artículo 291, este castiga la imposición de acuerdos abusivos en perjuicio de los socios, pero sobra decir que estos acuerdos ya pueden ser impugnados por los socios minoritarios a través de la Ley de Sociedades de Capital, por lo que cabe preguntarse si se recurre en demasía a este tipo en detrimento de la Ley de Sociedades de Capital y de si es realmente necesario este tipo, en virtud del carácter

fragmentario del Derecho Penal, el principio de intervención mínima y el principio de ultima ratio.

Respecto a la primera cuestión, la respuesta es afirmativa, se recurre a este tipo con demasiada facilidad por parte de los socios minoritarios y esto queda expuesto por la enorme cantidad de Sentencias absolutorias que presenta este tipo, bien sea porque el acuerdo abusivo en cuestión no traspasa los límites de la cuestión civil o bien por qué no concurre el ánimo de lucro requerido por el tipo, o bien porque no concurren las demás condiciones de la conducta típica.

En relación a la segunda cuestión, considero que si es un tipo necesario, ya que se limita a castigar aquellos supuestos más graves de imposición de acuerdos abusivos conforme al principio de intervención mínima del Derecho Penal, dejando para el derecho privado el resto de casos.

4º-Conforme al artículo 292, referente a la imposición o aprovechamiento de acuerdo lesivo adoptado por mayoría ficticia, castiga el imponer o aprovecharse de un acuerdo lesivo obtenido por una mayoría ficticia. Este tipo integra hechos que ya pueden ser considerados como delictivos de por sí, como puede ser el abuso de firma en blanco (250.1.2 del Código Penal), la atribución indebida del derecho a voto (Falsedades) o la negación del ejercicio de este derecho a quienes lo tengan atribuido por ley (Coacciones).

Concurren, al igual que en el artículo 291, un gran número de sentencias absolutorias que consideran que o bien no se da el abuso de firma en blanco o la atribución indebida del derecho a voto, o bien no hay ningún beneficio por parte del acusado.

Conforme con cuanto antecede, me sumo a la opinión jurisprudencial, y considero que la intervención penal debe quedar limitada a los comportamientos más abiertamente impeditivos del ejercicio de estos derechos básicos, para diferenciarlos de los supuestos en que lo que se discute es el modo en que se ha atendido a los derechos de los accionistas, supuestos que están reservados al ámbito mercantil.

5º-En relación a la obstaculización del ejercicio de los derechos de los socios del artículo 293, este tipo castiga la negación o impedimento de los derechos de los socios nombrados en el artículo, por parte de los administradores de hecho o de derecho. Este precepto, deberá estar dirigido a los supuestos más graves de negación e impedimento de

derechos y se deberá aplicar por tanto el principio de intervención mínima del derecho penal, así como una interpretación restrictiva.

6º-En lo referente al delito de obstaculización a la actuación de inspección administrativa, recogido en el artículo 294, es un tipo interesante para su estudio, pero el hecho de que sanciones administrativas castiguen las mismas conductas que el propio tipo hacen que este sea redundante.

7º-Sobre la reforma del Código Penal de 2015, por la cual el delito de administración desleal pasa a estar regulado en el artículo 252 y se deroga el artículo 295, he de manifestarme favorable a esta nueva regulación. Desde mi punto de vista, el hecho de que el nuevo tipo de la administración desleal, en su tipo básico, no exija que se actúe en beneficio propio o ajeno, ni lucro, ni ánimo fraudulento por parte del autor hace que el tipo sea más flexible, es decir, que sea más aplicable al tener menos requisitos que cumplir la conducta típica. Otro de los cambios que a mi modo de ver, ha sido positivo es el hecho de que en el nuevo tipo, el origen de la emanación de las facultades de administrar están tasadas, (Ley, autoridad o negocio jurídico), lo cual cierra las puertas a sujetos activos con facultades de administración basadas en relaciones de confianza.

BIBLIOGRAFIA

- BACIGALUPO, E, *Curso de Derecho Penal Económico*, Marcial Pons, Madrid, 1998
- BAJO, M/ BACIGALUPO, S, *Derecho Penal Económico*, 2ª Edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010.
- CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- GARCIA CAVERO, P, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, JM Bosch Editor, Barcelona, 1999
- GONZALEZ CUSSAC, JL, *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- JIMENEZ VILLAREJO, J, *La discriminación de la falsedad ideológica cometida por particulares: un debate en la jurisprudencia*, Revista del poder Judicial, Nº 59, 2000, paginas 169-184.
- L.ARROYO ZAPATERO, I. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, J.C.FERRÉ OLIVÉ, N. GARCIA RIVAS, J.R.SERRANO PIEDECASAS, M.ª TERRADILLOS BASOCO, *Comentarios al Código Penal*, Iustel, Madrid, 2007.
- MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C, *Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial*, 5ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015
- MAYO CALDERÓN, B, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, Comares, Granada, 2005
- MORENO CÁNOVES, A/RUIZ MARCO, F, *Delitos Socioeconómicos*, Edijus, Zaragoza, 1996.
- MUÑOZ CONDE, F, *Derecho Penal Parte Especial*, 20ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

- ORTS BERENGUER, E/GONZALEZ CUSSAC, JL, *Compendio de Derecho Penal, parte general*, 3ª Edición, Valencia 2011

-PEREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los administradores de sociedades: Criterios de Atribución*, SPQR, Barcelona 1997.

-QUINTERO OLIVARES, G, *Comentario a la reforma Penal de 2015*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

-RODRIGUEZ MONTAÑES, T, *algunas reflexiones acerca del problema causal y la autoría en los supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos en el seno de los órganos colegiados*, Revista de derecho penal y criminología, Nº Extra 1, 2000, paginas 171-198.

-RODRIGUEZ MOURULLO, G, *Estudios de Derecho Penal Económico*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.

-SANCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, P, *Casos que hicieron Doctrina en Derecho Penal*, 2ª Edición, La Ley, Madrid, 2011.

-TERRADILLOS BASOCO, J, *Derecho Penal de la Empresa*, Trotta, Madrid, 1995