

Revista
Técnica
Tributaria

E S T U D I O S

LOS NUEVOS Y DESCONCERTANTES DELITOS SOCIETARIOS*

Luis Rodríguez Ramos

Catedrático de Derecho Penal y abogado

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN

2. GESTACIÓN

3. ASPECTOS GENERALES

- 3.1. *El bien jurídico protegido: el patrimonio y el orden socioeconómico.*
- 3.2. *¿Delitos societarios y/o de peligrosa o lesiva administración desleal de bienes ajenos?: concursos normativos.*
- 3.3. *Injustos penales y civiles o administrativos: ¿cuestiones prejudiciales devolutivas?*
- 3.4. *Clasificaciones de los nuevos delitos.*
- 3.5. *Los sujetos activos y las sociedades "en formación".*

4. ANÁLISIS DE LOS TIPOS PENALES:

- 4.1. *Impedimento o denegación de derechos.*
- 4.2. *Falsedades documentales con capacidad de perjuicio económico.*
- 4.3. *Maquinaciones adoptando acuerdos perjudiciales.*
- 4.4. *Acuerdos abusivos perjudiciales.*
- 4.5. *Defraudaciones patrimoniales.*
- 4.6. *obstruccionismo a inspecciones administrativas.*

5. CONCLUSIONES DE "LEGE DATA" Y "DE LEGE FERENDA".

6. BIBLIOGRAFÍA.

* Texto de la Conferencia pronunciada en la reunión de la Delegación Territorial 1ª de la AEDAF, el día 24 de junio de 1996.

E S T U D I O S

1. INTRODUCCIÓN

El Código penal de 1995, en el Título XIII “De los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, introduce un nuevo conjunto de figuras delictivas en el Capítulo XIII bajo el rótulo “Delitos societarios” con el siguiente texto:

Art. 290. *Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falseen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.*

Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior.

Art. 291. *Los que, prevaleciendo de su situación mayoritaria en la Junta de accionista o en el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieren acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.*

Art. 292. *La misma pena del artículo anterior se impondrá a los que impusieren o se aprovecharen para sí o para un tercero, en perjuicio de la sociedad o de alguno de sus socios, de un acuerdo lesivo adoptado por una mayoría ficticia, obtenida por abuso de firma en blanco, por atribución indebida del derecho de voto a quienes legalmente carezcan del mismo, por negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tengan reconocido por la Ley, o por cualquier otro medio o procedimiento semejante, y sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituyese otro delito.*

Art. 293. *Los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, que sin causa legal negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones reconocidos por las Leyes, serán castigados con la pena de multa de seis a doce meses.*

Art. 294. *Los que, como administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, sometida o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa, negaren o impidieren la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses.*

Además de las penas previstas en el párrafo anterior, la autoridad judicial podrá decretar alguna de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.

Art. 295. *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.*

Art. 296. 1. *Los hechos descritos en el presente Capítulo, sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.*

2. *No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.*

Art. 297. *A los efectos de este Capítulo se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado.*

La novedad de estas figuras y su previsible trascendencia en el orden jurisdiccional penal, exigen verificar su origen, evolución prelegislativa y parlamentaria, así como soluciones de “*lege data atque ferenda*” a los graves problemas que plantea su próxima aplicación.

2. GESTACIÓN

En el ámbito de las personas jurídicas, especialmente en el de las sociedades mercantiles, han surgido comportamientos de administración desleal de bienes ajenos, consistentes genéricamente en injustos enriquecimientos de los administradores con el correlativo empobrecimiento igualmente injusto de los administrados. En muchas ocasiones tales comportamientos no tenían encaje en el ámbito de los tradicionales delitos contra el patrimonio (estafas, apropiaciones indebidas, maquinaciones para alterar el precio de las cosas), cuando su gravedad no pocas veces era y es muy superior a la de esos otros comportamientos sin duda delictivos. En el ámbito de las sociedades mercantiles los perjudicados vienen siendo la propia sociedad, sus socios o terceros acreedores o competidores. Pero conviene tener en cuenta “*a limine*” que dichos comportamientos no necesariamente se circunscriben al ámbito societario, al extenderse a otras modalidades de administración de patrimonios ajenos unidos o separados de los propios de sus titulares.

Para colmar esta necesidad político criminal, en el **Proyecto de Código penal de 1980** y en la **Propuesta de Anteproyecto de 1983**, bajo el rótulo de “*Delitos financieros*” incluyeron algunas figuras en un capítulo del Título que en el primer texto se denominaba “*De los delitos contra el orden socioeconómico*” y en el segundo “*De los delitos socioeconómicos*”. Si se analizan dichas figuras comparativamente con las finalmente promulgadas se llega a las siguientes conclusiones:

1ª Los originalmente llamados “*delitos financieros*” son los antecedentes más inmediatos de los luego denominados “*delitos societarios*”.

2ª Sólo los tipos penales contenidos en los actuales artículos 290, 291 y 292 tienen un precedente claro en ambos textos que no llegaron a ser aprobados por la Cortes.

En el **Anteproyecto de Código penal de 1992** se cambió ya el rótulo del capítulo por el de “*Delitos societarios*”, siguiendo el parecer de algunos autores; su contenido tuvo algunas modificaciones respecto a la Propuesta de 1983 y, desde la perspectiva de la versión recientemente promulgada, cabe destacar las siguientes:

1ª Aparecen ya precedentes claros de los actuales artículos 293 y 295.

2ª Se incluye también un nuevo delito societario que hoy ya no lo es, al figurar como “*delito relativo al mercado y a los consumidores*” en el Capítulo XI del mismo título, arts. 285 y 286 del nuevo Código, consistente en obtener beneficio o causar perjui-

E S T U D I O S

cio por valor de más de 75.000.000 de pts. en un mercado “organizado, oficial o reconocido” merced a información privilegiada.

En el **Anteproyecto de Ley orgánica de Código penal de 1994**, como Capítulo XIV del Título XII el correspondiente a los “Delitos societarios”, arts. 292 y ss., existe ya un precedente muy próximo a las nuevas figuras, si bien no constan antecedentes de los artículos luego incluidos 294 y 297. La misma situación se mantiene en el Proyecto.

En la tramitación en el Congreso de los Diputados el PNV propuso la supresión del actual artículo 291, por estimarlo injusto meramente civil; IU algunas modificaciones parciales y la supresión del carácter semipúblico de los delitos; el PP algunas mejoras técnicas restrictivas de los hoy arts. 293 y 295, y el PSOE la introducción del nuevo art. 294. En el Senado, se reprodujeron las referidas y rechazadas pretensiones de los partidos minoritarios, admitiéndose una enmienda del PP que mejoraba técnicamente el actual art. 295, y a su vez el PSOE propuso otras que lógicamente fueron admitidas, correspondientes a la actual redacción de todos los artículos del capítulo, mereciendo especial mención, por las razones que luego se verán, **la introducción “ex novo” del actual artículo 297.**

3. ASPECTOS GENERALES

Antes de analizar cada uno de los nuevos tipos penales, contenidos en el Capítulo de los “Delitos societarios”, es necesario estudiar algunas cuestiones generales que puedan servir para la posterior labor de exégesis de los tipos penales y que, en último término, se van a centrar en el análisis de los artículos 296 y 297 que, aun siendo los últimos de dicho conjunto, ofrecen previas claves globales de indudable interés.

3.1. El bien jurídico protegido: el patrimonio y el orden socioeconómico.

En contraste con lo acaecido en el Proyecto de Código penal de 1980 que diferenciaba en dos títulos distintos los “delitos contra el patrimonio” y los “delitos contra el orden socioeconómico” (Títulos V y VIII), el nuevo Código ha optado por abandonar esa diversificación siguiendo las pautas marcadas por las restantes propuestas de anteproyecto, anteproyectos y proyectos precedentes. Los delitos “financieros” de 1980, antecedentes de los actuales societarios como ya se ha dicho, estaban ubicados en el Título de los contrarios al orden socioeconómico; en cambio ahora, al encontrarse bajo el rótulo bimembre, no es posible saber en atención a puras razones sistemático-formales si pertenecen a uno u otro subconjunto, a ambos o, en fin, unas veces a uno y otras al otro, cuestión relevante a la hora de determinar el bien o interés jurídicamente protegido.

No es el momento de pormenorizar las opciones doctrinales en relación a lo que deba entenderse por delitos contra el patrimonio y por delitos contra el orden socioeconómico. Baste con decir, respecto a los primeros, que consisten en un conjunto de derechos reales y de crédito protegidos penalmente en yuxtaposición a la protección de que ya gozan en el orden civil; y de los segundos, que reúnen una serie de derechos,

protegidos también por normas civiles y/o administrativas, de contenido más discutible, pues teóricamente pueden alcanzar tanto a los originalmente llamados “delitos económicos” relativos a los supuestos de intervención del Estado en la economía de mercado (delitos tributarios, de contrabando y monetarios), cuanto al Derecho penal de la empresa en sus aspectos tanto macroeconómico como microeconómico (delitos contra el mercado, contra los productores y comerciantes, contra los consumidores, contra los trabajadores, etc.), y finalmente sólo al funcionamiento del mercado libre —oferta y demanda, producción/comercialización y consumo— obviando otros aspectos.

Una aproximación a los contenidos de los Títulos XIII, XIV y XV del Libro II del nuevo Código penal es suficiente para eliminar como contenido de los delitos contra el orden socioeconómico las dos primeras acepciones (excepción hecha del, en principio, extravagante tipo del art. 294), debiendo aceptar la tercera. Sin embargo, resta por coordinar los dos bienes jurídicos concurrentes, patrimonio y orden socioeconómico, para saber si son o no compatibles, incluso complementarios y, en fin, si cabe también la posibilidad de que sean concurrentes en los mismos delitos, y parece que debe optarse por la **compatibilidad, complementariedad e incluso posible concurrencia de ambos bienes jurídicos**, pues en definitiva el mercado es la ocasión temporal, local y normativa en la que se produce el intercambio —el tráfico— de los intereses patrimoniales de los productores y consumidores, tanto en abstracto cuanto en concreto. En consecuencia, los derechos de crédito y reales que resulten protegidos por el Derecho penal, tanto en general cuanto en cada caso particular, tienen sin duda vinculación con el patrimonio de los partícipes en dicho tráfico jurídico y con el orden o marco en el que se producen esas relaciones mercantiles.

Cabe pues concluir, como hipótesis, que patrimonio y orden socioeconómico son realidades compatibles, concurrentes y diferenciables en función del mayor o menor grado de abstracción y generalidad de la actividad mercantil. Lo concreto y particular tendría más inmediatamente que ver con el patrimonio, mientras que lo abstracto y colectivo con el orden socioeconómico, aun cuando ambas realidades tuvieran en todo caso una vinculación, sin perjuicio de que en función de la particularidad o generalidad de cada supuesto, resplandeciera o predominara más una u otra.

Congruente con este planteamiento es la naturaleza de **delito público y semipúblico** que el artículo 296 otorga a estas infracciones, semipúblicas (sólo perseguible mediante denuncia del perjudicado) cuando no se trate de una **pluralidad de personas o no afecte a los intereses generales**, y públicas cuando sí se cumplan tales condiciones. El **patrimonio sería un bien jurídico privado y particular, mientras el orden socioeconómico colectivo y general.**

3.2. ¿Delitos societarios y/o de peligrosa o lesiva administración desleal de bienes ajenos?: concursos normativos.

Otro problema común a todos los preceptos que configuran los delitos societarios es su carácter de protectores del buen funcionamiento de las sociedades, princi-

E S T U D I O S

palmente mercantiles y sobre todo las anónimas, o más bien de defensores de la administración leal de los bienes ajenos, que se puede convertir en desleal generalmente en el seno de sociedades. La cuestión como se verá de inmediato no es baladí en atención a lo dispuesto en el artículo 297, en primer lugar, pero también y sobre todo si se considera que la reclamación de protección penal se había dirigido más bien frente a la llamada **administración desleal de bienes ajenos**, en general, sin circunscribirla al ámbito societario.

De no haberse introducido en el capítulo el referido artículo 297 en el último trámite parlamentario (enmienda del Grupo socialista en el Senado, como se ha visto), la cuestión podría ser menos acuciante, pero lo cierto es que una interpretación sistemática de todos y cada uno de los artículos del capítulo desde la perspectiva de este nuevo precepto supone que, por “sociedad”, ha de entenderse no sólo la persona jurídica con patrimonio separado, tanto regulada por el Código civil cuanto por el de Comercio y por leyes especiales mercantiles con tal nombre y naturaleza, sino también “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”. Obviando de momento críticas gramaticales y lógico formales a la precedente descripción extensiva, y partiendo de la inexistencia de jurisprudencia que interprete este precepto, lo que parece desprenderse de su contenido literal es que donde los tipos societarios aluden a “sociedad”, debe entenderse por tal no sólo las **entidades jurídicas denominadas genéricamente “sociedades”** (arts. 1665 y ss. del Código civil: “dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias”; arts. 116 y ss. del Código de Comercio; Leyes de Sociedades anónimas —Real Decreto legislativo 1564/89 de 22 de diciembre—, de Sociedades de responsabilidad limitada 2/95 de 23 de marzo, de Sociedades anónimas laborales 15/86 de 25 de abril, de Sociedades de garantía recíproca 1/94 de 11 de marzo) sino también:

1. **Las cooperativas**, que según el art. 1º de la Ley General de cooperativas 3/87 de 2 de abril, “son **Sociedades** que, con capital variable y estructura y gestión democráticas, asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, a personas que tienen intereses o necesidades socio-económicas comunes, para cuya satisfacción y al servicio de la comunidad desarrollan actividades empresariales, imputándose los resultados económicos a los socios, una vez atendidos los fondos comunitarios, en función de la actividad cooperativizada que realizan”. Es decir, que **también son sociedades**.

2. **Cajas de Ahorro**, que al ser entidades equiparables a los bancos desde 1977 **son sin duda “entidades de crédito”**, si bien su estructura organizativa es **equiparable a la de las “fundaciones”** (RD 2290/77 de 27 de agosto y Ley 31/85 de 2 de agosto, reguladores de los órganos de gobierno de la Cajas de ahorro).

3. Las **mutuas** de seguros o de accidentes **son sociedades o asociaciones** caracterizadas por la cobertura de riesgos a sus socios o asociados (arts. 7 y ss. de la Ley 30/95

de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados, y 202 y ss. de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido por D 2065/74 de 30 de mayo).

4. **Las entidades de crédito**, que son “toda empresa que tenga por actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de sus restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza”, y de modo más concreto son el Instituto de Crédito Oficial, los bancos, **las cajas de ahorro** y la Confederación española de cajas de ahorro y **las cooperativas** de crédito; también, hasta el 31 de diciembre de 1996, las sociedades de crédito hipotecario, la entidades de financiación, las sociedades de arrendamiento financiero y las sociedades mediadoras del mercado de dinero (art. 1º del Real Decreto Legislativo 1298/86 de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de Entidades de crédito al de las Comunidades Europeas). **Las entidades financieras** parece que sólo se podrían distinguir de la de crédito en que no intermedian éste, sino que proporcionan dinero o crédito a quienes lo pueden precisar para operaciones concretas (ventas a plazos, “leasing”, “factoring”, etc.), pero sin recibir fondos distintos de los provenientes del pago de los vencimientos de dichas operaciones; **suelen tener siempre la personalidad de sociedad anónima** (D 896/77 de 28 de marzo sobre Régimen de las Entidades de financiación de ventas a plazos, Disposiciones adicionales 6ª, 7ª y los de la Ley 26/88 de 29 de julio sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito, sobre entidades de “arrendamiento financiero”, y órdenes ministeriales de 14 de febrero de 1978 y de 13 de mayo de 1981 respecto a las empresas de “factoring”).

5. **Fundaciones**: “las organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general”, y “se rigen por la voluntad del fundador, por sus Estatutos” y por la Ley 30/94 de 24 de noviembre de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general (art. 1º).

6. **Sociedad mercantil** o compañía de tal carácter, que puede ser colectiva, comanditaria, anónima o de responsabilidad limitada (art. 122 del Código de Comercio), pero en la actualidad hay que hacer más bien mención de las anónimas, de responsabilidad limitada, anónimas laborales, de garantía recíproca y agrupaciones de interés económico, que gozan de específicas regulaciones legales.

7. Y “**cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado**”, lo que ya es más difícil de identificar o concretar, pues en primer lugar no se sabe si la analogía tiene como punto de referencia las sociedades mercantiles o, más bien, todas las entidades antes mencionadas (una interpretación gramatical se inclina por esta segunda opción, pues en caso contrario habría que haber situado otra partícula “o” antes del término sociedades mercantiles); y en segundo término el género “cualquier otra entidad” no puede ser más amplio si por tal hay que entender “colectividad considerada como unidad” (acepción 4.

E S T U D I O S

del Diccionario de la Real Academia de la Lengua), y la especie consistente en la “participación permanente en el mercado” tampoco es especialmente delimitadora, pues mercados hay muchos y la permanente participación no supone especiales características de intensidad sino de mera presencia; de todo ello se concluye que por “otras entidades” cabrá entender **tanto cualquier persona jurídica no incluida ya en los anteriores conceptos (asociación, sociedad civil, comunidad de propietarios) cuando incluso conjuntos carentes de tal personalidad como patrimonios separados constitutivos de comunidades de bienes, es decir, “cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece proindiviso a varias personas” (art. 392 del Código civil).**

La primera crítica de carácter formal que debe recibir el artículo 297 ahora comentado es su **torpeza lógico-formal** al caer en reiteraciones innecesarias —redundancias— en un paroxismo de pleonasmos o tautologías, pues como se ha visto en la descripción precedente multitud de términos se solapan en su significado, y hubiera bastado decir por ejemplo: “A los efectos de este capítulo se entenderá por sociedad toda entidad jurídica, con vocación de participación permanente en el mercado”.

Por otra parte, de este sumario repaso de lo que debe entenderse por “sociedad” en el nuevo Capítulo XIII de los “delitos societarios”, se llega a la conclusión de que **sociedad será toda colectividad de bienes o personas que actúe permanentemente en el mercado, siempre que haya un cierto grado de ajenidad en la administración de ese patrimonio separado.** Quiere esto decir, al margen de las especificaciones respecto al ámbito típico que deba de hacerse en cada uno de los delitos, que en realidad estos delitos **no son societarios**, sino más bien modalidades de lesión y de peligro de administración desleal de bienes ajenos, conclusión que por una parte convierte en absurdo el rótulo del capítulo, y por otra en esta reconversión conceptual **se queda corto desde el punto de vista político criminal, al no considerar delito cualquier comportamiento de administración desleal de bienes ajenos que no puedan considerarse, en sí mismos o en atención a la pluralidad de titulares, una “entidad”,** es decir, que la administración desleal de bienes de otra persona que no sea “entidad” —colectividad considerada como unidad— sólo constituirá injusto penal si es estafa o apropiación indebida, pero no en caso contrario aunque encaje tal conducta en los artículos de este capítulo.

En definitiva, que el bien jurídico protegido en este conjunto no es tanto el buen funcionamiento de las sociedades mercantiles, para salvaguardar el patrimonio de los socios, sino más bien la **protección del patrimonio administrado por un tercero, siempre que pertenezca a una colectividad,** conclusión que evidencia la torpeza del legislador en el fondo y en la forma, en el fondo porque pudiendo haber criminalizado directa o indirectamente (a través de estos delitos pseudosocietarios) los supuestos más graves de administración desleal de bienes ajenos que no constituirían delitos tradicionales —hurto, estafa, apropiación indebida—, no lo ha hecho en su integridad, y en la forma porque incluso este logro parcial se ha frustrado con el artículo 297, introducido en

el último trámite parlamentario, al haber destruido el aparente carácter de delitos societarios que formalmente se pretendía.

Y en fin, precisamente por estas circunstancias descritas, los concursos normativos en el propio ámbito del Código (apropiación indebida, delitos relativos al mercado y a los consumidores, etc.) y en el resto del ordenamiento jurídico, serán muy abundantes, pero éste último aspecto se trata en el siguiente epígrafe.

3.3. Injustos penales e injustos civiles o administrativos: ¿cuestiones prejudiciales devolutivas?

Nadie duda que el nuevo capítulo relativo a los delitos societarios significa una expansión o invasión del Derecho penal, en terrenos reservados hasta ahora al orden jurídico y jurisdiccional civil/mercantil o contencioso-administrativo —art. 294— y que, en consecuencia, como substrato o infraestructura de todos los posibles injustos penales derivados de los nuevos tipos siempre habrá un injusto civil o administrativo. Esta **invasión de otros sectores del ordenamiento jurídico por parte de las normas penales supone, inevitablemente y al menos en este caso atendiendo a las referencias tácitas o expresas de los propios tipos penales, el planteamiento de cuestiones prejudiciales de carácter civil-mercantil y/o administrativo**, a la hora de considerar si se ha realizado o no la conducta típica penalmente injusta, pues no es posible que se realice el injusto penal si al mismo tiempo no se confirma la existencia de alguno de los otros injustos más leves, al ser en estos supuestos la norma penal una mera yuxtaposición sobreprotectora de bienes o intereses jurídicos ya protegidos por esos otros sectores del ordenamiento jurídico. Semejante situación deviene, concretamente, del carácter **de tipo penal en blanco, incompleto y/o con elementos normativos jurídico extrapenales** que corresponde, en mayor o menor medida, a todos los delitos contenidos en este capítulo.

De todos es conocida la mecánica operativa de las cuestiones prejudiciales en el ámbito del procedimiento penal. Los artículos 10 de la Ley orgánica del Poder judicial y 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal disponen, en una interpretación integradora y apostando por el principio de conservación de las normas, la preferencia del orden jurisdiccional penal a la hora de instruir o enjuiciar los mismos hechos objeto de procedimientos en dos órdenes jurisdiccionales; por otra parte, el artículo 3º de la misma ley ritual extiende como regla general la competencia del orden jurisdiccional penal para resolver cuestiones prejudiciales civiles o administrativas conexas con las penales en un proceso de este carácter. Sin embargo, el artículo 4º de la misma ley dispone que “si la cuestión prejudicial fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia, el Tribunal de lo criminal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquélla por quien corresponda...”, y en todos los tipos penales del capítulo ahora comentado, por la existencia de injustos civil/mercantil o administrativo, parece cumplirse tal condición, cual veremos en el posterior análisis de cada uno de ellos, lo que permitirá e inclusive obligará a los jueces de instrucción a convertir de ordinario tales cuestiones prejudiciales en

E S T U D I O S

requisitos de procedibilidad —cuestiones prejudiciales suspensivas y devolutivas—, evitando así la proliferación de denuncias y querellas por delitos societarios que, en fraude de ley procesal civil o administrativa (con mala fe procesal vetada en el artículo 11, 1. y 2. de la Ley orgánica del Poder judicial), sin duda se producirá tras la entrada en vigor del nuevo Código penal, solución “de lege data” que puede ser el prolegómeno de la más radical “de lege ferenda” que en el futuro habrá de producirse revisándose en profundidad y con ánimo restrictivo estos tipos penales, en los términos que se aconsejan en las conclusiones de este trabajo.

3.4. Clasificaciones de estos delitos.

Desde un punto de vista de la exigencia típica de **lesión o de peligro** del bien jurídico, los delitos pueden clasificarse del siguiente modo:

- Delitos de peligro (para el patrimonio, pues para el orden socioeconómico podría resultar discutible si serían de lesión): los contenidos en los artículos 290 primer párrafo, 291, 292, 293 y 294.
- Delitos de lesión: los descritos en los artículos 290 segundo párrafo y 295.

Si se considera en cambio el **sector del ordenamiento jurídico no penal afectado** por cada nuevo delito, resultará lo siguiente:

- Que tienen su causa en el Derecho administrativo las conductas previstas en el artículo 294.
- Y en cambio, en la civil o mercantil, las contempladas en los restantes preceptos tipificadores de delitos.

Y finalmente atendiendo a un **criterio sistemático en función de las conductas descritas**, cabría hacer el siguiente esquema:

1. Aspectos generales: arts. 296 y 297 ya suficientemente analizados.
2. Delitos de carácter preparatorio de futuras defraudaciones patrimoniales:
 - A. Impedimento o denegación de derechos de información o participación: art. 293.
 - B. Falsedades:
 - a) Documentales con capacidad de perjuicio económico: art. 290.
 - b) Instrumentales para adoptar acuerdos lesivos perjudiciales: art. 292.
 - C. Acuerdos abusivos en perjuicio de minoritarios y con ánimo de lucro: art. 291.
3. Defraudaciones patrimoniales mediante administración fraudulenta: art. 295.
4. Obstruccionismo a controles administrativos: art. 294.

Luis Rodríguez Ramos

3.5. Los sujetos activos y las sociedades "en formación".

Todos los tipos penales, salvo los contenidos en los artículos 291 y 292, prevén como sujetos activos a los "administradores de hecho o de derecho". Por su parte, los tipos penales excluidos de tal regla general parecen referirse a los socios —accionistas o no—, administradores e inclusive a terceros (art. 292: el que se "aprovechare" de un acuerdo lesivo).

Respecto a lo que pueda significar "administrador de hecho" (el significado de "administrador de derecho" se encuentra en las normas extrapenales a las que se remiten tácitamente estos tipos penales) baste con decir que son los que realmente deciden la gestión del patrimonio separado constituido por las aportaciones de sus titulares, aun cuando formalmente no figuren como tales mandatarios.

Análogo significado hay que asignar a las llamadas "sociedades en formación", en cuanto que aluden a la realidad económica más que jurídica, constituida por la existencia de unos bienes aportados por terceros a una entidad —patrimonio separado—, aun cuando tal masa de bienes aun no tenga la naturaleza jurídica a la que en el propósito de los socios, asociados, comuneros, etc. se haya destinado la constitución de tal entidad. Se incluyen, por lo tanto, en dicho término —"en formación"— las llamadas "sociedades irregulares" —no inscritas— y las "de hecho".

En definitiva, esta referencia a entidades "constituidas o en formación", en combinación con el ya comentado art. 297, viene a confirmar que lo relevante no es tanto el ámbito societario en el que acaezca la conducta, cuanto la existencia de un patrimonio separado susceptible de administración desleal, es decir, de enriquecimiento injusto por parte de los administradores o de terceros, generador de perjuicio también injusto para los titulares de ese patrimonio.

4. ANÁLISIS DE LOS TIPOS PENALES

Siguiendo la clasificación final del apartado precedente dedicado a tal fin, en primer lugar hay que hacer referencia a los delitos de carácter preparatorio de futuras defraudaciones patrimoniales, que son los previstos en los artículos 293, 290, 292 y 291, siguiendo precisamente este orden.

4.1. Impedimento o denegación de derechos.

A tenor del artículo 293,

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

La **denegación o impedimento de los derechos referidos en el artículo 293** del nuevo Código penal es un delito de peligro, si el bien jurídico protegido se considera el

E S T U D I O S

patrimonio del socio (de lesión, si tal bien fuera el conjunto de derechos que la ley le otorga), y cuyo ámbito sería exclusivamente el societario en el que “las Leyes” otorguen a sus socios “derechos de información”, de “participación en la gestión o control de la actividad social” y/o de “suscripción preferente de acciones”. Como el tipo penal es claramente **mixto alternativo** (basta una sola conducta para generar responsabilidad penal, y no la acumulación de dos o más de las descritas), en principio sólo podrá cometerse este delito en aquellas personas jurídicas en las que existan socios, con derechos de información, participación, control o suscripción preferente de acciones reconocidos por la Ley (no por contratos o estatutos), bastando en cada caso que tal norma legal reconozca ese derecho conculcado en concreto, si bien la referencia a las “acciones” en la tercera alternativa limita al ámbito de las sociedades por acciones la posibilidad de cometer este ilícito penal a aquellas sociedades cuyas cuotas de capital se configuren de tal manera.

En principio, pues, este delito parece ubicarse más bien en el ámbito de los propiamente societarios y de peligro, y no en el de las otras entidades con vocación de permanente presencia en el mercado, aun cuando no sean sociedades ni siquiera personas jurídicas. ¿Qué sociedades, según ley, obligan a sus administradores a informar a sus socios, permitirles participar en la gestión o control, o suscribir preferentemente acciones? Para responder con orden a esta pregunta conviene individualizar cada uno de los derechos sociales enumerados.

Respecto al **derecho-deber de informarse/informar relativo a los socios**, el art. 173 del Código de Comercio extiende a todas las sociedades mercantiles la obligación de los administradores de permitir a los socios “el examen de todos los documentos comprobantes de los balances que se formen para manifestar el estado de la administración social”, excluyendo expresamente los supuestos contenidos en los artículos 150 y 158 del mismo texto legal que como es sabido afecta el primero a las “compañías en comandita” y el segundo afectaba a las “compañías en comandita por acciones” hasta su derogación por la Ley 19/1989.

La Ley de Sociedades anónimas determina también la existencia para el socio el derecho de información (art. 48, 2-d), en los términos que especifica el art. 112 y de modo particular en supuestos concretos tales como los prescritos en los artículos 41, 200 y 238. Y la de Sociedades de responsabilidad limitada también dispone el derecho de información de los socios en su art. 51, con otras referencias a supuestos específicos en los artículos 71 y 86.

En el ámbito de las cooperativas se prevé igualmente el derecho de información del socio cooperativista (artículos 35, b. y 36 de la Ley 3/87 General de Cooperativas), inclusive del llamado “asociado” (art. 41, 3.). Respecto a las fundaciones, aun cuando la Ley 30/94 de 24 de noviembre se refiera en alguno de sus artículos a deberes de información a eventuales beneficiarios, demás interesados, etc., no parece que los problemas relativos a la infracción de tales deberes puedan encajar en el tipo penal ahora

comentado, por no ser titular del derecho de información socio alguno, al carecer por definición las fundaciones de tal clase de miembros.

En cuanto a las entidades financieras o de crédito y las cajas de ahorro, a las que también hace referencia el art. 297, sumariamente cabe reseñar como referencias al derecho de información el art. 55 de la Ley de 31 de diciembre de 1946 de ordenación bancaria que remite para su aplicación a la normativa ya aludida reguladora de las sociedades mercantiles; los artículos 40, j) y 5 n) de la Ley 26/88 de 29 de julio sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (si bien a los efectos de este delito sólo operaría el deber de información a los socios), y el art. 12 de la Ley 13/85 de 25 de mayo de Inversiones obligatorias, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros. Y en cuanto a las cajas de ahorros, el art. 24, 1 a de la Ley 31/85 de 2 de agosto de Normas Básicas sobre órganos Rectores de Cajas de Ahorros atribuye a la Comisión de Control la función de envío a la Asamblea General, compuesta por los consejeros generales a los que cabría considerar socios a estos efectos, información semestral sobre la gestión económica y financiera de la entidad.

En lo atinente a las mutuas, sin reiterar lo dicho respecto a las cooperativas, baste recordar que el art. 9º, 3. de la nueva Ley 30/95 de 8 de noviembre de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, remite al Reglamento a la hora de fijar los derechos y obligaciones de los mutualistas —socios—, pero exigiendo “funcionamiento, gestión y control democráticos”, lo que sin duda supone derecho a la información.

El artículo 293 se refiere también al **“ejercicio de los derechos de..., participación en la gestión o control de la actividad social...”**. Sin ánimo de agotar las referencias legislativas a los derechos de participación en la gestión y control de las sociedades, los artículos 48, 93 y otros muchos concordantes de la Ley de sociedades anónimas regulan tales derechos de los socios; otro tanto cabe decir respecto a los artículos 43 y conexos de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada, 10 y concordantes de la Ley 12/91 de 29 de abril de Agrupaciones de interés económico, etc.

Finalmente, el mismo precepto incluye como conducta típica la denegación o impedimento a un socio de su derecho a la **“suscripción preferente de acciones”**, regulado en los artículos 48,2.b), 158 y concordantes de la Ley de sociedades anónimas. Si se aplica estrictamente la literalidad del art. 293 del nuevo Código penal, tal conducta no podrá extenderse al ámbito de las sociedades de responsabilidad limitada (art. 75 de la ley), al no estar dividido su capital en “acciones”, y otro tanto cabe decir respecto a las demás entidades carentes igualmente de tales títulos que confieren a su titular la condición de socio.

Para que en los ámbitos precedentemente descritos se cometa el delito previsto en el art. 293 del nuevo Código penal, los **sujetos activos** “administradores de hecho o de derecho”, que lo sean de “cualquier sociedad constituida o en formación”, habrán de **“negar o impedir a un socio el ejercicio” “sin causa legal” de cualquiera de los derechos referidos**.

E S T U D I O S

La expresa eliminación de matices o ficciones al describir el tipo objetivo tanto el sujeto activo cuanto la situación de la entidad administrada, exige de comentarios exegéticos al respecto. Los problemas se centran en la aclaración de lo que deba entenderse por las conductas alternativas de “negar o impedir” el ejercicio de alguno de los derechos descritos y comentados; por negar hay que entender “decir que no a lo que se pretende o se pide”, bien de modo expreso o positivo, bien de modo tácito o negativo (no contestando o eludiendo la respuesta), supuesto este último que supondría la comisión por omisión u omisión impropia a la que se refiere el artículo 11 del nuevo Código penal, al tratarse como se verá de inmediato de un delito de resultado; impedir, en cambio, parece más bien un comportamiento activo, consistente en “estorbar, imposibilitar la ejecución de una cosa”, en este caso el ejercicio de los indicados derechos. La redacción del precepto parece exigir que tales conductas, negación o impedimento, tengan como efecto o resultado que no se ejercite el derecho de información, gestión, control o suscripción preferente de acciones, lo que configuraría este tipo penal como delito de resultado, cuya manifestación de voluntad sería la conducta de negar o impedir y el resultado o efecto tal frustración del ejercicio de alguno de tales derechos. Para que el tipo objetivo se cumpla, tendrá que concurrir el elemento negativo del tipo “sin causa legal”, elemento por otra parte superfluo al mantenerse como causa de justificación en el artículo 20, 7º el obrar “en ejercicio legítimo de un derecho”.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 12 del nuevo Código, este delito **sólo podrá ser doloso**, al ser inviable la versión culposa o imprudente. Por otra parte, y aun cuando no figure de modo expreso en el texto legal, la necesidad de diferenciar estos injustos penales de los meramente civiles/mercantiles, aconsejan exigir la presencia de un **elemento subjetivo del injusto** consistente en el ánimo específico de perjudicar el patrimonio del socio o de la sociedad. El error vencible sobre un elemento del tipo será también y por idéntica razón impune (art. 14).

Al tratarse de un **delito especial propio**, pues sólo lo pueden cometer los administradores sociales, no podrán ser partícipes —coautores o cómplices— quienes no ostenten tal condición. En cuanto a la **tentativa y actos preparatorios** —proposición, provocación y conspiración para delinquir—, los segundos son claramente impunes (artículos 17 y 18), mientras que la primera parece en principio viable, si los actos dirigidos a negar o impedir el ejercicio del correspondiente derecho no son eficaces por causas ajenas a la voluntad del administrador o administradores protagonistas de tales acciones (artículos 15 y 16).

Y finalmente, respecto a los concursos de delitos o de normas, al ser el bien jurídico protegido el patrimonio de los socios, cualquier lesión efectiva del mismo en la que estas conductas puedan ser instrumentales, estará en concurso de normas o leyes con el presente artículo 293 que resultará absorbido o consumido en el “más amplio o complejo” (art. 8º). No parece que pueda producirse un concurso de delitos, material o real, formal o ideal, o instrumental con otros contra el patrimonio o incluso de los conte-

nidos en el mismo capítulo de estos “delitos societarios”, por la identidad de bien jurídico.

4.2. Falsedades documentales con capacidad de perjuicio económico.

El párrafo primero del artículo 290 castiga con las penas de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses a

“los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios o a un tercero.

La **conducta típica** consiste en falsear las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad. Falsear equivale a alterar la verdad o faltar a la misma, parece que tanto por acción cuanto por omisión; la falsedad documental puede ser tanto ideológica —será lo más frecuente— cuanto material, requiriéndose en ambos casos la concurrencia de informes periciales para su constatación. Sin embargo, no es bastante cualquier alteración de la verdad, sino que debe ser idónea para causar un perjuicio económico. Ahora bien, en el caso del párrafo primero que ahora se trata no es necesario que el perjuicio económico se produzca efectivamente, lo que significa que nos encontramos ante un tipo de peligro concreto, con problemas tanto de prueba —procesales— cuanto de nexo causal o de imputación objetiva —sustantivos—. Para el caso de que se llegue a causar el perjuicio económico el párrafo segundo establece que la pena se impondrá en su mitad superior.

El delito es eminentemente doloso, en el sentido de que el sujeto activo debe querer falsear el documento y ser consciente de ello y de que tal falseamiento es susceptible de producir un perjuicio económico, siendo esta segunda referencia base suficiente para exigir la presencia de un elemento subjetivo del injusto, consistente en el ánimo de perjudicar.

Los casos de concurso con la estafa en grado de tentativa (párrafo primero del artículo 290) y con la estafa consumada (párrafo segundo del mismo artículo) serán frecuentes y habrán de resolverse por aplicación del artículo 8º del nuevo Código.

4.3. Maquinaciones adoptando acuerdos perjudiciales.

El artículo 292 castiga con la misma pena del anterior a

“los que impusieren o se aprovecharen para sí o para un tercero, en perjuicio de la sociedad o de alguno de sus socios, de un acuerdo lesivo adoptado por una mayoría ficticia, obtenida por abuso de firma en blanco, por atribución indebida del derecho de voto a quienes legalmente carezcan del mismo, por negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tengan reconocido por la Ley, o por cualquier otro medio o procedimiento semejante”.

Se trata de un **tipo mixto alternativo**, en el sentido de que basta para la consumación del delito la perpetración de cualquiera de las dos conductas descritas: la im-

E S T U D I O S

posición del acuerdo —de la Junta o Asamblea de socios o del órgano de administración— lesivo o el aprovechamiento del mismo. De la misma manera que ocurría en el artículo anterior, el legislador resulta redundante al hacer referencia al “acuerdo lesivo” y exigir además “perjuicio de la sociedad o de alguno de sus socios”. En efecto, parece que la lesividad debe identificarse con el perjuicio: el acuerdo es lesivo porque perjudica. De otro lado, a diferencia de lo que ocurría en el artículo anterior —en el que acuerdo es fruto de una mayoría real—, en el presente artículo se trata de una mayoría ficticia como consecuencia de haberse obtenido esta merced a alguno de los procedimientos que se refieren. Dichos procedimientos —cualquiera de ellos— debe ser determinante de la adopción del acuerdo. Si, aun sin la utilización de alguno de tales procedimientos, el acuerdo se hubiera adoptado igualmente no existiría este delito.

En el caso de la imposición del acuerdo, sujetos activos del delito sólo podrán serlo en principio los socios o los administradores. No obstante, cabe también concebir la posibilidad de que lo sea un tercero extraño, como, por ejemplo, sucede si éste falsea el documento que le atribuye la representación de un socio para participar en la Junta. En el supuesto de aprovechamiento sujeto activo —es decir, persona que se aprovecha— puede serlo cualquiera. Aunque, en virtud de los procedimientos que el precepto expresa para que la mayoría sea ficticia, cuando quien se aprovecha sea persona extraña a la sociedad, normalmente habrá actuado de acuerdo con socios o administradores.

El delito es doloso, lo que significa que debe obrarse con conciencia de la improcedencia del medio utilizado para la consecución de la mayoría (que por eso es ficticia) y de que el acuerdo es lesivo, elementos que también en este caso parecen reclamar la presencia de un elemento subjetivo del injusto: el ánimo de perjudicar.

4.4. Acuerdos abusivos perjudiciales.

El artículo 291 castiga con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido a

“los que, prevaleciendo de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieren acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma”.

Es un **delito especial** que sólo puede ser cometido por los miembros de la Junta de accionistas o miembros del órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación. En términos generales hay que criticar la redacción del precepto porque, como se verá inmediatamente, su texto sin duda plantea diversos e importantes problemas de interpretación. En primer lugar, la utilización de la expresión Junta de accionistas —en clara referencia a la sociedad anónima u otras entidades cuyo capital esté dividido en acciones— es inadecuada, porque, haciéndose luego referencia a cualquier sociedad, hubiera sido preferible la referencia a los miembros de la Junta o Asamblea de socios. En segundo lugar, la utilización del plural suscita la duda de si el

Luis Rodríguez Ramos

delito exige el acuerdo de varios socios o, por el contrario, puede ser cometido sólo por uno de ellos que sea mayoritario.

La **conducta típica** está constituida por la imposición de acuerdos abusivos en perjuicio de los demás socios y sin que reporten beneficios a la entidad. En primer término, no se comprende muy bien la utilización de la expresión "impusieren", ya que de lo que parece tratarse es simplemente de dar lugar con el voto favorable a la adopción del acuerdo. En segundo lugar, pudiera suponer una redundancia la calificación de los acuerdos de abusivos si luego se exige que perjudique a los demás socios y no reporte beneficios a la sociedad, pues parece que esa doble cualidad del acuerdo lo convierte ya en abusivo. En tercer término, no queda tampoco claro si el acuerdo debe perjudicar a todos los demás socios (por perjudicar a la sociedad) o es suficiente que perjudique a algunos. Por último, parece suficiente para no apreciar la existencia del delito con que el acuerdo reporte algún beneficio a la entidad por mínimo que éste sea, siempre que el perjuicio mayor sea exclusivo de los socios y no afecte a la sociedad.

Se trata de un delito doloso, es decir, que sólo se puede cometer con conciencia de los elementos del tipo objeto de voluntad de realizarlos. De otro lado, el tipo incorpora un elemento subjetivo cual es el de obrar con ánimo de lucro.

4.5. Defraudaciones patrimoniales.

El artículo 295 castiga con la pena de prisión de seis meses a cuatro años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido a

"los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación que, en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren".

El precepto viene a tipificar la denominada administración desleal o fraudulenta de bienes ajenos hasta ahora impune de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que venía entendiendo que en tales casos no concurrían los requisitos de los delitos de estafa o apropiación indebida. En este sentido el precepto es loable. Pero, una vez más, la redacción no es del todo afortunada.

Nos encontramos ante un delito especial que sólo pueden cometer los administradores de hecho o de derecho o los socios de una entidad en el ejercicio de su cargo. El tipo es una vez más **mixto alternativo**: disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraer obligaciones a cargo de ésta. El carácter fraudulento hay que predicarlo tanto de la disposición cuanto de la contracción. Es, además, un **delito de resultado**, pues aquél comportamiento debe causar directamente un perjuicio económicamente evaluable a los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital y el correlativo beneficio al agente o a un tercero. La exigencia de que el perjuicio se cause directamente a los socios puede conducir a confusión o dar pie a

E S T U D I O S

interpretaciones absurdas como la de que los actos fraudulentos que disminuyen el patrimonio de la entidad afectan directamente a ésta y sólo indirectamente a los socios en cuanto titulares del derecho a participar en el patrimonio resultante de la liquidación. Por ello parece preferible que se hubiera exigido simplemente que el acto fraudulento perjudicara económicamente a la entidad.

La utilización del término fraude no está exenta de problemas. Fraude equivale a engaño, inexactitud consciente o abuso de confianza. En el presente caso, sin embargo, no hay que interpretar la expresión fraude como abuso de confianza, pues el tipo ya lo exige al decir "con abuso de las funciones propias de su cargo". De esta manera es dudoso si lo que el legislador quiere exigir es: bien que se oculte a los demás socios o administradores la disposición o contracción —engaño—; bien que el agente sea consciente de que su comportamiento es perjudicial para los socios o miembros de la entidad y beneficioso para él o un tercero —conciencia de la inoportunidad—.

Es un **delito doloso** en el sentido de que el sujeto debe ser consciente de que su comportamiento entraña segura o probablemente un perjuicio económico a los socios o miembros de la entidad y correlativamente le comporta un beneficio a él o a un tercero. Está también presente un **elemento subjetivo del injusto**, consistente en un ánimo de beneficio/perjuicio, por ello la administración fraudulenta hay que distinguir la mala administración. En su caso, serán sólo ejemplo de mala administración y no de administración fraudulenta aquellos actos que entrañen perjuicio para los socios o miembros de la entidad y beneficien a un tercero, pero que el administrador o administradores hayan llevado a cabo en la creencia o con la esperanza de beneficiar a la sociedad o de que eran necesarios para ésta.

Los problemas de concursos normativos con la apropiación indebida (art. 252), en generalmente se resolverán en favor de esta figura, en último término al amparo de lo dispuesto en el artículo 8º—4ª del Código penal.

4.6. Obstruccionismo a inspecciones administrativas.

El artículo 294 castiga con las penas de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses (además de la posibilidad de decretar algunas de las medidas previstas en el artículo 129 del propio Código) a

"los que, como administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, sometida o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa, negaren o impidieren la actuación de las personas, órganos o personas inspectoras o supervisoras".

Se trata de un delito especial que sólo puede ser cometido por los administradores de hecho o de derecho de la entidad.

Es un **tipo mixto alternativo**: "negaren o impidieren" dice el precepto. Negar significa no acceder pasivamente a la inspección o supervisión. Impedir puede significar además obstaculizar o poner trabas. En la medida en que emplear los dos verbos en el

mismo sentido supondría una mala técnica legislativa, hay que interpretar impedir como equivalente a obstaculizar u obstruir. En consecuencia, el delito se consumará tanto cuando se haga imposible la inspección o supervisión cuanto si simplemente se dificulta o entorpece con cierta intensidad.

Los supuestos a los que extienden tales "supervisiones administrativas" son básicamente, en primer lugar, los previstos en la Ley 24/88 de 28 de julio del Mercado de valores, señalando el art. 84 las personas o entidades sometidas a "supervisión", en los términos previstos en los artículos siguientes; a su vez, el art. 99, t) considera falta muy grave "la negativa o resistencia a la actuación inspectora...siempre que medie requerimiento expreso y por escrito", previendo el art. 102 las sanciones administrativas imponibles. En segundo término, la Ley 26/88 de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito, en su art. 4º, h) e i) considera también falta muy grave "la negativa o resistencia a la actuación inspectora..." así como el no envío de información, afectando tal deber a las entidades de crédito, previendo el art. 43 bis que es al Banco de España al que corresponde, el "control e inspección de las entidades de crédito"; y, en fin, la Ley 30/95, de 8 de noviembre de ordenación y Supervisión de los Seguros privados, encomienda la actividad supervisora de este sector a la Dirección General de Seguros (Ministerio de Economía y Hacienda), siendo falta muy grave (art. 40, 2., m) la "excusa, negativa o resistencia a la actuación inspectora...".

No es fácil justificar la existencia de esta nueva figura delictiva. En primer lugar, porque tales supuestos están ya sancionados en el ámbito administrativo, y en segundo término, porque el delito o fallo de desobediencia (arts. 556 y 634 del Código penal) cubriría el mismo o parecido espectro de conductas. La única explicación de la presencia de este precepto en este capítulo, sería su destino a proteger en tales ámbitos la buena administración del patrimonio ajeno por la que vela la vigilancia administrativa, pero no parece que esté justificado el precepto desde un punto de vista político criminal.

5. CONCLUSIONES DE "LEGE DATA" Y DE "LEGE FERENDA"

Este rápido paseo por los nuevos delitos societarios lleva a las siguientes conclusiones:

1ª Los nuevos delitos societarios son delitos de lesión y de peligro de administración fraudulenta o desleal de bienes ajenos, más que delitos propiamente cometidos en, contra o a través de sociedades.

2ª Todos los delitos pseudosocietarios son injustos penales que necesariamente se yuxtaponen a otros civiles/mercantiles —arts. 290 a 293 y 295— o administrativos —art. 294—.

3ª Para evitar una hipertrófica criminalización de tales injustos, procedente de "chantajes", "fraudes de ley", "abusos de derecho" y/o "deslealtades procesales" de per-

E S T U D I O S

sonas sin escrúpulos, "de lege data" el orden jurisdiccional penal debería tender a plantear cuestiones prejudiciales suspensivas y devolutivas (art. 4º LECr.) en favor del orden civil o contencioso administrativo, para evitar los abusos indicados en el ejercicio de la acción penal.

4ª En el mismo sentido, y dada la torpeza del legislador penal a la hora de "confundir" los injustos penales con aquellos sobre los que se yuxtaponen de carácter civil o administrativo, para la declaración de cualquiera de estos delitos habría que hacer hincapié en la necesaria concurrencia de peligros idóneos y reales así como de los elementos subjetivos del injusto a los que se ha aludido en cada caso.

5ª "De lege ferenda" habría que suprimir estos delitos, a cambio de uno o varios delitos de "abuso de confianza" centrados en la administración desleal de bienes ajenos, agravando la penalidad, si fuera preciso, de los comportamientos de tal carácter acaecidos en el ámbito de sociedades mercantiles y manteniendo el delito de falsedad documental del actual artículo 290.

6ª Y, en fin, se podría estudiar si debería criminalizarse en leyes especiales (mercantiles o administrativas) alguna conducta de las contenidas en el nuevo Código penal (Título XIII, Capítulo XIII) y, en caso positivo, tipificar esos delitos, pero diferenciándolos cuidadosamente en su descripción de las infracciones meramente civiles o administrativas en esos mismos ámbitos.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO ZAPATERO, L., *El Derecho penal económico en la República Federal de Alemania, reforma penal: delitos socioeconómicos*, Madrid 1985.
- AUGER LIÑAN, C., *El derecho penal de la economía problemática*, La nueva delincuencia I, CDJ, 1993.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., *Notas sobre la propuesta de Anteproyecto de Código penal*, RFDUC, nº monográfico 6, Madrid.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid 1978; *Manual de Derecho penal. Delitos patrimoniales y económicos*, Madrid 1987.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *Los delitos societarios en la reforma penal*, AA.VV, Madrid 1995.
- FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, L. y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., *Los delitos societarios: reflexiones preliminares sobre la imposición de acuerdos sociales abusivos* (art. 291 del Código penal), AJA no 238, Madrid.

Luis Rodríguez Ramos

- GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código penal* (Títulos VIII y V), ADPCP, 1980.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, C., *De los delitos societarios y contra los consumidores*, BICAM nº 1, 3ª época.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., *Los delitos societarios en el Proyecto de Ley orgánica del Código penal*, PJ 28, 1992.— *Los delitos societarios en el Código penal*, BICAM no 1 3ª época.
- MATA Y MARTÍN, R.M., *Los delitos societarios en el Código penal de 1995*, Rd 55 (1995).
- MUÑOZ CONDE, F., *La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Ley orgánica de Código penal*, RJC, 1982.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Los delitos económicos en el Proyecto de Código penal*, ADPCP, 1981; *Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios*, ADPCP, 1984.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Los nuevos delitos pseudosocietarios*, BICAM, nº 1, 3ª época.
- STAMPA/BACIGALUPO, *La reforma del Derecho penal económico español*, Madrid 1980.
- SUAREZ GONZÁLEZ, G., *Participación en las decisiones del Consejo de Administración de una sociedad y responsabilidad penal*, *La responsabilidad penal de las sociedades. Actuación en nombre de otro. Responsabilidad de los Consejos de Administración. Responsabilidad de los subordinados*, CDJ, 1994.
- TERRADILLOS BASOCO, J., *Delitos financieros*, DJ 37/40, 1983; *Los delitos contra el orden socioeconómico en el Derecho penal francés, delitos económicos:... cit.; Delitos societarios*, Madrid 1987; *Derecho penal de la empresa*, Madrid 1995.
- TIEDEMANN, K., *PODER ECONÓMICO Y DELITO*, Barcelona 1985.

